



Roj: STS 880/2017 - ECLI:ES:TS:2017:880
Id Cendoj: 28079140012017100127
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 138/2016
Nº de Resolución: 150/2017
Procedimiento: SOCIAL
Ponente: MIGUEL ANGEL LUELMO MILLAN
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En Madrid, a 22 de febrero de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por la UNIÓN SINDICAL DE CONTROLADORES AÉREOS (USCA), representada y asistida por la letrada D^a Yolanda Borrás Ferre, contra la sentencia dictada por la Audiencia Nacional de fecha 19 de febrero de 2016, en actuaciones seguidas por dicha recurrente, contra la Entidad Pública Empresarial AEROPUERTOS ESPAÑOLES Y NAVEGACIÓN AÉREA (ENAIRE antes AENA), sobre CONFLICTO COLECTIVO. Ha comparecido ante esta Sala en concepto de parte recurrida ENAIRE, representada y asistida por el Abogado del Estado D. Emilio Jiménez Aparicio.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Miguel Angel Luelmo Millan

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Unión Sindical de Controladores Aéreos, formuló demanda ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional sobre conflicto colectivo, en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaron de aplicación, terminaban suplicando se dicte sentencia por la que se declare no ajustada a Derecho la interpretación y aplicación que Enaire efectúa de los artículos 175 y 122.3 del II Convenio en relación con el RD 691/1991 de 12 abril y con la Ley 9/2010 y, en consecuencia, se reconozca el derecho de los controladores aéreos a OPTAR de forma real y efectiva por no totalizar los períodos de cotización que acrediten en más de un régimen de la Seguridad Social en cuyo caso, el pase a situación de jubilación se producirá a la edad que legalmente esté vigente en cada momento según la legislación de Seguridad Social aplicable para tener derecho a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se celebró el acto del juicio, previo intento fallido de avenencia, y en el que se practicaron las pruebas con el resultado que aparece recogido en el acta levantada al efecto.

TERCERO.- Con fecha 19 de febrero de 2016, se dictó sentencia por la Audiencia Nacional, cuya parte dispositiva dice: «FALLAMOS: Desestimamos la demanda de conflicto colectivo interpuesta por la Unión Sindical de Controladores Aéreos contra la Entidad Pública Empresarial ENAIRE, a la que absolvemos de los pedimentos de la misma».

CUARTO .- En la anterior sentencia se declararon probados los siguientes hechos: «PRIMERO.- El artículo 175 del II Convenio Colectivo profesional de los controladores de tránsito aéreo en la Entidad Pública Empresarial Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA), dispone lo siguiente:

Artículo 175. Edad de jubilación.

En el ámbito de aplicación del presente Convenio Colectivo, la jubilación será obligatoria al cumplir el CTA la edad de sesenta y cinco años o aquella que legalmente esté vigente en cada momento, siempre que el trabajador afectado tenga cubiertos los períodos mínimos de cotización y cumpla los demás requisitos de la legislación de Seguridad Social para tener derecho a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva. Esta medida se justifica y se vincula, de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores y la Ley 14/2005, de 1 de julio, con los objetivos de la política general de reforma y mejora del Servicio de control aéreo que se ha plasmado en las recientes disposiciones legales y

reglamentarias de todo orden y, en particular, con las medidas de fomento del empleo y mejora de su calidad previstas en AENA para los próximos ejercicios como la formación de nuevos CTA, la previsión de nuevas incorporaciones y el favorecimiento de la contratación estable de los mismos en los términos del Artículo 2.2 del presente convenio colectivo. La edad de jubilación establecida en este Artículo se entenderá sin perjuicio de que el CTA 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.

SEGUNDO .- El art. 122.3 del Convenio establece que:

Artículo 122. Antigüedad de los CTA provenientes del CECCA

3. A los CTA procedentes del CECCA les será de aplicación lo previsto en el Real Decreto 691/1991, sobre cómputo recíproco de cuotas entre regímenes de la Seguridad Social.

TERCERO.- Los controladores de tránsito aéreo que iniciaron la prestación de sus servicios en el Cuerpo Especial de Controladores de la Circulación Aérea ostentaban la condición de funcionarios públicos pertenecientes a la Dirección General de Aviación Civil.

La Ley 4/1990, de 29 de junio, de Presupuestos generales del Estado para 1990, al crear el Ente Público demandado Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA, actualmente ENAIRE) estableció el derecho de dichos funcionarios a optar por integrarse en las plantillas de personal laboral de AENA.

CUARTO .- Con motivo de ese derecho de opción, se formalizó por parte de AENA la contratación de los entonces funcionarios del CECCA como controladores aéreos por cuenta ajena el día 01-11-1992, renunciando a su condición de funcionarios, en la que quedaron en situación de excedencia voluntaria regulada en el artículo 29.3.a de la Ley 30/1984 de 2 de agosto de Medidas para la reforma de la Función Pública . En méritos de su doble prestación de servicios durante su carrera profesional, primero para la Administración Pública como funcionarios y, a continuación para el Ente Público demandado ENAIRE, ese colectivo de controladores aéreos acredita cotizaciones en el Régimen de Clases Pasivas del Estado y en el Régimen General de la Seguridad Social.

QUINTO.- Por la demandada ENAIRE y con amparo en lo dispuesto en el Convenio Colectivo indicado se procede a extinguir la relación laboral de tales trabajadores en la fecha en la que cumplen 65 años de edad. Ello da lugar a que a quienes proceden a la totalización de sus cuotas al Régimen General con las cuotas que tienen acreditadas en el Régimen de Clases Pasivas del Estado les sea concedida la pensión correspondiente y a que quienes no desean que se produzca dicha totalización les sea denegada por el Instituto Nacional de la Seguridad Social dado que, sin tener en cuenta las cotizaciones a Clases Pasivas no alcanzan los tiempos de cotización previa que exigen las disposiciones transitorias de la LGSS para poder acceder a la pensión de jubilación con sesenta y cinco años de edad, por lo que deben demorar la percepción hasta los sesenta y cinco años y tres meses (los jubilados en 2015) ; 65 años y cuatro meses (los jubilados en 2016) y así sucesivamente en las anualidades futuras hasta que se aplique efectivamente la edad de 67 años prevista en la referida Ley.

SEXTO.- Con carácter previo a la presentación de esta demanda se ha planteado la cuestión ante la Comisión de Interpretación, Vigilancia, Conciliación y Arbitraje del Convenio Colectivo, tal y como exige el artículo 203 del mismo, habiéndose resuelto sin acuerdo entre las partes, en los términos que figuran en el acta 4/2014 de 16.07.2014.

SÉPTIMO .- Con el fin de compensar en lo posible los eventuales perjuicios derivados de la reducción de la edad de jubilación forzosa de los trabajadores afectados se pactaron o establecieron diversas medidas, inicialmente la licencia especial retribuida regulada en el Acuerdo de 26 de mayo de 1992 entre empresa y trabajadores aplicable a los trabajadores desde la edad de 52 o 55 años hasta la de jubilación y que les eximía de prestar servicio percibiendo determinadas indemnizaciones y continuando la empresa cotizando a la seguridad social por ellos con la finalidad de que al llegar el controlador a la edad de jubilación a la edad marcada por la Ley fuera idéntica a la que habría percibido de no hacer uso de la referida licencia especial . Asimismo se estableció la situación de reserva activa prevista en la referida Ley 9/2010, todo lo cual comportó el pago de indemnizaciones y las aportaciones de la empresa a planes de pensiones, todo ello con la finalidad de reducir los perjuicios causados por la nueva normativa en materia de jubilación forzosa de los controladores».

QUINTO .- En el recurso de casación formalizado por la Unión sindical de Controladores Aéreos, se consignan los siguientes motivos: PRIMERO.- Al amparo del art. 207.d) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social para la modificación del relato fáctico y en concreto del hecho probado séptimo. SEGUNDO.- Al amparo del art. 207.e) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social por inaplicación del art. 2.2 del Código Civil , el

art. 9 de la Constitución Española y la Disposición Derogatoria única de la Ley 27/2011 de 1 de Agosto sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, en relación con el art. 161.a) de la LGSS y por aplicación indebida de la Disposición Adicional 4ª de la Ley 9/2010 . TERCERO.- Al amparo del art. 207.e) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social por aplicación indebida del art. 4.1 del RD 691/1991 de 12 de abril , en relación con el art. 122.3 del Convenio y por inaplicación del art. 161.a) de la Ley General de la Seguridad Social , del art. 39.2 de la propia Ley así como del artículo 9 de la Constitución Española . CUARTO.- Al amparo del art. 207.e) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social por infracción del art. 14 de la Constitución Española en relación el artículo 175 del Convenio Colectivo y la Disposición Adicional 4º de Ley 9/2010 .

SEXTO.- Transcurrido el plazo concedido para impugnación del recurso, se emitió informe por el Ministerio Fiscal, en el sentido de considerar improcedente el recurso.

SÉPTIMO.- En Providencia de fecha 11 de enero de 2016, se señaló para la votación y fallo del presente recurso el 14 de febrero de 2017, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El conflicto colectivo que ha dado origen a la sentencia recurrida en casación se instrumentó por medio de una demanda de Unión Sindical de Controladores Aéreos (USCA) frente a la Entidad Pública Empresarial ENAIRE en solicitud de que "se reconozca el derecho de los controladores aéreos a optar de forma real y efectiva por no totalizar los períodos de cotización que acrediten en más de un régimen de la Seguridad Social, en cuyo caso, el pase a situación de jubilación se producirá a la edad que legalmente esté vigente en cada momento según la legislación de Seguridad Social aplicable para tener derecho a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva". La referida sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional la desestima, recurriendo el sindicato en casación por medio de cuatro motivos. Impugna el Abogado del Estado y el Mº Fiscal propone se declare improcedente el recurso.

Previamente ha de responderse al motivo primero de la impugnación que formula la parte demandada donde se dice que el recurso incurre "en varias causas de inadmisibilidad", la primera referente al motivo cuarto del recurso y lo que entiende dicha parte que constituye una cuestión nueva y la segunda relativa a los motivos segundo y tercero y consistente en la reiteración que considera que se produce de los planteamientos ya expuestos en la instancia, nada de lo cual es causa de la inadmisibilidad pretendida la cual sólo tiene cabida en los supuestos del art 213 de la LRJS en ninguno de los cuales puede insertarse las argumentaciones formuladas, sin perjuicio de que puedan, en su caso, esgrimirse para oponerse a cada uno de los motivos referidos en el momento de su examen individualizado.

SEGUNDO. - Con el primero, formulado al amparo del apartado d) del art 207 de la LRJS y fundamento en el Acuerdo de 26/05/1992 obrante a los folios 1411 a 1414, descriptor 267 de los autos, se propone la revisión del hecho séptimo de los declarados probados en la resolución recurrida en el sentido de eliminar de su texto el primer párrafo que dice "con el fin de compensar en lo posible los eventuales perjuicios derivados de la reducción de la edad de jubilación forzosa de los trabajadores afectados....." y que asimismo se haga desaparecer la última frase de dicho ordinal que dice, según el recurrente, "en materia de jubilación forzosa límite al desempeño de funciones operativas de los controladores".

Oportuno resulta volver a dejar constancia de que el hecho séptimo dice así: "**Con el fin de compensar en lo posible los eventuales perjuicios derivados de la reducción de la edad de jubilación forzosa de los trabajadores afectados se pactaron o establecieron diversas medidas, inicialmente la licencia especial retribuida regulada en el Acuerdo de 26 de mayo de 1992 entre empresa y trabajadores aplicable a los trabajadores desde la edad de 52 o 55 años hasta la de jubilación y que les eximía de prestar servicio percibiendo determinadas indemnizaciones y continuando la empresa cotizando a la seguridad social por ellos con la finalidad de que al llegar el controlador a la edad de jubilación a la edad marcada por la Ley fuera idéntica a la que habría percibido de no hacer uso de la referida licencia especial . Asimismo se estableció la situación de reserva activa prevista en la referida Ley 9/2010, todo lo cual comportó el pago de indemnizaciones y las aportaciones de la empresa a planes de pensiones, todo ello con la finalidad de reducir los perjuicios causados por la nueva normativa en materia de jubilación forzosa de los controladores "**, resultando la parte que se resalta en negrita la afectada por la propuesta revisora.

Sobre esta base y con independencia de lo que resulte finalmente de la fundamentación jurídica de esta resolución, cabe acceder a la propuesta por lo que respecta al primer párrafo, en tanto en cuanto éste no tiene el carácter de hecho propiamente dicho sino de valoración jurídica, impropia de esa ubicación fáctica

cuando ni siquiera se dice en la sentencia que la redacción en este punto del ordinal mencionado se contiene en ninguna prueba de las practicadas.

Por lo que hace al segundo párrafo y esa última frase ("límite al desempeño de funciones operativas de los controladores") no aparece, como se puede ver, en el texto de la sentencia, que únicamente dice "en materia de jubilación forzosa de los controladores", sin que se proponga la eliminación de la frase precedente "todo ello con la finalidad de reducir los perjuicios causados por la nueva normativa", que es la que explica y da sentido al texto, por lo que dicho fragmento no resulta improcedente, mientras que el resto de la propuesta no forma parte del texto final de ese ordinal, por lo que el motivo en este extremo no puede tener acogida.

Es cierto que, como ya se ha dicho, la finalidad que se reitera en esa última parte del ordinal constituye una valoración de la prueba y no una descripción fáctica pero lo cierto es que no se ha propuesto la eliminación de la frase "con la finalidad de reducir los perjuicios causados por la nueva normativa", que, en consecuencia, se mantiene, y siendo ello así, y haciéndose de este modo referencia tácita a la Ley 9/2010, de 14 de abril, por la que se regula la prestación de servicios de tránsito aéreo, se establecen las obligaciones de los proveedores civiles de dichos servicios y se fijan determinadas condiciones laborales para los controladores civiles de tránsito aéreo, cuya disposición adicional cuarta, tres -a la que luego se refiere la sentencia en sus fundamentos de derecho segundo y tercero- dice que "*los controladores civiles de tránsito aéreo deberán jubilarse de manera forzosa a los 65 años de edad*", parece lógico entender que la finalidad de las medidas adoptadas en los pactos a que llegaron las partes y en concreto el Acuerdo de 26 de mayo de 1992, era la que la sentencia apunta, sin que, en todo caso, al proponer la modificación fáctica, la parte recurrente haya explicado cuál fuese esa finalidad y que se tratase de otra distinta a la que se recoge en el mencionado ordinal, siendo evidente que algún fin había de tener la medida.

A todo ello puede añadirse que tampoco se ha propuesto la eliminación del párrafo que dice "con la finalidad de que al llegar el controlador a la edad de jubilación a la edad marcada por la ley fuera idéntica a la que habría percibido de no hacer uso de la referida licencia especial", lo que la Sala no puede acometer de oficio, aunque, en realidad, la expresión de las finalidades o se contiene literalmente en la prueba y forma de este modo parte de ella, o sigue siendo valoración y no prueba en el sentido correcto de la palabra y, por lo tanto, merecedora de su supresión, lo que, sin embargo, sólo en parte cabe efectuar por cuanto se ha razonado.

Consecuentemente con lo expresado, el motivo puede ser acogido únicamente en parte, que es la relativa a su primer párrafo, reiterándose, en fin, que la mera supresión en el relato por las razones expuestas no significa, de antemano, que no pueda considerarse finalmente que ése ha sido el objetivo de pactos o acuerdos, lo que resultará esclarecido, en definitiva, por cuanto de más concurra en el caso y haya de ponderarse en la fundamentación jurídica correspondiente, de manera que la estimación parcial del motivo es sin perjuicio de la trascendencia final que, en su caso, pueda tener.

TERCERO.- Previamente a entrar en el estudio de los motivos de infracción jurídica resulta oportuno reseñar lo que se dice en el hecho sexto de demanda, que refleja lo que constituye el objeto de la misma y, por tanto, del procedimiento, al decir: "*A estos trabajadores les sucede lo siguiente:*

.- en virtud de sus años de servicio en la Administración acreditan 15 o más años de servicios efectivos al Estado y, por tanto, tienen derecho a causar derecho a pensión ordinaria de jubilación en el Sistema de Clases pasivas ;

.- ejercen efectivamente el DERECHO DE OPCIÓN que legalmente tienen reconocido en virtud del art. 4 del Real Decreto 691/1991 de 12 de Abril sobre cómputo recíproco de cuotas entre regímenes de Seguridad Social y solicitan a la Empresa que NO se totalicen sus cotizaciones en ambos regímenes;

.- utilizan dichos años de servicio en la Administración para causar derecho a dicha pensión de jubilación en clases pasivas, que les es reconocida .

.- de tal forma, llegan a la fecha de cumplimiento de los 65 años no acreditando los 35 años y nueve meses de cotizaciones que en el año 2015 se exigen para jubilarse con 65 años puesto que han "gastado" parte de esas cotizaciones para causar una pensión en un Régimen distinto (en 2016 se exigen 36 o más años de cotización, y así sucesivamente)

.- Pese a manifestar de forma explícita a su Empresa todas estas circunstancias, ésta hace caso omiso a su derecho de opción y, como hemos dicho, efectúa de oficio una totalización de cuotas que el controlador no desea efectuar y, en consecuencia, procede a su baja en la empresa por causa de jubilación a la fecha exacta de cumplimiento de los 65 años de edad.

*.- cuando el trabajador **cesado forzosamente a los 65 años** por ENAIRE solicita la pensión de jubilación en el Régimen General de la Seguridad Social el Instituto Nacional de la Seguridad Social se la deniega por no acreditar el requisito de edad.*

.- Ese trabajador tiene que "esperar" los meses necesarios hasta cumplir la edad ordinaria de jubilación exigida por la legislación vigente en materia de seguridad social (65 años y 3 meses en 2015, 65 años y 4 en 2016 y así sucesivamente) sin percibir durante dicho período ni su salario como controlador (por cuanto ha sido dado de baja en la empresa) ni la pensión de jubilación del RGSS (a la que no puede acceder por no cumplir el requisito de la edad).

Se trata, por tanto, de combatir el cese en la empresa a la edad de 65 años y de reclamar que se produzca a la fecha en que, dadas las circunstancias antedichas, podría el controlador alcanzar el reconocimiento de la pensión de jubilación del RGSS a añadir a la pensión de Clases Pasivas de que ya goza, sosteniendo además la parte recurrente que eso ya se ha producido en un caso del que aporta una referencia documental con su recurso, como más adelante se verá.

CUARTO .- Sentado lo anterior, procede examinar el resto de los motivos, el segundo de los cuales que se basa, como los dos restantes, en el apartado e) del mencionado art 207 de la LRJS , señala la infracción del art 2.2 del CC , el art 9 de la CE y la Disposición derogatoria única de la Ley 27/2011, de 1 de agosto sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social en relación con el art 161.1.a) de la LGSS y, en fin, la vulneración de la Disposición Adicional 4ª de la referida Ley 9/20120.

Sostiene dicha parte que esta última norma y precepto han de entenderse derogados por una norma posterior, refiriéndose a la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, y su Disposición Derogatoria única, de la que tan solo se cita el primer párrafo, estableciendo el texto completo que *"Quedan derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo establecido en esta Ley y, de manera específica:*

1.º El Real Decreto 1194/1985, de 17 de julio, por el que se acomodan, al amparo de lo establecido en la disposición adicional séptima de la Ley 8/1980, de 10 de marzo , modificada por la Ley 32/1984, de 2 de agosto, las normas sobre anticipación de la edad de jubilación como medida de fomento del empleo, sin perjuicio de lo establecido en la disposición final décima .

2.º Los artículos 57.1.a), 62 y 63 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social , aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994 de 20 de junio, en el momento de constitución y entrada en funcionamiento de la Agencia Estatal de la Administración de la Seguridad Social."

Se trata, pues, de entender, según se deduce del planteamiento de la parte recurrente, que la Ley 9/2010, de 14 de abril, se opondría a la Ley 27/2011, de 1 de agosto, porque si ciñésemos la cuestión exclusivamente a la Disposición Adicional 4ª de la primera, lo lógico es que se mencionase expresamente, incluyéndola, como nº 3 º, en la relación concreta de disposiciones específicas, lo que no se ha hecho, siendo de reseñar, por otra parte, que los singulares preceptos que se mencionan en esa disposición forman parte de normas (RD 1194/1985 y la propia LGSS) relativas precisamente al sistema de seguridad social, mientras que la Ley 9/2010 se refiere, como se ha dicho, a la prestación de servicios de tránsito aéreo, las obligaciones de los proveedores civiles de dichos servicios y determinadas condiciones laborales para los controladores civiles de tránsito aéreo, de manera que abarca un espectro concreto y distinto en buena parte del ámbito aseguratorio público dentro de una materia general más amplia y, sobre todo, referente a un colectivo en el que, tanto por la naturaleza de su trabajo como a sus condiciones de presente, se considera que es necesaria una edad de jubilación obligatoria y límite, de manera que su ampliación en el ámbito general de la seguridad social no tiene ineluctablemente que regir en aquél en función de esas diferencias laborales, y, por todo ello, la conclusión que se impone es la de que no se ha de entender derogada la referida disposición con base exclusiva en la genérica declaración del párrafo primero de la Disposición derogatoria única de la Ley 27/2011.

En este sentido ha de interpretarse el art 175 del II Convenio Colectivo de AENA (BOE 09/03/2011) que dice que **" En el ámbito de aplicación del presente Convenio Colectivo , la jubilación será obligatoria al cumplir el CTA la edad de sesenta y cinco años o aquella que legalmente esté vigente en cada momento , siempre que el trabajador afectado tenga cubiertos los períodos mínimos de cotización y cumpla los demás requisitos de la legislación de Seguridad Social para tener derecho a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva.**

Esta medida se justifica y se vincula , de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores y la Ley 14/2005, de 1 de julio, con los objetivos de la política

general de reforma y mejora del Servicio de control aéreo que se ha plasmado en las recientes disposiciones legales y reglamentarias de todo orden y, en particular, con las medidas de fomento del empleo y mejora de su calidad previstas en AENA para los próximos ejercicios como la formación de nuevos CTA, la previsión de nuevas incorporaciones y el favorecimiento de la contratación estable de los mismos en los términos del Artículo 2.2 del presente convenio colectivo.

La edad de jubilación establecida en este Artículo se entenderá sin perjuicio de que el CTA pueda completar el periodo mínimo exigible para causar derecho a pensión de jubilación, en cuyo caso, la jubilación será obligatoria cuando se complete dicho período.

De antemano se ha de diferenciar entre la edad del cese en la actividad específica controladora del espacio aéreo y la de jubilación, o como dice la empresa en su escrito de impugnación, que no cabe confundir -como hace el recurrente- "la relación jurídica laboral con la relación jurídica de seguridad social, o lo que es igual, por un lado, el cese en el trabajo por jubilación forzosa por causa de edad y, por otro lado, los requisitos para acceder a la pensión de jubilación en el sistema de seguridad social, uno de los cuales es la jubilación, pero no el único", sin olvidar, en todo caso, que en su actual redacción, la Disposición Adicional Décima del ET (derogada primero por Ley 12/2001, de 9 de julio, y añadida por Ley 14/2005, de 1 de julio) "se entenderán nulas y sin efecto las cláusulas de los convenios colectivos 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, cualquiera que sea la extensión y alcance de dichas cláusulas".

Dicho esto, ni se está en el caso de una cláusula convencional (aunque así lo recoja el convenio, reiterando, en definitiva, la norma) sino legal, ni se discute la posibilidad de jubilarse a otra edad que no sea la legalmente establecida, sino cuál sea ésta en función de la norma a aplicar, y, de cualquier modo, lo que hace la Ley 9/2010 es, como ya anticipa el precepto convencional transcrito, ajustarse a la política general a seguir respecto del servicio de control aéreo, velando por lo que exigen su particular naturaleza y su alcance específico, en relación, tácita pero evidente, con el interés general, es decir, que dicha ley constituye una norma especial frente a la general de la Seguridad Social.

De todo ello se infiere que la referencia a la edad "que legalmente esté vigente en cada momento", no es la que prevé en ese sentido la LGSS sino la legislación específica de ese colectivo profesional (actualmente representada por la repetida Ley 9/2010) para fijar los objetivos de la antedicha política general del servicio y evitar las consecuencias negativas que para el indicado interés general pudieran derivarse de lo contrario, habida cuenta el alto nivel de estrés, con una exigente rotación de turnos y una inexcusable responsabilidad sobre la seguridad de las operaciones aéreas que se controlan, oficialmente reconocidos.

No se olvide, en fin, que la mencionada Disposición Adicional 4ª de esta norma lleva por título "*límites al desempeño de funciones operativas, situación de reserva activa y jubilación*" en lo que constituye un conglomerado de disposiciones en orden al ejercicio activo de la profesión, de manera que ese apartado 3 se enmarca en tal contexto acerca del desempeño o cese en ese cometido, que es a lo que realmente se refiere la norma más que a la jubilación que se menciona, es decir que la obligación de jubilarse no es tanto el pase a tal situación prestacional como el abandono obligatorio del ejercicio profesional como tal controlador y lo que ello pueda repercutir en aquélla.

En corolario, lo argumentado al respecto en el tercer fundamento de derecho de la sentencia recurrida, que expresamente se da por reproducido, ha de considerarse correcto en tanto en cuanto discurre por dicha vía dialéctica, por lo que no es posible acoger el motivo.

QUINTO .- El tercero dice haberse producido una aplicación indebida del art 4.1 del RD 691/1991, de 12 de abril, sobre cómputo recíproco de cotizaciones, en relación con el art 122.3 del convenio colectivo concernido, así como omisión del art 161.a) de la LGSS, del art 39.2 de la misma y del art 9 de la Constitución Española (CE).

Argumenta al respecto y en esencia la parte actora que "al trabajador controlador aéreo español que presta sus servicios en ENAIRE y que en ejercicio de su derecho de opción que le otorga el mencionado art 4.1 del RD 691/1991 solicite a su empresa que no le totalice los períodos de cotización que tenga acreditados sucesiva o alternativamente en más de un régimen, no se le puede "castigar" haciendo pesar sobre él mismo las consecuencias de dicha opción legal" y que "contrariamente al criterio mantenido en la sentencia de la Sala *a quo*, consideramos que la decisión de un controlador de tránsito aéreo de ENAIRE de no totalizar sus cotizaciones en distintos regímenes sí vincula a la empresa", de tal manera que de dicha opción "deben derivarse las consecuencias legales previstas en la norma jurídica que, en el caso que nos ocupa, se traducen en la imposibilidad de dar de baja a un trabajador por causa de jubilación a la edad de 65 años cuando este

trabajador no acredite el número de años cotizados en el RGSS exigidos legalmente (36 o más años en 2016) para causar derecho a la pensión de jubilación en dicho RGSS", concluyendo que, en otro caso, la disposición contenida en el art 122.3 del convenio colectivo sería nula de pleno derecho por contraria al art 39.2 de la LGSS, que se opone a la contratación colectiva en materia de seguridad social, con la excepción de las mejoras voluntarias.

El art 122.3 del convenio de aplicación dispone que *"a los CTA procedentes del CECCA les será de aplicación lo previsto en el Real Decreto 691/1991, sobre cómputo recíproco de cuotas entre regímenes de la Seguridad Social"* y dicho cómputo, amparado en el RD 691/1991, de 12 de abril, no constituye mejora voluntaria alguna porque para que ésta se produzca se han de dar los requisitos y condiciones del art 1 de la O. de 28 de diciembre de 1966 y, por otro lado, ese cómputo tiene cabida en una disposición de derecho necesario, de manera que, con independencia de cualquier otra consideración, la previsión convencional relativa a los controladores de tráfico aéreo provenientes del Cuerpo Especial de Controladores de la Circulación Aérea (CECCA), no puede entenderse nula por la razón esgrimida, siendo de subrayar, por otra parte, que dicha filosofía es acorde con el hecho de que ese Cuerpo Especial hace a sus miembros, conforme establece el art 1 de la Ley 91/1966, de 28 de diciembre, de creación del Cuerpo Especial de Controladores de la Circulación Aérea, funcionarios civiles de la Administración Militar, y ello, en principio y como luego corrobora la propia parte recurrente en el cuarto motivo de su recurso, podría hacer que por mor de lo dispuesto en la disposición adicional quinta de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública por la que se prevé el cómputo recíproco de cotizaciones entre el Régimen de Seguridad Social de los funcionarios públicos y los distintos regímenes integrados en el sistema de Seguridad Social, fuese posible en este caso y sin más, el repetido cómputo recíproco, totalizándose, a solicitud del interesado, los períodos de cotización en más de un régimen de los referidos en el art 1.1 del reiterado RD 691/91, conforme al nº 1 de su mencionado art 4, pudiéndose también, por el contrario, mantenerse el cómputo separado puesto que ello constituye una opción del trabajador. Y el NO cómputo recíproco ya se ha producido en estos casos desde el momento en que el/la trabajador/a ha optado por aplicar a Clases Pasivas el período de cotizaciones efectuadas a este Régimen obteniendo la pensión subsiguiente del mismo, por lo que ya no se puede computar en el RGSS. Lo que hace la empresa, pues, no tiene tanto que ver con lo antedicho cuanto con el hecho de contabilizar en abstracto todas las cotizaciones del trabajador a lo largo de su vida profesional para determinar si alcanza (también en abstracto) las necesarias para acceder a la pensión correspondiente del RGSS al cumplir los 65 años de edad, que es cosa diferente.

A partir de todo ello, resulta admisible la argumentación de la empresa demandada en su escrito de impugnación de que pudiendo el trabajador optar por totalizar sus períodos en uno u otro de los regímenes, *"la carencia de cotización suficiente en uno de esos regímenes por el que el interesado optó libremente y a su conveniencia, no puede afectar a la empresa, la cual es ajena a la relación jurídica de seguridad social existente entre el trabajador y la Administración de la Seguridad Social"*, lo que ya expresa la sentencia recurrida en el segundo y tercer párrafo de su mencionado tercer fundamento de derecho cuando señala que *"es cierto que dicho cómputo no puede efectuarse contra la voluntad del trabajador, pero tampoco puede imponerse a la empresa. En realidad lo que se pretende en el conflicto es que la prestación de servicios se extienda en el caso de quienes no desean efectuar dicho cómputo desde el cumplimiento de la edad de 65 años hasta la fecha en que se alcance la edad en la que se tiene derecho a pensión conforme al régimen transitorio de la LGSS. Ello supone para la empresa la obligación de mantener vigente el contrato de trabajo vulnerando con ello el texto taxativo de la Ley 9/2010, máxime cuando tampoco en el convenio colectivo se efectúa concreta mención a la normativa en materia de seguridad social."*

Puede por tanto el trabajador, y la aplicación que efectúa la empresa no se lo impide ni limita, valorando las ventajas y desventajas que le suponga, solicitar o no el cómputo recíproco de cotizaciones pero de dicha decisión personal no puede derivarse obligación alguna para la empresa, que no puede quedar vinculada por dicha decisión del trabajador."

En definitiva, si conforme al referido hecho sexto de la demanda, los controladores del CECCA *"utilizan los años de servicio en la Administración para causar derecho a dicha pensión de jubilación en clases pasivas, que les es reconocida"*, parece claro que, al obtener esa pensión (de clases pasivas), ya no se les tendrá en cuenta por la Administración de la Seguridad Social para la pensión de jubilación porque, de otro modo, se incurriría en un doble cómputo de tal período, con lo que su pretensión de que no se les compute tal período en la pensión de jubilación del RGSS carece de sentido, por innecesaria en ese ámbito, aunque la empresa totalice uno y otro período en el momento de llegar a la jubilación para entender cumplido, o no, el requisito de las cotizaciones, que es cosa distinta.

Consecuentemente con todo ello, tampoco este motivo puede prosperar.

SEXTO. - El cuarto y último, en fin, dice vulnerado el art 14 de la CE "en relación con la interpretación y aplicación del art 175 del convenio colectivo en relación con la Disposición Adicional 4ª de la Ley 9/2010 " porque, dice, sólo a los trabajadores provenientes del CECCA se les inaplica el marco normativo establecido tras la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, toda vez que "al resto de trabajadores controladores aéreos que alcanzando la edad de 65 años, no tienen el número mínimo de años cotizados acumulados a lo largo de su vida laboral que les permitiría acceder a la pensión de jubilación en el RGSS a los 65 años la empresa sí les aplica la Disposición Vigésima de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, y, en consecuencia, solo les da de baja por causa de jubilación a la fecha de cumplimiento de la edad que legalmente está vigente en cada momento (65 años y 4 meses en 2016)", lo que trata de acreditar dicha parte con el documento que adjunta amparándose en el art 233.1 de la LRJS en relación con el descriptor 211 de la prueba practicada en la instancia, folios 847-882, págs 27 y 28, relativo a una controladora con licencia especial retribuida nacida el 27/07/51 a la que la Dirección de Gestión de Recursos Humanos de la empresa le comunica el 20/02/2016 el cese, por jubilación obligatoria, con efectos desde el 27/11/2016, es decir, a los 65 años y 4 meses.

Al respecto cabe señalar, de antemano, que como sostiene la empresa demandada en su escrito de impugnación, el motivo constituye una cuestión nueva, lo que se constata al no constar en la demanda ni en la sentencia recurrida, por lo que con tal razón basta para desestimar dicho argumento, cabiendo añadir, no obstante, que no se produce discriminación alguna ni se atenta contra el derecho fundamental a la igualdad porque lo que se comparan son dos casos diferentes: el de los trabajadores que perteneciendo al Cuerpo Especial de Controladores de la Circulación Aérea (CECCA) ostentaban la condición de funcionarios públicos y podía por ello acceder a una pensión de jubilación del Régimen de Clases Pasivas además de la del Régimen General de la Seguridad Social, de la de aquéllos otros (el resto de los controladores) que con la misma actividad y por no poseer tal condición pública, acceden solo a una pensión de esa clase, de manera que no es posible sostener que a los primeros se les coloca en peor situación "puesto que se les inaplica solo a ellos el nuevo marco normativo establecido tras la Ley 27/2001 de reforma del sistema de pensiones" (jubilación más allá de los 65 años), sin que, por otra parte y de todos modos, se contemplen, como se ha dicho, iguales condiciones entre unos y otros controladores.

De otro lado cabe añadir, en relación con el documento que se adjunta al recurso, que éste no es idóneo, ni admisible, por tanto, a los efectos pretendidos y que precisamente porque se ha aportado con el recurso y no después y porque en éste (el recurso) se ha alegado cuanto la parte recurrente consideraba oportuno poniéndolo en relación con el documento nº 6 del ramo de prueba de la parte demandada, del que explica su contenido (referente a otra trabajadora con licencia especial retribuida y también perteneciente al CECCA) para concluir que no se respeta el principio de igualdad, habiendo tenido ocasión de contestar al mismo la empresa en su escrito de impugnación tal y como ha hecho, siquiera a reservas de ampliar posteriormente su alegato -lo que, por lo antedicho, no procede-, el trámite referente a ello ha de considerarse cumplido y la conclusión que se impone es la desestimatoria también en este punto.

Y con independencia de que no existe la Disposición Transitoria Vigésima en la Ley 27/2011, de 1 de agosto, que se menciona, al no aparecer en dicha norma más que una Disposición de esa clase relativa a una materia tan diferente como la reducción de cotizaciones en las personas que prestan servicios en el hogar familiar, lo cual nada tiene que ver con el caso, a no ser que quiera referirse al art 4.2 de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, que introduce una nueva disposición transitoria vigésima en la LGSS, que es una norma distinta, de cualquier modo, no se ve afectada tampoco en las condiciones y circunstancias concurrentes, cabiendo añadir, siquiera sea a mero abundamiento, que el documento hace referencia a un caso individual o aislado que, por ello, no desvirtúa el proceder general de la empresa motivador de una demanda de conflicto colectivo y no una reclamación individual, de manera que el hecho de que la dirección de recursos humanos de la empresa haya podido resolver de otro modo en un caso concreto -quizás porque hubiese hipotéticamente incurrido en algún error o porque ese caso ostente alguna suerte de especialidad o excepcionalidad inexplicada- no condiciona la solución dada a la cuestión con carácter general, por lo que el documento carece del carácter decisivo que exige el reiterado art 233.1 de la LRJS, más todavía si se repara en que la trabajadora a que se refiere el documento, aparece en el otro que se trae a colación en relación con él y que obraba ya en autos (el mencionado nº6 del ramo de prueba de la parte demandada) en que si bien dicha trabajadora figura, en efecto, como perteneciente al CECCA, tiene en tal condición una antigüedad desde el 06/08/1982, de manera que a la fecha 01/11/1992 en que se da por probado (hecho cuarto de la sentencia recurrida) que tales controladores aéreos pasaron a la situación de excedencia voluntaria como funcionarios públicos y a integrarse en AENA como trabajadores por cuenta ajena, resulta que su carrera como funcionaria pública cotizante a



Clases Pasivas sólo supera ligeramente los 10 años, sin alcanzar los 15 exigibles como período de carencia por el art 29 del Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de ley de Clases Pasivas del Estado. Esto es: que no se estaría en el caso de los controladores por los que se interpone la demanda conforme a su ya expresado hecho sexto, que son los que disfrutando de una pensión de jubilación de esa naturaleza (Clases Pasivas) se plantea la cuestión del cese en la empresa y consecutiva obtención de pensión de igual clase en el RGSS, de modo que los casos que se pretende comparar no son parangonables y, por tanto, se ha de volver a la inadmisibilidad o desestimación del documento.

No existe, pues, desigualdad, entendida ésta, como se debe, como trato diferente injustificado, porque partiendo de la edad de los 65 años como la de jubilación en un colectivo tan singular como el de los controladores aéreos, su cometido, condiciones y circunstancias, trascendencia y responsabilidad, se justifica una norma de rango legal que otra cosa dispone y que constituye una ley especial frente a la general, sin perjuicio de que se puedan y hayan pactado medidas para paliar los efectos que de ello se deriven.

De cuanto antecede se sigue la desestimación del motivo, y finalmente, y como propone el Ministerio Fiscal, la del recurso.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

: Desestimar el recurso de casación interpuesto por la UNIÓN SINDICAL DE CONTROLADORES AÉREOS (USCA), contra la sentencia dictada por la Audiencia Nacional de fecha 19 de febrero de 2016, en actuaciones seguidas por dicha recurrente, contra la Entidad Pública Empresarial AEROPUERTOS ESPAÑOLES Y NAVEGACIÓN AÉREA (ENAIRE antes AENA), sobre CONFLICTO COLECTIVO. Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Miguel Angel Luelmo Millan hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.