

Roj: STS 2680/2011
 Id Cendoj: 28079140012011100280
 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social
 Sede: Madrid
 Sección: 1
 Nº de Recurso: 3594/2010
 Nº de Resolución:
 Procedimiento: SOCIAL
 Ponente: FERNANDO SALINAS MOLINA
 Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Jubilación forzosa por edad establecida en Convenio colectivo: controladores aéreos.- "I Convenio Colectivo entre el ente público Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA) y el colectivo de Controladores de la Circulación Aérea" (BOE 18-marzo-1999).- El art. 175 en relación con las restante normativa del citado I Convenio Colectivo se ajusta plenamente a la Disposición Adicional 10ª ET.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a tres de Mayo de dos mil once.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la entidad pública empresarial "AEROPUERTOS ESPAÑOLES Y NAVEGACION AEREA" (AENA), representado y defendido por el Letrado Don Ramón Martín-Calderín Aroca, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia Madrid en fecha 11-mayo-2010 (rollo 57/2010), aclarada por auto de fecha de fecha 15-julio-2010 , recaída en el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia de fecha 13-julio-2009, dictada por el Juzgado de lo Social nº 26 de Madrid (autos 488/2009), en procedimiento seguido a instancia de Don Alejo contra la referida entidad pública empresarial sobre DESPIDO.

Ha comparecido en concepto de recurrido Don Alejo , representado y defendido por el Letrado Don Federico García y García- Santamarina.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. **Fernando Salinas Molina** ,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- El día 11 de mayo de 2010 la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictó sentencia en virtud del recurso de suplicación nº 57/2010 interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 26 de Madrid en los autos nº 488/2009, seguidos a instancia de Don Alejo contra la entidad pública empresarial "Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea" (AENA), sobre despido. La parte dispositiva de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, aclarada por auto de fecha de fecha 15 de julio de 2010 es del tenor literal siguiente: " *Que debe estimar la solicitud efectuada por D. Alejo , y, en su consecuencia, procede aclarar la resolución de esta Sala de fecha 11 de mayo de 2010 dictada en las presentes actuaciones, en el sentido de que, conste en el fallo lo siguiente: 'Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de D. Alejo contra Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA) frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 26 de los de Madrid de fecha 13 de julio de 2009 revocamos la sentencia de instancia declarando el cese del actor, como despido improcedente, condenando a la demandada a cumplir la acción del actor, que deberá manifestarla en el plazo de 5 días, entre la readmisión en el mismo puesto de trabajo o el abono en concepto de indemnización de la cantidad de 3.222.676,8#, entendiéndose que de no optar en el plazo indicado, se entenderá que opta por la readmisión, así como los salarios dejados de percibir desde la fecha del cese hasta la notificación de la sentencia de fecha 11 de mayo de 2010 a razón de 2.557 ,68#/día, todo ello sin expreso pronunciamiento en costas '.*"

SEGUNDO.- La sentencia de instancia, de fecha 13 de julio de 2009, dictada por el Juzgado de lo Social nº 26 de Madrid , contenía los siguientes hechos probados: " *Primero.- El demandante, D. Alejo , mayor de edad, cuyos demás datos constan en el encabezamiento de la demanda y se dan por reproducidos. Ha prestado servicios para la demandada desde el 2 de octubre de 1968, con la categoría profesional de 'Controlador de la circulación aérea y de instructor técnico', y ha percibido un salario de 920.765,45 euros, con inclusión de pagas extras. Segundo.- En fecha de 11 de febrero de 2009 recibe comunicación el actor (de fecha 1 de enero de 2009), sobre los efectos de la jubilación forzosa declarada por la empresa demandada, y con efectos retroactivos al 15 de diciembre de 2008. En la citada comunicación se hace constar que la jubilación se deriva de la aplicación del art 175 del I Convenio Colectivo Profesional de Controladores de la Circulación Aérea (doc. nº1 de la demanda). Tercero.- En fecha 29 de julio de 2008 el actor había solicitado la prolongación de su actividad laboral una vez que cumpliera la edad de 65 años, y que la empresa respondió denegando la solicitud y comunicando la vigencia y aplicación del art 175 del citado convenio (doc. nº 2 y 3 de la demanda). Cuarto.- El I Convenio Colectivo de los Controladores de la Circulación Aérea de 18 de noviembre de 1998 explicita en el art. 175 'la jubilación será obligatoria al cumplir el CCA la edad de sesenta y cinco años'. El 31 de diciembre de 2004 el citado convenio fue denunciado por el sindicato USCA, prorrogándose la vigencia del Convenio hasta la actualidad, al ser fallida un nuevo acuerdo colectivo. Las partes negociadoras se ha reunido en distintas ocasiones, negociando algunas cuestiones específicas (doc. nº 7 al 33 de la actora). Quinto.- La parte demandada ha suscrito según dispone el art. 3 del I Convenio Colectivo una serie de contratos indefinidos desde la vigencia del convenio y hasta el año 2008 (doc. nº 1 al 975 y del 1127 al 1164, de la demandada). Las extinciones producidas por jubilación obligatoria y en aplicación del art 175 son las que constan en los documentos 976 al 1126 , a los que no remitimos). Sexto.- El demandante no ostenta ni ha ostentado la cualidad de representante legal ni sindical de los trabajadores. Presentó la preceptiva reclamación previa contra la resolución de jubilación forzosa, según consta en documento que acompaña a la demanda" .*

El fallo de dicha sentencia es del tenor literal siguiente, aclarado por auto de fecha de fecha 15 de julio de 2010 : " *Que desestimando la demanda formulada por D. Alejo , frente a la Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA), debo absolver y absuelvo a la demandada de cuantas pretensiones de condena se ha hecho valer frente a ella, por la parte actora, en la demanda que inicia este procedimiento" .*

TERCERO.- Por el Letrado Don Ramón Martín-Calderín Aroca, en nombre y representación de la entidad pública empresarial "Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea" (AENA), mediante escrito con fecha de entrada al Registro de este Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2010, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO.- Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de fecha 18-febrero-2010 (rollo 787/2009) para el primer motivo y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 15-diciembre-2008 (rollo 4660/2008) para el segundo motivo. SEGUNDO.- 1º.- Alega infracción de los arts. 9.3, 35.1 y 40 Constitución Española (CE), arts. 3.1 y 2 y 82.3 del Estatuto de los Trabajadores (ET), Disposición Derogatoria Única RDL 5/2001, de 2 de marzo, Disposición Derogatoria Única Ley 12/2001, de 9 de julio EDL 2001/23492 y la jurisprudencia contenida en las sentencias de la Sala de lo Social del TS de 2 de noviembre de 2004 y de 20 de diciembre de 2004 .

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 17 de diciembre de 2010 se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del mismo a la parte recurrida Don Alejo , representado y defendido por el Letrado Don Federico García y García- Santamarina para que formalizara su impugnación en el plazo de diez días.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación por la parte recurrida, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para que emitiera informe, dictaminando en el sentido de considerar el recurso procedente, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 27 de abril actual, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- La cuestión que se plantea en el presente recurso de casación unificadora consiste en determinar si la normativa convencional vigente en la fecha de los hechos, -- por prórroga expresamente pactada por la Comisión negociadora del II CCP tras la entrada en vigor del *Real Decreto Ley 5/2001 de 2 -marzo y antes de la Ley 45/2005 , vigente esta última en la fecha del cese del trabajador (argumento ex STS/IV 11-abril-2010 -rcud 1600/2010) --, constituida esencialmente por el art. 175 del "I Convenio Colectivo entre el ente público Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA) y el colectivo de Controladores de la Circulación Aérea " (BOE 18-marzo-1999), -- en el, sobre la edad de jubilación, que se dispone que " 1. En el ámbito de aplicación del presente Convenio Colectivo, la jubilación será obligatoria al*

cumplir el CCA la edad de sesenta y cinco años.- 2. 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 " --, en relación con la normativa contenida en el propio Convenio, se ajusta o no a las exigencias de la aplicable Disposición Adicional 10ª del Estatuto de los Trabajadores (ET) (redactada por Ley 14/2005 de 1 -julio).

2.- La disposición transitoria única de la Ley 14/2005 salva de forma condicionada las cláusulas sobre jubilación forzosa pactadas en convenios colectivos anteriores a su entrada en vigor que mantuvieran su vigencia (" Las cláusulas de los convenios colectivos celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley en las que se hubiera pactado la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte del trabajador de la edad ordinaria de jubilación se considerarán válidas siempre que se garantice que el trabajador afectado tenga cubierto el período mínimo de cotización y que cumpla los demás requisitos exigidos por la legislación de Seguridad Social para tener derecho a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva.- Lo dispuesto en el párrafo anterior no afectará a las situaciones jurídicas que hubieran alcanzado firmeza antes de la citada entrada en vigor ") y en la, antes citada, ahora vigente Disposición Adicional 10ª ET se establece que " En los convenios colectivos podrán establecerse cláusulas que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte del trabajador de la edad ordinaria de jubilación fijada en la normativa de Seguridad Social, siempre que se cumplan los siguientes requisitos: a) 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.- b) 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 ".

3.- En definitiva, no cuestionándose el cumplimiento del requisito, exigido el la letra b) de la Disposición Adicional 10ª ET , de que el trabajador afectado por la decisión de jubilación forzosa pueda acceder a la pensión de jubilación del sistema de seguridad social en su modalidad contributiva; lo que se plantea, en concreto, es si es o no factible de forma jurídicamente válida la jubilación forzosa por edad en el ámbito del referido Convenio, como requiere la letra a) de la citada Disposición Adicional, por estar dicha medida vinculada a objetivos coherentes con la política de empleo expresados en el propio 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.

SEGUNDO.- *1.- La sentencia ahora recurrida en casación unificadora (STSJ/Madrid 11-mayo-2010 -rollo 57/2010 , aclarada por auto de fecha 15-julio-2010), revocando la de instancia (SJS/Madrid nº 26 13-julio-2009 -autos 488/2009), impugnada en suplicación por el controlador aéreo demandante, tras modificar en parte los hechos declarados probados de aquélla (manteniendo aquél en que se declara que " La parte demandada ha suscrito según dispone el art. 3 del I Convenio Colectivo una serie de contratos indefinidos desde la vigencia del convenio y hasta el año 2008 -doc. nº 1 al 975 y del 1127 al 1164 , de la demandada-. Las extinciones producidas por jubilación obligatoria y en aplicación del art. 175 son las que constan en los documentos 976 al 1126 , a los que nos remitimos ") y después de reproducir en lo esencial la STS/IV 22-diciembre-2008 (rcud 3460/2006), interpreta que la negativa empresarial a aceptar la solicitud de prórroga de actividad instada por el demandante al cumplir los 65 años de edad en la relación con la comunicación declarándole jubilado forzoso con efectos desde el día 15- diciembre-2008 por alegada aplicación del art. 175 del I Convenio colectivo, constituye un despido que se declara judicialmente improcedente " condenando a la demandada a cumplir la opción del actor que deberá manifestarla en el plazo de 5 días, entre la readmisión en el mismo puesto de trabajo o el abono en concepto de indemnización de la cantidad de 3.222.676,8 #, entendiéndose que de no optar en dicho plazo indicado, se entenderá que opta por la readmisión, así como los salarios dejados de percibir desde la fecha del cese hasta la notificación de la sentencia de fecha 11 de mayo de 2010 a razón de 2.557 ,68 #/día ".*

2.- La sentencia invocada como de contraste por el entidad empresarial demandada ahora recurrente en casación (STSJ/Madrid 15-diciembre-2008 -rollo 4660/2008), -- en supuesto de hecho análogo relativo a otro controlador aéreo a quien la misma empresa jubila con carácter forzoso al cumplir los 65 años en alegada aplicación del mismo precepto del referido I Convenio colectivo, y en cuyos inalterados hechos declarados figuraba igualmente que " Durante la vigencia del primer convenio colectivo la entidad demandada suscribió los contratos de trabajo indefinidos que constan obrantes del folio 1 al 975 de la documental aportada por la parte empresa a los cuales me remito " (hecho 6º) y que durante el referido periodo " la entidad demandada llevó a cabo los ceses por jubilación que obran entre los documentos 976 a 1113 de la documental aportada por la empresa a los cuales me remito " (hecho 7º) --, llega a una solución

jurídicamente distinta que la sentencia ahora recurrida, afirmando que aunque, dado el carácter de entidad pública empresarial de la entidad demandada, no pueda proceder a cubrir de forma inmediata la vacante dejada por el trabajador que jubila con carácter forzoso pues no tiene disponibilidad sobre un proceso reglado de provisión de vacantes, concluye que " *lo exigible es que la jubilación contractual se enmarque en una política empresarial de empleo, cosa que en este caso concurre de forma indudable, tal como resulta de los hechos declarados probados sexto y séptimo, que nos remiten a una prueba documental a través de la cual hemos podido comprobar que desde que entró en vigor el convenio al amparo del cual ha sido jubilado el recurrente se ha dado contratación indefinida a cerca de 800 controladores aéreos, mientras las jubilaciones forzosas producidas por la indicada causa han sido 137* ", así como que " *Por lo demás, figuran en convenio otras disposiciones que también han de considerarse a efectos de la política empresarial a la que venimos haciendo mención. Es el caso del art. 3 (#Contratación indefinida. 1 . En el momento en que el aspirante a CCA haya obtenido la primera habilitación local, AENA le ofrecerá un contrato de trabajo fijo y de carácter indefinido, sometido al Derecho del Trabajo y al Convenio Colectivo profesional de los CCA y normas supletorias#) y del Acuerdo 19 anexo al mismo convenio* ", desestimando el recurso del trabajador demandante y, en consecuencia, su demanda.

3.- De lo expuesto se deduce que las sentencias comparadas respecto a litigantes en idéntica situación, ambos controladores aéreos al servicio de la misma entidad pública empresarial dedicada a la gestión de aeropuertos, con la misma edad y que han sido destinatarios de análoga decisión empresarial de jubilarlos forzosamente, resulta que en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, han llegado a pronunciamientos distintos, concurriendo, por tanto, el requisito o presupuesto de contradicción de sentencias exigido en el art. 217 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) para viabilizar el recurso de casación unificadora.

TERCERO.- 1.- Debe, por tanto, entrarse en el fondo del asunto y determinar si es o no factible de forma jurídicamente válida la jubilación forzosa por edad *ex art. 175 del Convenio en el ámbito del " I Convenio Colectivo entre el ente público Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA) y el colectivo de Controladores de la Circulación Aérea "*referido Convenio, como requiere la letra a) de la citada *Disposición Adicional 10ª ET* , por estar dicha medida vinculada a objetivos coherentes con la política de empleo que figuraran expresados en el propio 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.

2.- La vigencia de dicha previsión convencional y su necesaria vinculación con las políticas de empleo deriva, como se razona en la STS/IV 11-abril-2010 (rcud 1600/2010) , de que la " *cláusula de jubilación forzosa establecida en un Convenio Colectivo -I Profesional de Controladores Aéreos de la Circulación Aérea [BOE 18/03/99]- prorrogado expresamente por la Comisión Negociadora del II CCP tras la entrada en vigor del RDL 5/2001 [2/Marzo] y antes de la Ley 45/2005 [Acuerdo de 20/01/05]* ", por lo que " *si bien la prórroga del art. 175 del I CCP acordada en 20/01/05 estaba afectada por la misma prohibición [la establecida por la Ley 12/2001 y anticipada por el RDL 5/2001] , lo cierto es que en el momento del cese del trabajador ya estaba vigente la Ley 14/2005 [1 /Julio], en cuya DT Única se estableció que «Las cláusulas de los convenios colectivos celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley en las que se hubiera pactado la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte del trabajador de la edad ordinaria de jubilación se considerarán válidas siempre que se garantice que el trabajador afectado tenga cubierto el período mínimo de cotización y que cumpla los demás requisitos exigidos por la legislación de Seguridad Social para tener derecho a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva» "*. En definitiva, además, como establecen las SSTS/IV 22-diciembre-2008 (rcud 3460/2006) y 22-diciembre-2008 (rcud 856/2007) , debe interpretarse la *Disposición Transitoria única de la Ley 14/2005* en el sentido de que para que se válida la cláusula colectiva, inicialmente pactada sin amparo legal, sobre la extinción automática del contrato de trabajo al cumplir el trabajador determinada edad, sin más requisito que el explicitado de que el trabajador tenga « *derecho a pensión de jubilación en su modalidad contributiva* », es exigible también la 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 de la propia Ley* para la validez de los convenios suscritos con posterioridad a su entrada en vigor; debiendo " *sobreentender en la DT Única ... la exigencia contenida en la precedente DA Décima [vinculación del cese a «objetivos coherentes con la política de empleo expresados en el convenio colectivo»]* ".

3.- Para determinar si el " *I Convenio Colectivo entre el ente público Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA) y el colectivo de Controladores de la Circulación Aérea* " cumple con las previsiones legales que son contrapartida a la obligada extinción del contrato por razón de edad, debe partirse:

a) De la función de la *Disposición Adicional 10ª ET* ajustada a los principios constitucionales *ex arts.*

35.1 y 40 CE , en el sentido de que " el derecho al trabajo ... ofrece un doble aspecto en nuestra Constitución, el individual que integra por el derecho a la estabilidad en el empleo [art. 35.1]; y el colectivo que se refleja el mandato -dirigido a los poderes públicos- de llevar a cabo una política orientada al pleno empleo [art. 40]. Y que en la tensión entre ambas vertientes [individual y colectiva], la limitación de la primera en la negociación colectiva ha de tener contrapartida en la segunda, diáfananamente clara y expresada en el propio convenio, habida cuenta de que ... en la doctrina constitucional el cese forzoso por edad se concibe instrumentalmente dirigido a políticas de empleo, de manera que su legítima justificación viene determinada por la situación de equilibrio entre las indicadas vertientes -individual y colectiva- del derecho al trabajo, de forma y manera que el cese del trabajador ofrezca la razonabilidad y proporcionalidad que el intérprete máximo de la Constitución exige " (SSTS/IV 22-diciembre-2008 -rcud 3460/2006 y 22-diciembre-2008 -rcud 856/2007 , dictadas ambas en Sala General; con doctrina seguida, entre otras, por STS/IV 10-noviembre-2009 -rcud 2514/2008);

b) De la doctrina jurisprudencial que advierte que: **a#)** La lista de medidas de políticas de empleo ex *Disposición Adicional 10ª ET* es simplemente ejemplificativa y en cuanto a la cuestión " en qué consisten " debe ponerse de manifiesto que " la expresión utilizada por el legislador no ha de entenderse limitada a la ocupación de la vacante dejada por el cesado, sino que ha de serlo en el sentido más amplio de mantenimiento o mejora del empleo, que realmente se concreta -pese a la redundancia de la norma- en tres exclusivos apartados: a) estabilidad en el empleo [conversión de los contratos temporales en indefinidos]; b) sostenimiento del empleo [contratación de nuevos trabajadores]; y c) incremento en la calidad del empleo [fórmula que hace referencia a medidas de la más variada naturaleza, como promoción profesional, conciliación de la vida laboral y familiar, implantación de innovaciones tecnológicas, etc, que repercutan en bondad del empleo]"; **b#)** Sobre el " como " han de expresarse los objetivos " coherentes " con la política de empleo que " para legitimar la validez de las cláusulas de cese forzoso por edad no basta con la concreción de cualquier objetivo de los que la norma enumera ..., ni tampoco es suficiente que se haga una mera reproducción de su abstracta expresión legal, sin una concreta especificación alejada de hueca retórica, sino que ... entre el sacrificio [individual] que comporta el cese forzoso y la explicitada contrapartida [colectiva] de una beneficiosa política de empleo, ha de mediar un razonable y proporcionado equilibrio justificativo "; **c#)** Sobre " dónde " han de reflejarse las políticas de empleo, las mismas " han de estar expresamente referidas en el propio Convenio Colectivo y ... no cabe una justificación ad extra de ellas " (citadas SSTS/IV 22-diciembre-2008 -rcud 3460/2006 y 22-diciembre-2008 -rcud 856/2007 y STS/IV 10-noviembre-2009 -rcud 2514/2008); y **d#)** En resumen, " de acuerdo con la doctrina de la Sala -sentencias de 22 de diciembre de 2008, recursos 3460/2006 y 856/2007 - lo decisivo en orden a la justificación o no de las cláusulas convencionales de jubilación forzosa es el establecimiento en el convenio colectivo que las incorpora de las correspondientes medidas de promoción o fomento del empleo. En términos de las sentencias citadas la justificación no puede entenderse limitada a la ocupación de la vacante dejada por el trabajador cesado, sino que tiene un sentido más amplio de mantenimiento o mejora del empleo; objeto que ha de concretarse a través de acciones que garanticen su estabilidad, sostenimiento y calidad, y en este sentido también se dice que no basta con la referencia a cualquier objetivo genérico, sino que son necesarias especificaciones concretas que han de incluirse en el propio convenio, aunque #no necesariamente... en el precepto que dispone la extinción del contrato por el cumplimiento de la edad de jubilación#, sino #en cualquier otro precepto#, aunque #siempre de forma inequívoca# " (STS/IV 3-diciembre-2009 -rcud 1159/2009); y

c) Del principio de que " los sujetos públicos no quedan eximidos de que se les aplique la DA 10ª ET ..., siquiera en determinados supuestos no resulte fuera de lugar una cierta flexibilización formal en la expresión de los objetivos de empleo, habida cuenta de la limitación que en cierto orden de previsiones pudiera comportar la sujeción a la Ley de Presupuestos y a la Oferta Pública de Empleo " (citadas SSTS/IV 22-diciembre-2008 -rcud 3460/2006 y 22-diciembre-2008 -rcud 856/2007 y STS/IV 10-noviembre-2009 -rcud 2514/2008).

CUARTO.- 1.- La jurisprudencia de esta Sala, siquiera de forma indirecta, -- al rechazar que concurriera el presupuesto de contradicción ex art. 217 LPL cuando se prendían comparar situaciones reguladas por distintos convenios colectivos, siendo uno de ellos el ahora cuestionado "I Convenio Colectivo entre el ente público Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA) y el colectivo de Controladores de la Circulación Aérea " --, ha establecido de forma clara las numerosas singularidades del colectivo de controladores aéreos y las múltiples especialidades de su convenio colectivo, posibilitando entender que el art. 175 en relación con las restante normativa del citado I Convenio Colectivo se ajusta plenamente a la *Disposición Adicional 10ª ET* .

2.- En este sentido la STS/IV 18-febrero-2010 (rcud 787/2009), desestimando el recurso del controlador aéreo jubilado con carácter forzoso por AENA al cumplir la edad de 65 años, por falta del requisito de contradicción de sentencias (se invocaba una sentencia aplicativa del *Convenio Colectivo Único*

para el personal laboral de la Administración del Estado -BOE 1-diciembre-1998), afirma, para llegar a tal conclusión, que la existencia como diferencia sustancial " la derivada de la profesión del demandante, controlador aéreo, 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. En tal sentido conviene recordar que los artículos 166 a 174 del Convenio Colectivo aplicable, esto es los inmediatamente anteriores al 175 que establece la jubilación forzosa, regulan la licencia especial retribuida que es aquella a la que pueden acogerse los controladores aéreos a partir de los 52 años, o de los 55 años en su caso, situación que finaliza con la jubilación a los 65 años, durante la que el controlador no presta servicios y cobra el salario ordinario y fijo del artículo 126 del Convenio (salario base, antigüedad, complemento de jefatura y complemento diverso) en la forma que establece el artículo 169 del Convenio . Esta situación previa a la jubilación, durante la que la empresa continúa cotizando, es una manifestación de la importancia que la edad tiene para el desempeño de la profesión de controlador aéreo ", así como que "... 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 ". Además, destaca, que " en el caso de la sentencia recurrida, consta que la empresa en los últimos años ha realizado 575 nuevas contrataciones cumpliendo lo establecido en el Convenio Colectivo, donde, además, existen cláusulas que fomentan la contratación en prácticas y la indefinida (artículos 2 y 3), así como la estabilidad en el empleo prohibiendo la reducción de plantilla (acuerdo décimo cuarto) y concediendo al trabajador la opción para optar entre la indemnización y la readmisión en caso de despido improcedente (art. 28), sin que se deba olvidar que ... la empresa por Acuerdo de 24 de febrero de 2000, viene obligada a dotar un plan de pensiones que asegure al controlador aéreo la totalidad de sus retribuciones al tiempo de la jubilación. Estos elementos fácticos corroboran las diferencias sustanciales entre las sentencias comparadas, por cuánto, aunque no se hayan usado por la sentencia recurrida, si los alega la empresa y pudieran justificar, igualmente, un fallo favorable a la misma ".

3.- En la misma línea interpretativa, la más reciente STS/IV 11-abril-2011 (rcud 1600/2010), desestima también el recurso interpuesto por un controlador aéreo jubilado con carácter forzoso por AENA al cumplir la edad de 65 años, por falta del requisito de contradicción de sentencias (se invocaba una sentencia dictada en el caso de un ingeniero aeronáutico de AENA aplicativa del III Convenio Colectivo de AENA), afirma, en análogos términos a lo efectuados en la citada STS/IV 18-febrero-2010 , que "... en los casos a contrastar concurren otras diferencias sustanciales obstativas de la exigible contradicción, y muy primordialmente las derivadas de la profesión del demandante, Controlador Aéreo, que es 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 al efecto se recuerda en nuestra precitada sentencia que previamente a la regulación forzosa por edad se contempla en los arts. 166 a 174 del I CCP la licencia especial retribuida a la que los Controladores pueden acogerse a partir de los 52 años y hasta su jubilación a los 65 años, en periodo en el que el Controlador no presta servicios, pero cobra el salario ordinario y por él la Empresa efectúa la correspondiente cotización, lo que pone de manifiesto la importancia que la edad tiene para el desempeño de la profesión de que tratamos, lo que ya de por sí pudiera amparar la divergencia entre los pronunciamientos de las sentencias contratadas; a lo que añadir el Acuerdo de 24/02/00 , por el que la AENA se obliga a dotar un plan de pensiones que asegure al Controlador la totalidad de sus retribuciones al tiempo de la jubilación. Datos todos ellos ausentes en la decisión referencial y en el III Convenio Colectivo de AENA ".

4.- Se razona, además, en la citada STS/IV 11-abril-2011 que " destacadas estas singularidades, no está de más -antes al contrario- recordar ahora que los factores de calidad en el trabajo, de capacidad física para garantizar el buen ejercicio profesional y de compensación financiera por el cese han sido precisamente valorados el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea como componentes a tener en cuenta en la interpretación del art. 6.1 de la Directiva 2000/78 / CE [27 /Noviembre], relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (así, SSTJCE 1/2010, de 12/Enero, Asunto Petersen, referida a la jubilación forzosa de los Dentistas ; la 2/2010, de 12/Enero, Asunto Colin Wolf, respecto de la edad máxima para acceder al cuerpo de Bomberos; y la 350/2010, de 18/Noviembre, Asunto Georgiev, sobre la misma cuestión en el supuesto de Catedráticos de Universidad). Lo que -es claro- avala las argumentaciones que precedentemente hemos efectuado ".

5.- Concluyendo, de forma rotunda, que " Por otra parte esta conclusión de discrepancia fáctica también está avalada -ya en el terreno del debido cumplimiento de los términos de la DA Décima ET- por otra serie de disposiciones colectivas inexistentes en el Convenio colectivo que rige la relación del personal laboral de contraste [los arts. 2 y 3 , que fomentan la contratación en prácticas y la relación indefinida; el Acuerdo Decimocuarto, sobre la estabilidad en el empleo y la prohibición de reducir plantilla; el art. 28 , atribuyendo al trabajador la opción entre ser readmitido o indemnizado] y por el hecho -conforme a la declaración fáctica de autos, inexistente en la decisión referencial- de que desde el 01/01/99 hasta el 31/12/08, la demandada ha contratado a 930 Controladores Aéreos y se han jubilado 136 ."

QUINTO.- 1.- En base a la normativa contenida en el "*I Convenio Colectivo entre el ente público Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA) y el colectivo de Controladores de la Circulación Aérea*" y a la interpretación efectuada, entre otras, en las citadas SSTS/IV 18-febrero-2010 (rcud 787/2009) y 11-abril-2011 (rcud 1600/2010) en relación con la invocada jurisprudencia comunitaria en interpretación del *art. 6.1 de la Directiva 2000/78 /CE* (SSTJCE 1/2010 de 12-enero, Asunto Petersen , 2/2010 de 12 -enero, Asunto Colin Wolf, y 350/2010 de 18-noviembre, Asunto Georgiev), la Sala entiende que el *art. 175 en relación con las restante normativa del citado I Convenio Colectivo* se ajusta plenamente a la *Disposición Adicional 10ª ET* .

2.- Dado que: **a)** la profesión del demandante, Controlador Aéreo, es 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* »; **b)** previamente a la regulación forzosa por edad se contempla en los *arts. 166 a 174 del I CCP* la licencia especial retribuida a la que los Controladores pueden acogerse a partir de los 52 o 55 años, según los casos, y hasta su jubilación a los 65 años conforme al *art. 175*, en periodo en el que el Controlador no presta servicios, pero cobra el salario ordinario fijo y por él la Empresa efectúa la correspondiente cotización, o incluso el límite o condicionamiento al desempeño de funciones operativas al alcanzar la edad de 57 años *ex disposición adicional 4ª Ley 9/2010 de 14 -abril*, lo que pone de manifiesto la importancia que la edad tiene para el desempeño de esta profesión; **c)** el Acuerdo de 24/02/00, por el que la AENA se obliga a dotar un plan de pensiones que asegure al Controlador la totalidad de sus retribuciones al tiempo de la jubilación; **d)** en el referido *Convenio Colectivo* existen concretas cláusulas que fomentan la contratación en prácticas y la relación laboral indefinida (*arts. 2 y 3*), así como la estabilidad en el empleo prohibiendo la reducción de plantilla (acuerdo décimo cuarto), concediendo al trabajador la opción para optar entre la indemnización y la readmisión en caso de despido improcedente (*art. 28*) y excluyendo la posibilidad empresarial de extinción contractual en los supuestos de merma de la capacidad operativa (*art. 27.2*) o de ineptitud sobrevenida (*art. 162*); y, **e)** el hecho, conforme a la declaración fáctica de autos y la documental a la que se remite, de que desde el 1-enero1999 hasta el 15.diciembre-2008, la demandada ha contratado a un total de 930 controladores aéreos en prácticas, luego convertidos en contratos indefinidos, y se han jubilado forzosamente por edad en dicho período un total 182 controladores aéreos.

3.- Procede, por todo lo expuesto y de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal, estimar el recurso de casación unificadora interpuesto por AENA, casando y anulando la sentencia de suplicación impugnada y, resolviendo el debate suscitado en suplicación, desestimar éste, confirmando la sentencia de instancia y desestimando la demanda; sin costas (*art. 233.1 LPL*).

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la entidad pública empresarial "AEROPUERTOS ESPAÑOLES Y NAVEGACIÓN AÉREA" (AENA) contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en fecha 11-mayo-2010 (rollo 57/2010), aclarada por auto de fecha 15-julio-2010 , revocatoria de la sentencia de instancia, dictada por el Juzgado de lo Social nº 26 de Madrid en fecha 13-julio-2009 (autos 488/2009) en proceso seguido a instancia de Don Alejo contra la referida entidad pública empresarial. Casamos y anulamos la sentencia de suplicación impugnada y, resolviendo el debate suscitado en suplicación, desestimamos éste, confirmando la sentencia de instancia y desestimando la demanda; sin costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid ,con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Fernando Salinas Molina hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.