



Roj: **STS 6201/2012** - ECLI: **ES:TS:2012:6201**

Id Cendoj: **28079140012012100676**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **11/07/2012**

Nº de Recurso: **4157/2011**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **MARIA LUISA SEGOVIANO ASTABURUAGA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 11898/2011,**
STS 6201/2012,
ATS 1324/2013

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a once de Julio de dos mil doce.

Vistos los autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D. Exposito Mendoza Guzman, en nombre y representación de D. Leovigildo , contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 26 de octubre de 2011, recaída en el recurso de suplicación nº 3594/2011 , que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 17 de Madrid, dictada el 14 de marzo de 2011 , en los autos de juicio nº 1542/2010, iniciados en virtud de demanda presentada por D. Leovigildo , contra AEROPUERTOS ESPAÑOLES Y NAVEGACION AEREA, AENA, sobre RECLAMACION POR TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES.

Es Ponente la Excm. Sra. D^a. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga, Magistrada de Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 14 de marzo de 2011, el Juzgado de lo Social nº 17 de Madrid, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que desestimando la demanda formulada por D. Leovigildo , contra AENA, debo absolver y absuelvo a la demandada de las pretensiones formuladas."

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes: " **1º** .- La parte actora ha prestado sus servicios para la demandada con una antigüedad de 1-6-79, con la categoría de Titulado Superior, Ingeniero Aeronáutico, en el puesto de trabajo de Jefe de la División de Pavimentos y percibiendo un salario mensual de 5.478'46 euros, incluida la prorrata de pagas extras. **2º** .- Mediante resolución de fecha 6-8-10 se acuerda la extinción del contrato del demandante por jubilación a los 65 años, con efectos del 1-10-10, de acuerdo con el artículo 152 del convenio colectivo (RCL 2006\809) y la Ley 14/2005 de 1 de julio (RCL 2005\1408). (DOC. 4 de la empresa). **3º** .- Mediante escrito de fecha 26-8-10 la empresa comunica al actor que ha resuelto cesarle en el nombramiento, formalizado con fecha 1-1-01 y modificado con fecha 1- 1-08, como Jefe de la División de Pavimentos, puesto dependiente de la Dirección de Infraestructura, con efectos de 1 de octubre de 2001, agradeciéndole los servicios prestados. (Doc. 7 de la parte actora y 5 de la empresa). El salario correspondiente al puesto NUM000 , nivel A, ingeniero de infraestructuras y mantenimiento aeroportuario (al que volvería el demandante de no haber cesado por jubilación) es de 3.179,31 euros mensuales con prorrata de pagas extras. **4º** .- Con fecha 23-9-10 el demandante comunica a la empresa su intención de no, jubilarse al cumplir los 65 años (Doc. 5 de la parte actora y 9 de la empresa). **5º** .- El día NUM001 -10 el demandante cumplió 65 años, fecha en la que es cesado por jubilación obligatoria. **6º** .- Se da por reproducido el Plan de Necesidades de plantilla de AENA para el año 2010 y las peticiones (Doc. 11 y 12 de la empresa). **7º** .-



Mediante escrito de fecha 13-12-10 la Dirección de organización y Recursos Humanos autoriza la cobertura de la plaza vacante por la jubilación del Sr. Leovigildo . (Doc. 13 de la empresa). **8º** .- Con fecha 8-3-11 se contrata a D. Ismael (con la misma ocupación y centro de trabajo que el actor (NUM000 Técnico de Ingeniería, Infraestructuras y Mantenimiento Aeroportuario en los Servicios centrales), para cubrir la plaza dejada vacante por el actor. (doc. 14 de la empresa). **9º** .- Con fechas 24-3-10, 17-1-11 y 19-1-11 AENA contrató a tres personas con la misma titulación que el actor para prestar servicios en las Unidades Centrales de AENA, en la misma ocupación que la del actor. (DOC. 15, 16 y 17 de la empresa). **10º** .- Con fecha 1-10-10 se nombró a D. Carlos María para el puesto de Jefe de Departamento de Pavimentos (Doc. 18 de la empresa). **11º** .- Durante los años 2009, 2010 y 2011, se han convocado 256 plazas de niveles A y B y 1126 plazas de niveles C a F (DOC. 19 a 24 de la empresa). **12º** .- Según certificado emitido en fecha 4-3-11 (Doc. 28 de la empresa) en AENA prestan servicios dos trabajadores mayores de 65 años, uno al haber sido readmitido provisionalmente en ejecución de sentencia de despido, y otro al no tener cubierto el periodo mínimo de cotización para causar derecho a la pensión de jubilación. **13º** Se ha agotado la vía administrativa. "

TERCERO.- Contra la anterior sentencia, D. Leovigildo formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictó sentencia en fecha 26 de octubre de 2011 , en la que consta el siguiente fallo: "Que Desestimando el recurso de suplicación formulado por D. Leovigildo contra la sentencia nº 337/11 de fecha 14 de marzo de 2011, dictada por el Juzgado de lo Social nº 17 en autos 1542/10, debemos confirmar y confirmamos la citada resolución."

CUARTO.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el letrado D. Expedito Mendoza Perez, interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó ante esta Sala mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid el 11 de enero de 2010, recurso 4973/09 .

QUINTO.- Se admitió a trámite el recurso, y tras ser impugnado por la parte recurrida, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de estimar improcedente el recurso interpuesto.

SEXTO.- Se señaló para la votación y fallo el día 4 de julio de 2012, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Social número 17 de los de Madrid dictó sentencia el 14 de marzo de 2011 , autos número 1542/10, desestimando la demanda formulada por D. Leovigildo contra AENA, absolviendo a la demandada de las pretensiones contenidas en la demanda en su contra formuladas. Tal y como resulta de dicha sentencia, el actor ha venido prestando servicios para la demandada AENA, desde el 1-6-1979, con la categoría de Titulado Superior, ingeniero aeronáutico, en el puesto de trabajo de jefe de División de Pavimentos. Mediante resolución de 6-8-10 se acuerda la extinción del contrato del demandante por jubilación a los 65 años, con efectos del NUM001 -10, de acuerdo con el artículo 152 del Convenio Colectivo y la ley 14/2005 de 1 de julio. Mediante escrito de 26-8-10, la empresa comunica al actor que ha resuelto cesarle en el nombramiento formalizado con fecha 1-1-01 y modificado el 1-1-08, como jefe de División de Pavimentos. El 23-9-10 el demandante comunica a la empresa su intención de no jubilarse al cumplir los 65 años. El NUM001 -10, al cumplir 65 años, el actor es cesado por jubilación obligatoria. Mediante escrito de 13-12-10, la Dirección de Organización y Recursos Humanos autoriza la cobertura de la plaza vacante por la jubilación del actor, siendo contratado el 8-3-11 D. Ismael , con la misma ocupación y centro de trabajo que el actor, Técnico de Ingeniería, infraestructuras y mantenimiento Aeroportuaria en los servicios centrales. Con fechas 24-3-10, 17-1-11 y 19-1-11, AENA contrató a tres personas con la misma titulación que el actor para prestar servicios en las Unidades Centrales de AENA, en la misma ocupación que la del actor. El 1-10-10 se nombró a D. Carlos María para el puesto de jefe de Departamento de Pavimentos. Durante los años 2009, 2010 y 2011 se han convocado 256 plazas de niveles A y B y 1126 plazas de niveles C a F.

Recurrida en suplicación por el actor la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó sentencia el 26 de octubre de 2011, recurso número 3594/11 , desestimando el recurso formulado. La sentencia, tras razonar que no procede plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ni una cuestión de inconstitucionalidad, razona que el compromiso que en materia de política de empleo asume AENA se concreta en la cobertura de plazas vacantes producidas por jubilación forzosa, de acuerdo con las posibilidades que permitan los procedimientos de provisión de plazas conforme a las normas de empleo publico. Continua razonando que a propósito de los presupuestos exigibles a las empresas publicas en cuanto al grado de determinación de las medidas de política de empleo que deben contener los convenios por los que se rigen a efectos de justificar extinciones contractuales por jubilación forzosa,



resulta aplicable la doctrina contenida en la sentencia de casación ordinaria de 14-5-08, recurso 56/07 , que establece: *"Sin embargo, acierta la sentencia recurrida cuando afirma que el Convenio impugnado expresa todas las concreciones posibles en materia de política de empleo que son exigibles a un Ente de Derecho Público, puesto que la referencia a tales precisiones tiene una proyección normativa externa de obligado cumplimiento para la AEAT demandada, como son las Leyes de Presupuestos o las normas que anualmente ordenan la oferta pública de empleo para toda la Administración. Por eso el párrafo último del punto 1 del artículo 55 del Convenio dice, después de regular la jubilación forzosa, que será de aplicación también en el Convenio "cualquier modificación que se dicte por el Ministerio de Administraciones Públicas en este ámbito", precisión que resulta realmente innecesaria, dado el sometimiento a la legalidad que resulta exigible en todo caso a la AEAT y al resto de las administraciones públicas."* Termina señalando que ha quedado acreditado que se ha contratado a otros técnicos de ingeniería IBO2, infraestructuras y mantenimiento aeroportuario en los servicios centrales y que se ha nombrado a otra persona para el puesto de Jefe de Departamento de Pavimentos, resultando de esta forma cubiertos, no solo la plaza y puesto que por categoría le corresponden, sino también el puesto de confianza que había venido desempeñando previamente, además de haberse convocado 256 plazas de niveles Ay B y 1126 plazas de niveles C y F, por lo que al reunir el actor las condiciones precisas para acceder a la pensión de jubilación y, cumplidas las premisas del artículo 152 del Convenio, el cese debe reputarse ajustado a derecho, amparado en causa legal y no constitutivo de un acto de despido.

Contra la citada sentencia se interpuso por la parte actora recurso de casación para la unificación de doctrina, aportando como sentencia contradictoria la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid el 11 de enero de 2010, recurso número 4973/09 .

La parte demandada ha impugnado el recurso, habiendo informado el Ministerio Fiscal que estima que el mismo es improcedente.

SEGUNDO .- Procede el examen de la sentencia de contraste para determinar si concurre el presupuesto de la contradicción, tal y como lo enuncia el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral , que supone que ante hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente idénticos, las sentencias comparadas han emitido pronunciamientos diferentes.

La sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el 11 de enero de 2010, recurso nº 4973/09 , estimó el recurso interpuesto por D. Remigio , contra la sentencia de 27 de marzo de 2009 del Juzgado de lo Social nº 1 de Madrid , en autos 999/08, seguidos a instancia del recurrente contra la Entidad Pública Empresarial Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea, AENA, sobre despido y, revocando la sentencia de instancia, declaró la improcedencia del despido del actor, condenando a la demandada a optar en plazo de cinco días, entre la readmisión del actor o el abono de la indemnización de 193.106'76 euros, debiendo abonarle cualquiera que sea el sentido de la opción, los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la notificación de la sentencia. Tal y como resulta de dicha sentencia, el actor ha venido prestando servicios para AENA desde el 2-11-67, con la categoría profesional de titulado superior, nivel A. Mediante resolución de 11-6-08 la demandada acordó la extinción del contrato del actor por jubilación a los 65 años de edad, conforme a lo dispuesto en el artículo 153 del Convenio vigente y Ley 14/05, de 1 de julio . El puesto de trabajo dejado vacante por el actor ha sido ocupado mediante contrato fijo a través de la oferta de empleo público de 2008. La sentencia, tras rechazar la cuestión previa planteada en la que se interesaba el planteamiento de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, invocando el contenido de las sentencias de esta Sala de 22 de diciembre de 2008, recurso 856/2007 y 14 de octubre de 2009 , razonó que no se cumple lo establecido en la disposición adicional décima del Estatuto de los Trabajadores , ya que el artículo 153 del Convenio Colectivo de AENA se limita a establecer que la entidad se compromete a no amortizar y cubrir efectivamente las plazas vacantes producidas a causa de la jubilación forzosa, lo que resulta insuficiente, ya que se trata de la mera sustitución de un trabajador por otro, siendo irrelevante la precisión del convenio respecto a la preferencia porque el nuevo trabajador sea de la misma ocupación. Concluye declarando la ilicitud de la decisión de jubilación forzosa del actor, lo que acarrea la calificación como despido improcedente.

Entre la sentencia recurrida y la de contraste concurren las identidades exigidas por el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral , pues en ambas se examina la situación del trabajador de AENA que es jubilado por decisión de la empresa al cumplir los 65 años de edad, al amparo de lo establecido en el artículo 153 del IV Convenio Colectivo de AENA , examinándose si la precisión contenido en el apartado 1 del mismo *"La empresa se compromete a no amortizar y cubrir efectivamente las plazas vacantes producidas por esta causa (jubilación obligatoria a los 65 años de edad) preferentemente con plazas de la misma ocupación..."* es conforme con la previsión contenida en la disposición adicional décima del Estatuto de los Trabajadores , habiendo llegado las sentencias comparadas a resultados contradictorios. En efecto, mientras la sentencia



recurrida entiende que el precepto convencional respeta las previsiones contenidas en la Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores , la de contraste aprecia que hay vulneración de dicho precepto.

Es irrelevante, a efectos de la contradicción, que en la recurrida figure el Plan de Necesidades de Plantilla, el nombre del trabajador que se contrata, trabajadores contratados y plazas convocadas.

Cumplidos los requisitos de los artículos 217 y 222 de la Ley de Procedimiento Laboral , procede entrar a conocer del fondo del asunto.

TERCERO .- Como cuestión previa , si bien la aduce en el motivo B del recurso, el recurrente interesa que por la Sala se proceda al planteamiento de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas relativo a la vulneración de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre, por la Ley española 14/2005, de 1 de julio, sobre cláusula de los Convenios Colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación en su artículo único y disposición transitoria única.

El recurrente alega que, una vez que el legislador español deroga la Disposición Adicional 10ª del Estatuto de los Trabajadores para adecuar el ordenamiento interno español a la Directiva 2000/78/CE, incentivando la prolongación de la vida laboral más allá de los 65 años de edad, mediante ventajas fiscales, incrementando la cuantía de las pensiones para los trabajadores que opten voluntariamente por esta prolongación de la vida laboral, incluso tipificando penalmente los actos de discriminación por razón de edad, es contrario a los artículos 8.2 y 18 de la Directiva, que la Ley 14/2005 vuelva, contrariamente, a introducir la disposición Adicional 10ª en el Estatuto de los Trabajadores , manteniendo, además los incentivos introducidos hasta el momento, haciendo, con ello, imposible que los trabajadores puedan acceder a los mismos, perjudicando además, con ello, a la Tesorería General de la Seguridad Social.

El artículo 234 del tratado de la Comunidad Europea , artículo 267 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea , (DOUE de 30-3-2010) establece que: "El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial:

a) sobre la interpretación de los Tratados;

b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión;

Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo.

Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal."

A la vista de la regulación contenida en el precepto anteriormente transcrito resulta que, si bien es cierto que las decisiones de esta Sala no son susceptibles de ulterior recurso judicial de derecho interno, lo que en principio obligaría a la misma al planteamiento de la cuestión prejudicial, en aplicación de lo establecido en el penúltimo párrafo del precepto, el planteamiento de dicha cuestión únicamente procede si este órgano estimara que es necesario un pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para poder emitir el fallo del asunto sometido a la consideración de la Sala.

La norma cuestionada, por entender el recurrente que es contraria a los artículos 8.2 y 18 de la Directiva 2000/78/CE del Consejo de 27 de noviembre de 2000 , es la Ley 14/2005 de 1 de julio, que establece lo siguiente: "*Artículo único: Modificación del texto refundido de la*

Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo. Se incluye una disposición adicional décima en el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores , aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo con la siguiente redacción: «Disposición adicional décima . Cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación. 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.»*

Disposición transitoria única.

Régimen aplicable a los convenios colectivos anteriores a la entrada en vigor de esta Ley. 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."

Tal precepto, sin embargo, no resulta contrario a la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000. En efecto, el artículo 6 de la Directiva expresamente regula la "justificación de diferencias de trato por motivos de edad", disponiendo en su apartado 1: " *No obstante lo dispuesto en el apartado 2 del art. 2, -Definición de discriminación directa e indirecta- 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."*

La Disposición Adicional décima del Estatuto de los Trabajadores , en la redacción dada por la Ley 14/2005, de 1 de julio, dispone 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 cumpliendo el requisito de que "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 cualquiera otros que se dirijan a favorecer la calidad del empleo.

La redacción del precepto es respetuosa con lo dispuesto en el artículo 6 de la Directiva 2000/72/CE que prevé que los Estados miembros puedan disponer diferencias de trato por motivos de edad, sin que tales diferencias constituyan 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.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha tenido ocasión de pronunciarse en la sentencia de 16 de octubre de 2007, asunto C-411/05 , Casimiro , en la decisión prejudicial que tiene por objeto la interpretación del artículo 13 CE y de los artículos 2.1 y 6 de la Directiva 2000/78/CE del Consejo de 27 de noviembre de 2000 , planteado en el marco de un litigio entre el Sr. Casimiro y el empresario Sociedad Cortefiel Servicios SA., en relación con la extinción automática del contrato de trabajo de dicho trabajador, por haber cumplido este el límite de edad para la jubilación forzosa que la normativa fija en 65 años. La cita sentencia razona lo siguiente: " **51** . *Debe considerarse que una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal, que prevé la extinción automática del contrato de trabajo cuando el trabajador cumpla la edad de jubilación establecida en dicha normativa, dispensa, de manera directa, un trato menos favorable a los trabajadores que hayan alcanzado esa edad en comparación con las demás personas activas en el mercado laboral. Una normativa de este tipo supone, por lo tanto, una diferencia de trato directamente basada en la edad, en el sentido del artículo 2, apartados 1 y 2, letra a), de la Directiva 2000/78 .*

52 . Sin embargo, por lo que respecta a las diferencias de trato por motivos de edad, se desprende del artículo 6, apartado 1, párrafo primero, de dicha Directiva que constituyen una discriminación prohibida en el sentido del artículo 2 de la misma Directiva «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». El párrafo segundo del mismo apartado enumera varios ejemplos de diferencias de trato que reúnen características como las mencionadas en el párrafo primero y que, por tanto, son compatibles con las exigencias del Derecho comunitario.

53 . *En el presente caso, debe observarse que, como indica el Abogado General en el punto 71 de sus conclusiones, la disposición transitoria única, que permite la inclusión de cláusulas de jubilación forzosa en los convenios colectivos, se adoptó, a instancias de los agentes sociales, en el marco de una política nacional destinada a favorecer el acceso al empleo mediante su mejor distribución intergeneracional.*



- 54.** *El órgano jurisdiccional remitente ha señalado, no obstante, que la mencionada disposición no se refiere formalmente a ningún objetivo de esta naturaleza.*
- 55.** *Sin embargo, esta circunstancia no es por sí sola determinante. 56. En efecto, no puede deducirse del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78 que la falta de indicación en la normativa nacional de que se trate del objetivo que pretende alcanzarse tenga por efecto que se excluya automáticamente la posibilidad de que esté justificada a la luz de dicha disposición.*
- 57.** *Cuando no existe indicación en este sentido, es necesario, no obstante, que otros elementos, propios del contexto general de la medida en cuestión, permitan la identificación del objetivo que subyace a esta medida, a fin de posibilitar el ejercicio del control jurisdiccional sobre la legitimidad, idoneidad y necesidad de los medios empleados para lograr dicho objetivo.*
- 58.** *En el presente caso, de las explicaciones proporcionadas por el órgano jurisdiccional remitente resulta, en primer lugar, que la jubilación forzosa de los trabajadores una vez alcanzada una determinada edad se introdujo en la normativa española en 1980, en un contexto económico caracterizado por un alto nivel de desempleo, con el fin de ofrecer, en el marco de la política nacional de empleo, oportunidades en el mercado de trabajo a las personas en busca de un empleo.*
- 59.** *En segundo lugar, este objetivo se mencionaba expresamente en la disposición adicional décima.*
- 60.** *En tercer lugar, tras la derogación en 2001 de esta disposición adicional y la firma entre el Gobierno español y las organizaciones patronales y sindicales de la Declaración para el diálogo social sobre competitividad, empleo estable y cohesión social, suscrita en 2004, el legislador español volvió a reconocer la jubilación forzosa mediante la Ley 14/2005. Esta Ley, por su parte, tiene por objeto ofrecer oportunidades en el mercado de trabajo a las personas que buscan un empleo. De ese modo, su artículo único supedita la posibilidad de establecer en los convenios colectivos cláusulas que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento de la edad de jubilación al requisito de que la medida se "vincule a objetivos coherentes con la política de empleo expresados en el convenio colectivo", tales como "la transformación de contratos temporales en indefinidos, el sostenimiento del empleo (o) la contratación de nuevos trabajadores".*
- 61.** *En este contexto, habida cuenta de los numerosos litigios sobre la consideración que debían recibir, tras la derogación de la disposición adicional décima, las cláusulas de jubilación forzosa incluidas en los convenios colectivos celebrados al amparo de la Ley 8/1980, tanto en su versión original como en la aprobada mediante el Real Decreto Legislativo 1/1995, así como de la inseguridad jurídica resultante para los agentes sociales, la disposición transitoria única confirmó la posibilidad de establecer una edad límite de jubilación en aplicación de los mencionados convenios colectivos.*
- 62.** *Por lo tanto, situada en este contexto, la disposición transitoria única tiene por objeto regular el mercado nacional de trabajo con el fin, en particular, de reducir el desempleo.*
- 63.** *Esta apreciación se ve confirmada por el hecho de que, en el presente caso, el artículo 19, párrafo tercero, del convenio colectivo indica expresamente el "objeto de fomentar el empleo" como la finalidad que inspira la medida establecida en dicha disposición.*
- 64.** *La legitimidad de este objetivo de interés general no puede cuestionarse razonablemente, habida cuenta de que los objetivos relativos a la política de empleo y a la situación del mercado de trabajo figuran entre los expresamente enumerados en el artículo 6, apartado 1, párrafo primero, de la Directiva 2000/78 y de que, con arreglo a los artículos 2 UE, párrafo primero, primer guión, y 2 CE, la promoción de un alto nivel de empleo se cuenta entre las finalidades de la Unión Europea y de la Comunidad.*
- 65.** *Por otro lado, como ha declarado ya el Tribunal de Justicia, no puede negarse que la promoción de la contratación constituye un objetivo legítimo de la política social o de empleo de los Estados miembros (véase, en particular, la sentencia de 11 de enero de 2007, ITC, C-208/05, Rec. p. I-181, apartado 39), apreciación evidentemente válida por lo que respecta a los instrumentos de la política del mercado de trabajo nacional con los que se pretende mejorar las oportunidades de inserción en la vida activa de ciertas categorías de trabajadores.*
- 66.** *Por lo tanto, debe considerarse que, en principio, un objetivo como el contemplado en la normativa controvertida en el litigio principal justifica "objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional", conforme a lo exigido por el artículo 6, apartado 1, párrafo primero, de la Directiva 2000/78, que los Estados miembros puedan establecer una diferencia de trato por motivos de edad".*

La sentencia concluye: *"En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara: la prohibición de toda discriminación por razón de edad, tal como se aplica en la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional, como la controvertida*



en el litigio establecidas en los convenios colectivos que exijan, como únicos requisitos, que el trabajador haya alcanzado el límite de edad a efectos de jubilación, fijado en 65 años por la normativa nacional, y que cumpla con las demás condiciones en materia de seguridad social para acceder a la prestación de jubilación en su modalidad contributiva, siempre que: -dicha medida, pese a basarse en la edad, esté justificada objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional, por una finalidad legítima relativa a la política de empleo y al mercado de trabajo."

No procede el planteamiento de la cuestión prejudicial a la vista de la interpretación efectuada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea señalando que la Directiva 2000/78/CE del Consejo de 27 de noviembre de 2000 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional como la controvertida en el litigio -disposición transitoria única de la Ley 14/2005 de 1 de julio- que exija como únicos requisitos establecidos en los convenios colectivos que el trabajador haya alcanzado el límite de edad de 65 años fijado en la normativa nacional y que cumpla con las demás condiciones en materia de seguridad social para acceder a la prestación de jubilación en su modalidad contributiva, siempre que esta medida esté justificada objetiva y razonablemente en el marco del derecho nacional por una finalidad legítima relativa a la política de empleo y al mercado de trabajo. En efecto, el artículo único de la Ley 14/2005, de 1 de julio, que adicionó la Disposición Adicional Décima al Estatuto de los Trabajadores, además de exigir los requisitos previstos para el supuesto de la Disposición Transitoria Única -que el trabajador tenga cubierto el periodo 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- expresamente señala que esta medida de jubilación forzosa por cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación- 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 conversión 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.

No se aprecia que haya vulneración del artículo 8.2 de la Directiva ya que no se ha reducido, como alega el recurrente, el nivel de protección contra la discriminación ya garantizada por los Estados miembros pues lo que existía era una ausencia de regulación de la jubilación forzosa que, a partir del Real Decreto Ley 5/2001 de 2 de marzo, convalidado por la Ley 12/2001, de 9 de julio, que derogó la Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores pasó de ser considerado un instrumento favorecedor de la política de empleo a ser conceptualizado como un coste para el sistema de seguridad social, siendo sustituida la política de fomento de la jubilación forzosa por alternativas dirigidas al fomento de la jubilación flexible.

La sentencia precitada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de octubre de 2007, asunto 411/2005, aborda la cuestión de si los medios empleados -Ley 14/2005, de 1 de julio- son adecuados y necesarios para lograr el objetivo legítimo de política social y de empleo, razonando lo siguiente: " **70.** Asimismo, ha de reconocerse a las autoridades competentes a nivel nacional, regional o sectorial la posibilidad de modificar los medios que se emplean para lograr un objetivo legítimo de interés general, por ejemplo mediante su adaptación a la evolución de la situación laboral en el Estado miembro de que se trate. El hecho de que, en el presente caso, la jubilación forzosa se haya vuelto a reconocer en España años después de haber sido derogada carece, por lo tanto, de pertinencia.

71. Incumbe, en consecuencia, a las autoridades competentes de los Estados miembros conseguir el justo equilibrio entre los distintos intereses en juego. Sin embargo, debe velarse por que las medidas nacionales previstas en este contexto no excedan de lo adecuado y necesario para alcanzar el objetivo que pretenda conseguir el Estado miembro en cuestión.

72. Parece razonable que las autoridades de un Estado miembro estimen que una medida como la controvertida en el litigio principal puede ser adecuada y necesaria para alcanzar el objetivo legítimo invocado en el marco de la política nacional de empleo, que consiste en favorecer el pleno empleo facilitando el acceso al mercado de trabajo.

73. Además, no puede estimarse que con dicha medida se vean excesivamente menoscabadas las expectativas legítimas de los trabajadores que hayan sido objeto de una medida de jubilación forzosa por haber alcanzado el límite de edad previsto, puesto que la normativa pertinente no se basa sólo en una edad determinada, sino que tiene también en cuenta la circunstancia de que, al término de su carrera profesional, los interesados obtienen una compensación financiera consistente en una pensión de jubilación, como la prevista por el régimen nacional controvertido en el litigio principal, que se fija en un nivel que no puede considerarse inadecuado.

74. Por otro lado, la normativa nacional pertinente ofrece a los agentes sociales la posibilidad de recurrir en los convenios colectivos -y, por lo tanto, con una flexibilidad considerable- al instrumento de la jubilación forzosa, de tal modo que pueden tenerse debidamente en cuenta no sólo la situación global del mercado de trabajo en cuestión, sino también las características propias de los puestos de que se trate.



75. *A la luz de estos elementos, no puede sostenerse que una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal sea incompatible con las exigencias de la Directiva 2000/78."*

Por todo lo razonado no procede el planteamiento de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

CUARTO .- El recurrente alega que la sentencia recurrida vulnera la ley 14/2005, de acuerdo con las limitaciones impuestas por los artículos 2 y 6 de la Directiva 2000/78/CE en la interpretación realizada por el Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas en su sentencia de 16 de octubre de 2007 , vulnerando además la doctrina dictada por el Tribunal Supremo en dos sentencia de Sala General de 22 de diciembre de 2008 (recursos 856/07 y 3460/06), otra de 12 de mayo de 2009 (recurso 2153/07) y otra de 14 de octubre de 2009 (recurso 3505/08).

En esencia el recurrente alega que, de acuerdo con la doctrina que invoca, no cabe desde el marco limitado del Convenio Colectivo de AENA, justificar el despido por razón de edad del actor, en base a la cobertura de la plaza acordada a través de la oferta de Empleo Público, en la medida en que, la política de empleo público acordada en la misma responde a un marco mucho más amplio, conformado por la Ley de Presupuestos y Oferta Pública de Empleo, aplicable a todo el sector publico, del que forma parte la Entidad Publica Empresarial AENA.

Conviene recordar, siguiendo lo establecido en la sentencia de esta Sala de 22 de diciembre de 2008, recurso 856/07 , la evolución que ha sufrido en nuestro ordenamiento la regulación de la jubilación por edad, pudiendo señalarse lo siguiente:

1.- la jubilación forzosa salió a la palestra de la democracia con la versión original de la Disposición Adicional 5ª ET/1980 , en la que se fijaba como edad máxima de trabajo los 69 años; objeto de recurso de inconstitucionalidad, la STC 22/1981 [2/Julio] proscribía toda interpretación que la entienda como una cláusula de jubilación forzosa -general e incondicionada- al cumplir aquella edad, pero sin excluir su utilización como medida de fomento del empleo y técnica de reparto del trabajo en sectores con especiales problemas de desempleo. Aunque haya de reconocerse que de esta doctrina se distancia con posterioridad el mismo intérprete de la Constitución [STC 58/1985 -cuestión de inconstitucionalidad-, de 30/Abril ; y en aplicación de ella, las de 95/1985, de 29/Julio , y 111 a 136/1085, de 11/Octubre , respecto de la validez del III Convenio Colectivo de RENFE], siquiera en la actualidad hubiese vuelto nuevamente -como veremos- el criterio inicialmente expresado [SSTC 280/2006, de 9/Octubre ; en términos parecidos, la 341/2006, de 11/Diciembre].

Doctrina -inicial- de la STC 22/1981 que fue seguida por la jurisprudencia social, al sostener la validez de la jubilación pactada en Convenio cuando la misma se estableciese con la finalidad de promover una política de empleo y de mitigar en lo posible una situación de paro (así se expresan las SSTS de 28/03/83 ; 11/05/83 ; 30/05/83 ; 11/07/85 ; 11/07/85 ; 12/07/85 ; 02/06/86 ; y 09/12/86); siquiera con posterioridad se hubiese impuesto el criterio rectificador de la STC 58/1985 , afirmando el TS que «no resulta obligado que el convenio colectivo necesariamente haya de incluir cláusula explícita que obligue a cubrir puestos de trabajo de los jubilados por otros desempleados» y «que es constitucional el pactar una edad de jubilación forzosa en el seno de la negociación colectiva siempre que se garantice el derecho del trabajador a la pertinente prestación de jubilación del Sistema de la Seguridad Social» (así, las SSTS de 27/10/87 ; 27/10/87 ; 18/12/89 ; y 27/12/93 -rcud 4180/92 -).

2.- Algunos años más tarde la inicial formulación constitucional se incorporó al Texto Refundido del ET [RD Legislativo 1/1995, de 24/Marzo], con una DA 10ª por cuya virtud se habilitaba expresamente al Gobierno y a la negociación colectiva para incorporar edades de jubilación forzosa, pero como medida de fomento del empleo; con lo que -es claro- se descartaba de forma definitiva la fijación de una jubilación forzosa de alcance general, pero a la par se ofrecía a la negociación colectiva -también al Gobierno- un instrumento para minorar el desempleo padecido en algunos sectores de producción.

Y en la interpretación del precepto, la doctrina constitucional indica que «las precondiciones que pueden llegar a justificar el tratamiento desigual y el sacrificio que la jubilación forzosa supone para el trabajador afectado son, con arreglo a nuestra doctrina [SSTC 22/1981, de 2/Julio ; y 58/1995, de 30/Abril], las siguientes: 1) El cese forzoso por esa causa sólo es posible si ... procede la percepción de pensión de jubilación. [...] 2) La fijación de una edad máxima de permanencia en el trabajo sería constitucional siempre que con ella se garantizara una oportunidad de trabajo a la población en paro, por lo que no podría suponer, en ningún caso, una amortización de puestos de trabajo» (SSTC 280/2006, de 9/Octubre, FJ 6 ; y 341/2006, de 11/Diciembre , FJ 3). Y que «la confluencia de un compromiso en el convenio que favorece la estabilidad en el empleo [...] durante toda su vigencia, y la constatación de que la empresa, en la aplicación de la cláusula de jubilación obligatoria, ha garantizado una oportunidad de trabajo a otro trabajador, permiten apreciar la existencia de una justificación de la medida convencional y de un fundamento legítimo de la decisión empresarial, ligados



a políticas de empleo» (SSTC 280/2006, de 9/Octubre, FJ 6 ; en términos parecidos, la 341/2006, de 11/ Diciembre , FJ 3).

Por su parte, la doctrina jurisprudencial ordinaria -ha de reconocerse- no fue siempre coincidente en el examen de la materia, pues en tanto que a veces se mantuvo que la «fijación de una edad de jubilación forzosa en Convenio Colectivo es válida y respeta los mandatos de la Constitución Española, siempre que tal fijación cumpla determinadas condiciones y requisitos, en especial la de responder a las finalidades y objetivos de la política de empleo [...], sea en ámbito nacional, sectorial o de empresa», y que «por el contrario, es inconstitucional por infringir el artículo 35 de la Constitución , el establecimiento de una edad de jubilación forzosa en Convenio Colectivo, si se hace "de forma directa e incondicionada"» (SSTS 26/02/90 ; y 29/10/90 - rec. 332/90 -); de todas formas también en otras ocasiones se ha afirmado por la Sala que «la bondad de la jubilación acordada en base a lo dispuesto en un Convenio Colectivo se halla condicionada exclusivamente al hecho de que el afectado reúna los requisitos para causar derecho a prestaciones por jubilación» (SSTS 08/03/00 -rcud 2436/99 -; y 14/07/00 -rcud 3428/99 -).

3.- Quizás el uso excesivo de la habilitación convencional y el recelo doctrinal que tal uso había generado, determinaron que la situación normativa diese un giro copernicano con la Ley 12/2001 [9/Julio], que hace desaparecer la habilitación legal de la jubilación forzosa, por entender que se correspondía con «una política de empleo inspirada en concepciones y apoyada en realidades demográficas distintas» a las entonces vigentes. Pese a todo, tal supresión no fue entendida por los interlocutores sociales como una imposibilidad de fijar convencionalmente edades de jubilación forzosa, por lo que continuaron incorporando a múltiples Convenios Colectivos cláusulas de edades de jubilación forzosa; y ello sin la contrapartida de medida alguna de fomento del empleo.

Pero frente a tal fenómeno colectivo -carente de apoyatura legal- se dictan por el TS dos sentencias de Sala General con fecha 09/03/04 [recursos 765/03 y 2913/03], en las que se mantiene que tras la derogación de la DA 10^a ET, se considera contraria a la igualdad y discriminatoria la fijación en Convenio Colectivo de una determinada edad para jubilarse forzosamente, aunque resulte válida -transitoriamente- la fijada en convenios anteriores a la citada derogación y durante el tiempo de su vigencia (siguiendo la doctrina de las dos de Pleno citadas, son de citar las SSTS de 06/04/04 -rcud 2977/03 -; 06/04/04 -rcud 3427/03 -; 28/05/04 -rcud 3803/03 -; 02/11/04 -rcud 2633/03 -; 20/12/04 -rcud 5728/03 -; 04/05/05 -rec. 1832/04 -; y 01/06/05 -rcud 1744/04 -). Y al efecto se sienta una doctrina que la ya indicada STS 02/11/04 [-rcud 2633/03 -] resume de esta forma: «1) la negociación colectiva de edades máximas para trabajar [jubilación forzosa] requiere en nuestro ordenamiento una habilitación legal, al afectar al derecho al trabajo reconocido en el art. 35.1 de la Constitución [SSTC 22/1981, de 2/Julio ; 58/1985, de 30/Abril]; 2) la DA 10^a ET/1995 contenía una cláusula de habilitación legal ..., dentro de ciertos límites y siempre que tal determinación se apoyara en razones de política de empleo; 3) la derogación de la DA 10^a ET/1995 ha significado la supresión de la habilitación legal ..., lo que supone que ya no cabe pactar cláusulas convencionales en la materia; 4) la derogación de la DA 10^a ET/1995 ha respondido a que las razones de política de empleo que justificaron la utilización del instrumento de la jubilación forzosa no subsisten e incluso han sido contrarrestadas por líneas de política de empleo de signo opuesto [Pacto de Toledo; DA vigesimosexta LGSS, incorporada por la Ley 24/1997; Ley 35/2002, de 12/Julio; directrices para la CE elaboradas en la Cumbre de Lisboa, de 23 y 24/Marzo/00]; y 5) la prohibición de pactar cláusulas de jubilación forzosa no afecta, durante la vigencia de los mismos, a las ya establecidas en convenios colectivos anteriores a la entrada en vigor de la Ley 12/2001 o, más exactamente, del RDL 5/2001».

4.- En la actualidad, tras el compromiso alcanzado por el Gobierno y las Organizaciones Empresariales y Sindicales para recuperar la jubilación forzosa convencional [Declaración para el Diálogo Social, de 8/Julio/04], la Ley 14/2005 resucita la DA 10^a, condicionando la extinción automática del contrato por edad, no sólo a que el trabajador cumpla los requisitos legalmente exigidos para causar derecho a la pensión de jubilación contributiva [pudiendo el Convenio fijar el porcentaje mínimo de pensión requerible], sino también que el Convenio explicita los objetivos de política de empleo que justifiquen la utilización de la jubilación obligatoria [textualmente: «Esta medida deberá vincularse a objetivos coherentes con la política de empleo expresados en el convenio colectivo»] y que la propia norma enumera de manera ejemplificativa [«mejora de la estabilidad en el empleo, la transformación de contratos temporales en indefinidos, el sostenimiento del empleo, las nuevas contrataciones o cualesquiera otros que se dirijan a favorecer la calidad del empleo»].

La cuestión que surge con esta nueva regulación es como ha de interpretarse la Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores , en redacción dada por la Ley 14/05, de 1 de julio, en concreto su apartado a) ya que el precepto permite que los convenios colectivos puedan establecer 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".

Hay que poner de relieve, en primer lugar, que la vinculación con objetivos coherentes de política de empleo ha de consignarse en el Convenio Colectivo.

Esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse sobre dicho requisito y lo ha hecho en dos sentencias de Sala General de 20 de diciembre de 2008, en las que razona lo siguiente: "Pese a ello consideramos que la argumentación ofrecería una inconveniente laguna si no afrontase otra decisiva cuestión, cual es la que atañe al significado que haya de darse a la expresión legal «deberá vincularse a objetivos coherentes con la política de empleo expresados en el convenio colectivo», y a los que -como tales objetivos- acto continuo menciona específicamente la propia DA 10ª ET [redacción dada por la Ley 14/2005]. Lo que supone dar respuesta a tres sucesivos adverbios -«qué»; «cómo»; y «dónde»- relativos a los indicados objetivos, para de esta forma poder dar cabal contestación al segundo punto nuclear en la resolución del litigio [siquiera no hubiese sido formalmente planteado], cual es el de si el Convenio Colectivo que examinamos cumple -de alguna manera- las previsiones legales que son contrapartida a la obligada extinción del contrato por razón de edad.

2.- Sobre la primera cuestión [en «qué» consisten], la respuesta impone la aclaración -casi superflua- de que la enumeración de motivos que el precepto hace [«mejora de la estabilidad en el empleo, la transformación de contratos temporales en indefinidos, el sostenimiento del empleo, las nuevas contrataciones o cualesquiera otros que se dirijan a favorecer la calidad del empleo»] no es cerrada sino simplemente ejemplificativa, como demuestran los sintagmas «tales como» y «cualesquiera otros» que la misma norma emplea. Y en segundo lugar, también es obligado resaltar que su caracterización viene dada por la Exposición de Motivos de la propia Ley 14/2005, al indicar que «Se trata, en todos los casos, de objetivos compatibles con el mandato a los poderes públicos de realizar una política orientada al pleno empleo contenido en el artículo 40 de la Constitución y con la política de empleo desarrollada en España en el marco de la estrategia coordinada para el empleo regulada por el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea»; o lo que es igual, el marco de referencia para los objetivos a «vincular» con el cese forzoso por edad en el Convenio Colectivo bien pudiera ser el que representa la relación de metas que para la «política de empleo» señala el art. 2 de la Ley de Empleo [Ley 56/003, de 16/Diciembre].

En todo caso debe ponerse de manifiesto -habida cuenta de la evolución legal y jurisprudencial producida- 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].

3.- Sobre el «cómo» han de expresarse los objetivos «coherentes» con la política de empleo, la Sala considera -para que los criterios del Tribunal Constitucional no resulten burlados- 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 [piénsese en que las citadas innovaciones tecnológicas -por ejemplo- llevan a «favorecer la calidad del empleo», pero serían endeble justificación para amortizar por sí solas puestos de trabajo por la vía de la jubilación colectivamente pactada], 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 el obligado acatamiento a aquellos pronunciamientos del Tribunal Constitucional y la sumisión a los principios que se derivan de la propia Exposición de Motivos de la Ley 14/2005, por fuerza llevan a sostener 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.

4.- El último interrogante [«dónde»] solamente puede tener una respuesta, y es la de que las medidas de política de empleo - contrapartida al cese forzoso- han de estar expresamente referidas en el propio Convenio Colectivo y de que no cabe una justificación ad extra de ellas. La cuestión que en definitiva se plantea es si resulta suficiente -para justificar el cese forzoso por edad- que en el Convenio se pacten concretas medidas de política de empleo o si -por el contrario- es preciso que en el texto pactado se haga una referencia expresa a la vinculación entre el cese por edad y las medidas de empleo.

Nos inclinamos por esta última exigencia, siendo así que la DA 10ª ET establece que la jubilación forzosa por edad «deberá vincularse a objetivos ... expresados en el convenio colectivo», y el significado de la palabra vincular [«atar o fundar algo en otra cosa», en su primera acepción, conforme al DRAE] claramente apunta a que la sujeción ha de ser expresa y tener por sujetos a los firmante del Convenio. El precepto no dice que «estará



justificada» o «habrá de justificarse» la medida, sino que utiliza una expresión [«deberá vincularse a objetivos ... expresados»] que comporta un expreso enlace entre cese y metas explicitadas, excluyendo justificaciones tácitas y/o argumentables a posteriori en el proceso. 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."

En el asunto ahora examinado la norma aplicable, artículo 153 del IV Convenio Colectivo de AENA , en el que deben figurar los objetivos coherentes de políticas de empleos, dispone lo siguiente: "Artículo 153. Edad de jubilación.

1. En el ámbito de Aena, la jubilación será obligatoria al cumplir el trabajador la edad de sesenta y cinco años. La Entidad se compromete a no amortizar y cubrir efectivamente las plazas vacantes producidas por esta causa, preferentemente con plazas de la misma ocupación, salvo las declaradas a extinguir o incluidas en el Plan de Choque, o en su caso, con aquellas otras de ocupaciones diferentes que se hayan creado por reestructuración de las vacantes citadas, previa autorización de los Organismos competentes en materia de Empleo Público, y de acuerdo con los sistemas de selección y provisión que correspondan.

2. La edad de jubilación, establecida en el párrafo anterior, se considerará sin perjuicio de que el trabajador pueda completar el período mínimo de cotización, exigible para causar derecho a pensión de jubilación, en cuyo supuesto la jubilación obligatoria se producirá al completar el trabajador dicho período de carencia."

Del tenor literal del precepto resulta que el único compromiso que adquiere la empresa, vinculado con la jubilación obligatoria del trabajador al cumplir 65 años de edad, es "no amortizar y cubrir efectivamente las plazas vacantes producidas por esta causa -jubilación obligatoria- preferentemente con plazas de la misma ocupación, salvo las declaradas a extinguir o incluidas en el Plan de choque, o, en su caso, con aquellas otras de ocupaciones diferentes que se hayan creado por reestructuración de las vacantes citadas, previa autorización de los Organismos competentes en materia de empleo público...."

Por lo tanto el convenio no exige que la plaza dejada vacante por el trabajador se cubra con otro trabajador de la misma categoría y actividad, sino que será "preferentemente de la misma ocupación" y además las plazas solo se mantienen sin amortizar si no se declaran a extinguir, ni se incluyen en el Plan de choque, y además cabe también sustituir al trabajador que se jubila por otro al que se destina a "ocupación diferente" creada por reestructuración de las vacantes producidas por la jubilación, siempre que esté autorizada por los organismos competentes en materia de empleo público.

Respecto a si es suficiente para considerar cumplido el requisito previsto en la Disposición Adicional Décima, apartado a) del Estatuto de los Trabajadores con el compromiso de no amortizar la plaza y contratar a otro trabajador que sustituya al jubilado, esta Sala en sentencia de 14 de octubre de 2009, recurso 3505/08 ha razonado: "Por otra parte, no basta para cumplir estos objetivos la previsión de que se procederá a la cobertura de la vacante producida por el cese del trabajador jubilado, pues con ello no se mejora, ni se aumenta el empleo, sino que simplemente se sustituyen unos trabajadores por otros, posiblemente con una reducción del coste final para el empleador."

Por lo tanto no cumple el Convenio la previsión contenida en la Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores .

Pero, a mayor abundamiento, como ya se consignó con anterioridad, el Convenio prevé que la plaza vacante por jubilación pueda ser extinguida o desaparecer por estar incluida en un plan de choque, o pueda ser cubierta una plaza de una ocupación diferente, previa autorización de los Organismos competentes en materia de empleo público.

La naturaleza publica de la empleadora no le exime de la aplicación de la norma, tal y como ha puesto de relieve la sentencia de esta Sala de 22 de diciembre de 2008, recurso 856/06 , que ha razonado lo siguiente: "2.- Nuestra conclusión -con lo que ello implica de matización a la doctrina expuesta en nuestra sentencia de 14/05/08 [rco 56/07], relativa al Convenio Colectivo de la AEAT- es la de que los sujetos públicos no quedan eximidos de que se les aplique la DA 1ª ET en los términos que previamente se han indicado, 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. Y tal conclusión se impone, pese a todo, porque en cuanto parte de relaciones laborales privadas, las Administraciones Públicas -y con mayor motivo los Entes Públicos Empresariales- están sujetas a las mismas reglas jurídicas que los demás empleadores, dado el sometimiento pleno a la Ley y al Derecho que para ellas establece el art. 103.1 CE (así, SCT 205/1987, de 21/Diciembre. Y, entre las recientes, SSTs de 17/09/04 -rcud 4178/03 -; 07/10/04-rcud 2182/03 -; 16/05/05 -rec. 2646/04 -; 01/06/05 -rec. 2474/04 -;



14/03/06 -rcod 99/05 -; 21/12/06 -rcud 4537/05 -; 27/02/07 -rcud 4220/05 -; 30/05/07 -rcud 5315/05 -; 18/07/07 -rcud 3685/05 -; y 21/07/08 -rcud 2121/07 -).

3.- Y por lo mismo, si el legislador hubiese querido excluir a las diversas Administraciones Públicas [o Entidades Públicas Empresariales] de las exigencias establecidas en la DA 10ª y proporcionarles un trato singular en la materia, habría podido hacerlo; o bien eximiéndolas expresamente de la contrapartida -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.

Consideraciones las anteriores que nos llevan a una última reflexión, y es la relativa a la dificultad real que supone coordinar en el sector público [Administraciones Públicas; Entes Públicos Empresariales] el cese forzoso por edad y su obligado condicionante de concretas medidas de fomento del empleo, al menos tal como expresamente se regula la materia en la nueva DA 10ª ET, habida cuenta de que la extinción forzosa del contrato se negocia en un marco mucho más limitado [el de un determinado convenio colectivo] que aquel en el que se acuerda la política de empleo público [Ley de Presupuestos y Oferta Pública de Empleo, aplicables a todo el sector público]; lo que representa, todo hay que decirlo, un claro obstáculo para la aplicación -en los sectores públicos- de la medida extintiva reinstaurada por la Ley 14/2005."

Por todo lo razonado no procede el cese por edad del trabajador lo que constituye un despido que, a tenor de lo establecido en el artículo 55.4 del Estatuto de los Trabajadores ha de ser declarado improcedente, con las consecuencias previstas en el artículo 56 de dicho texto legal .

No se opone a tal conclusión las previsiones contenidas en los artículos 25 , 28 , 33 , 34 , 35 , 37 , 42 , 45 , 47 , 49 , 58.1 , 93 , 144 a 151 , 156 , disposiciones transitorias novena, decimotercera y decimocuarta y Anexos III y IV del V Convenio Colectivo de AENA , preceptos invocados por la demandada en su escrito de impugnación del recurso, pero lo que exige la Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores es que la medida de la jubilación obligatoria "se vincule a objetivos coherentes con la política de empleo expresados en el Convenio" y los preceptos anteriormente consignados no guardan relación alguna -no están vinculados- con la medida de jubilación obligatoria de los trabajadores al cumplir 65 años de edad, ya que la vinculación supone un expreso enlace entre cese y medidas acordadas y, aunque pueden estar en un precepto diferente al que regula la jubilación obligatoria, ha de constar de forma clara su relación con la misma.

QUINTO .- Queda una última cuestión por resolver y es la referente a determinar a quien corresponde la opción en el caso de que el despido del trabajador se declare improcedente.

El artículo 102 del IV Convenio Colectivo establece: "En los casos de resolución del contrato de trabajo de un trabajador de Aena, por causa de despido, si la jurisdicción social declarare la improcedencia o nulidad de la medida extintiva, la opción entre la readmisión en el mismo puesto de trabajo y la indemnización alternativa corresponderá siempre al trabajador, que deberá ejercitarla dentro de un plazo máximo de cinco días hábiles, contados desde la fecha de la notificación de la resolución judicial. De no ejercitarse la opción en el plazo indicado, se entenderá que el trabajador opta por la readmisión."

La cuestión ha sido resuelta por la sentencia de esta Sala de 3 de octubre de 2011, recurso 4649/10 que ha establecido lo siguiente: "Como ha recapitulado esta Sala en su sentencia de 21-10-2010 (R. 1075/09), al analizar cláusulas similares de la negociación colectiva, "el punto de partida obligado ha de ser la consideración de que el carácter mixto del Convenio Colectivo - norma de origen convencional/contrato con eficacia normativa- determina que su interpretación haya de atender tanto a las reglas legales propias de las normas jurídicas [arts. 3 y 4 CC] como a aquellas otras que disciplinan la hermenéutica de los contratos [arts. 1281 a 1289 CC] (con muchas otras anteriores, SSTs 03/12/08 -rcod 180/07 -; 26/11/08 -rcod 139/07 -; 21/07/09 -rcod 48/08 -; 21/12/09 -rcod 11/09 -; y 02/12/09 -rcod 66/09 -). Por ello, la interpretación del Convenio Colectivo ha de combinar los criterios de orden lógico, gramatical e histórico, junto con el principal de atender a las palabras e intención de los contratantes (así, SSTs 27/06/08 -rcod 107/06 -; 26/11/08 -rcod 95/06 -; 26/11/08 -rcod 139/07 -; 27/01/09 -rcud 2407/07 -; y 21/12/09 -rcod 11/09 -), lo que confiere especial relevancia al Tribunal «a quo» ante el que se ha desarrollado la actividad probatoria relativa a la voluntad de las partes y a los hechos concomitantes (en este sentido, recientemente, SSTs 22/04/09 -rcod 51/08 -; 15/09/09 -rcod 78/08 -; 08/10/09 -rcod 13/09 -; 02/12/09 -rcod 66/09 -; 17/12/09 -rcod 120/08 -; y 21/12/09 -rcod 11/09 -)".

Y en este orden de cosas, resulta imprescindible tener en cuenta que el precepto arriba transcrito se encuentra ubicado en el Capítulo -el XIII- del Convenio que regula el "Código de conducta y régimen disciplinario", lo que pone claramente de relieve que la intención de los negociadores colectivos, y de ahí esa localización sistemática, era la de otorgar la opción a los trabajadores únicamente en el caso de que, por habérseles imputado la comisión



de alguna falta "muy grave" (art. 94.4) merecedora del despido, tal como prevé el art. 97.1.c) del propio Convenio, resultara aplicable el régimen disciplinario al que alude todo el Capítulo. Parece evidente que solamente a tales despidos, y cuando la decisión empresarial fuera judicialmente declarada nula o improcedente, la negociación colectiva, mejorando la previsión estatutaria (art. 56.1 ET), y de forma similar a como lo hace para el personal laboral fijo en el empleo público en general el art. 96 del Estatuto Básico aprobado por Ley 7/2007 , quiso conceder la opción al trabajador. Cabe concluir, en fin, en línea con lo que esta misma Sala Cuarta ha sostenido, entre otras, en las sentencias de 25-5-1999 -y las que en ella se citan-, R. 4086/96 , 21-9-1999, R. 213/99 , y 26-12-2000, R. 61/2000 , que la previsión convencional que mejora la legalidad estatutaria no puede extenderse mas allá del propio pacto, y ya hemos visto que el Convenio en cuestión sólo ha querido transferir la opción a favor de los trabajadores cuando se trata de despidos disciplinarios y éstos hayan sido declarados nulos o improcedentes por la jurisdicción pero no así cuando la declaración de improcedencia traiga causa de cualquier defecto o irregularidad en los contratos suscritos por la entidad aquí demandada.

No contradice esta conclusión nuestra sentencia de 21 de noviembre de 2008 (R. 1554/07), aunque en ella la sentencia alegada de contraste analizaba una norma similar (el art. 89) del II Convenio Colectivo de Aena , porque con ser otro el convenio colectivo allí de aplicación (el del personal laboral del Ayuntamiento de Marbella), lo que tal vez podría haber determinado la ausencia de contradicción en aquel caso, lo cierto es que entonces la discusión y, en consecuencia, el verdadero objeto de dicho recurso de casación unificadora se centró en el modo en el que debería producirse la obligada readmisión por la opción del trabajador despedido: si como trabajador fijo, como propugnaba el trabajador recurrente, o manteniendo el carácter indefinido de su relación inicial, tal como había acordado la sentencia impugnada y confirmamos en la nuestra."

Al haberse extinguido el contrato por jubilación del trabajador, acordada por la empleadora al amparo del artículo 153 del IV Convenio Colectivo de Aena , extinción que ha sido declarada por esta Sala como constitutiva de un despido improcedente se ha de aplicar la doctrina anteriormente transcrita, reconociendo el derecho de opción entre indemnización o readmisión a favor de la empresa.

Procede, por tanto, la desestimación de este motivo de recurso.

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

FALLAMOS

Estimamos en parte el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación letrada de D. Leovigildo contra la sentencia dictada el 26 de octubre de 2011 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso de suplicación nº 3594/11 , interpuesto por el ahora recurrente frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 17 de Madrid, en autos nº 1542/10, seguidos a instancia de dicho recurrente contra AENA, en reclamación por despido. Casamos y anulamos la sentencia recurrida y resolviendo el debate planteado en suplicación estimamos en parte el recurso de tal clase interpuesto por D. Leovigildo , declarando la improcedencia del despido del actor, condenando a la demandada a que, a su elección, a efectuar en plazo de cinco días contados a partir de la notificación de esta resolución, readmita al actor en el mismo puesto de trabajo que tenía con anterioridad a producirse el despido o le indemnice con la cantidad de 230.095'32 euros, debiendo abonar en cualquiera de los dos supuestos los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de esta resolución.

Devuélvanse las actuaciones al órgano jurisdiccional de procedencia ,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. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.