



Roj: **STS 9178/2012 - ECLI:ES:TS:2012:9178**

Id Cendoj: **28079140012012101073**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **21/12/2012**

Nº de Recurso: **3925/2011**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Auto de aclaración**

Ponente: **JOSE MANUEL LOPEZ GARCIA DE LA SERRANA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 12660/2011,**
STS 9178/2012

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiuno de Diciembre de dos mil doce.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala, en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado Don Florencio Martín Martín en nombre y representación de la ENTIDAD PÚBLICA EMPRESARIAL AEROPUERTOS ESPAÑOLES Y NAVEGACIÓN AÉREA (AENA) contra la sentencia dictada el 7 de octubre de 2011 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en recurso de suplicación nº 3254/11, interpuesto contra la sentencia de fecha 4 de junio de 2010, dictada por el Juzgado de lo Social nº 38 de Madrid, en autos núm. 1332/09, seguidos a instancias de DON Florian contra la ENTIDAD PÚBLICA EMPRESARIAL AEROPUERTOS ESPAÑOLES Y NAVEGACIÓN AEREA (AENA) sobre DESPIDO.

Ha comparecido en concepto de recurrido DON Florian representado por el Letrado Don José Manuel Torres Martínez.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 4 de junio de 2010 el Juzgado de lo Social nº 38 de Madrid dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos: " **1º.-** La parte actora ha venido prestando servicios para la empresa demandada, desde el 02.01.72 con la categoría profesional de TITULADO SUPERIOR ESPECIALIZADO y percibiendo un salario mensual de 5.071'41 euros con inclusión de parte proporcional de pagas extras. **2º.-** El actor pasó a la situación de jubilación al cumplir la edad de 65 años siéndole comunicado por la empresa dicha situación en fecha 16.07.09. **3º.-** El actor reúne la cotización necesaria para percibir el 100% de la base reguladora de su pensión de jubilación. Es partícipe del plan de pensiones de los trabajadores de AENA. En la Memoria de la oferta de empleo público de AENA para 2009 (RD 248/ 2009, de 27 de febrero, BOE 03.03.09) se aprueba la propuesta de 185 plazas de personal laboral. (doc 16, 17 y 20 del ramo de prueba demandada). **4º.-** El actor no ostenta cargo sindical. **5º.-** Se ha celebrado acto de conciliación sin avenencia."

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: "Que desestimando la demanda formulada por Florian frente a la ENTIDAD PUBLICA EMPRESARIAL AEROPUERTOS ESPAÑOLES y NAVEGACION AEREA (AENA) debo absolver y absuelvo a la parte demandada de las pretensiones formuladas en su contra."

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por DON Florian ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la cual dictó sentencia en fecha 7 de octubre de 2011, en la que consta el siguiente fallo: "Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por DON Florian, contra la sentencia dictada en 4 de junio de 2.010 por el Juzgado de lo Social núm. 38 de los de MADRID, en los autos núm. 1.332/09, seguidos a instancia del citado recurrente, contra la entidad pública empresarial AEROPUERTOS



ESPAÑOLES Y NAVEGACION AEREA (AENA), figurando también como parte el MINISTERIO FISCAL, en materia de despido y, en su consecuencia, debemos revocar y revocamos la resolución judicial recurrida, y con estimación de la demanda rectora de autos, debemos declarar, como declaramos, improcedente el despido del actor ocurrida en 16 de julio de 2.009, condenando, en su consecuencia, a la empresa demandada a estar y pasar por esta declaración, y a que, por tanto y a opción del demandante, readmita inmediatamente a éste en su puesto de trabajo en las mismas condiciones que regían con anterioridad al despido, o bien le indemnice en la suma de 210.079,80 euros (DOSCIENTOS DIEZ MIL SETENTA Y NUEVE EUROS CON OCHENTA CENTIMOS), así como a que, en todo caso, le abone los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la de notificación de esta sentencia, a razón del salario diario de 166,73 euros, sin perjuicio, todo ello, de lo previsto en el artículo 57 del Estatuto de los Trabajadores, advirtiendo, por último, al trabajador que la citada opción habrá de efectuarse ante esta Sala de lo Social en el plazo de los cinco días siguientes al de la notificación de la sentencia, entendiéndose de no hacerlo así que procede su readmisión. Sin costas."

TERCERO.- Por la representación de la ENTIDAD PÚBLICA EMPRESARIAL AEROPUERTOS ESPAÑOLES Y NAVEGACIÓN AÉREA (AENA) se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal el 13 de diciembre de 2011. Se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en fecha 11 de febrero de 2009 y por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en fecha 3 de octubre de 2011.

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 23 de marzo de 2012 se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalice su impugnación en el plazo de diez días.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de considerar el recurso PROCEDENTE, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 4 de octubre de 2012, acto que fué suspendido por providencia de 2 de octubre de 2012, señalándose para nueva votación y fallo en Sala General el día 19 de diciembre de 2012, en el que se llevó a efecto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión planteada en el presente recurso de casación para unificación de doctrina consiste en resolver si es correcta la jubilación forzosa a los sesenta y cinco años de un titulado superior al servicio de AENA que ha acordado la empleadora. Más concretamente, se controvierte si las medidas que contiene el Convenio Colectivo de AENA para el sostenimiento del empleo, mejora de la estabilidad en el empleo, fomento del mismo y otras responden a las exigencias de la Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores, norma cuya observancia condiciona la jubilación forzosa que allí se autoriza.

El problema ha sido resuelto de forma distinta por las sentencias comparadas en el presente recurso, a efectos de acreditar la existencia de contradicción doctrinal que viabiliza el recurso de casación para unificación de doctrina, conforme al artículo 217 de la L.P.L. La sentencia recurrida ha entendido que el Convenio de AENA aplicable no observa los mandatos de la Adicional Décima del E.T. y que no basta para cumplirla con la mera sustitución del trabajador jubilado por otro, ni con la implantación de otras medidas que favorezcan la conversión de personal temporal en indefinido o el pase de fijo-discontinuo a fijo a jornada completa. La sentencia de contraste, dictada el 11 de febrero de 2009 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid ha estimado por contra que la no amortización de la plaza dejada por el jubilado y su cobertura por otro trabajador se ajusta a los requerimientos que validan la jubilación forzosa, según la Adicional Décima del E.T..

Las sentencias comparadas contemplan supuestos sustancialmente iguales: trabajadores de AENA, titulados superiores, que fueron jubilados forzosamente por la empleadora con base al art. 153 del IV Convenio Colectivo de AENA, aplicable en ese momento. Sin embargo la respuesta judicial fue distinta: en el caso de la sentencia recurrida se estimó que la decisión empresarial era constitutiva de un despido improcedente, mientras que en el caso de la de contraste se entendió que el contrato se había extinguido correctamente y que no se había producido un despido improcedente, habida cuenta que para sustituirlo se había contratado con carácter fijo un titulado superior de la bolsa de empleo. La contradicción entre los supuestos comparados existe y procede, como ha informado el Ministerio Fiscal, entrar a conocer del fondo del asunto y a unificar las doctrinas contrapuesta reseñadas.

SEGUNDO.- 1. El recurso se funda jurídicamente en la violación de los artículos 49 y Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores y 153 del IV Convenio Colectivo de AENA en relación con los artículos 82 y 85-1 del citado Estatuto de los Trabajadores. En esencia, el recurso sostiene que el Convenio cumple, sobradamente, con las exigencias de la Disposición Adicional Décima en orden a la mejora del empleo.



2. Para resolver la cuestión planteada conviene en primer lugar recordar lo dispuesto en el apartado a) de la Adicional Décima del E.T. y seguidamente transcribir en cuanto nos afecta, el artículo 153 del IV Convenio Colectivo de la empresa recurrente.

En el apartado a) de la Adicional Décima del E.T. la jubilación obligatoria se condiciona a 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 cualesquiera otras que se dirijan a favorecer la calidad del empleo"*.

En el artículo 153 del IV Convenio Colectivo de la demandada se dice: *"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".

Así mismo, conviene destacar ciertos preceptos del Convenio Colectivo que, entre otros, puede estimarse que contienen medidas favorecedoras del empleo: el artículo 34 regula la mejora de la formación y el reciclaje, así como los artículos 45 , 47 y siguientes que regulan planes de formación para mejorar la empleabilidad. El artículo 35 que regula la posibilidad de acoplar o adaptar en otra ocupación al trabajador que tenga una limitación funcional o psíquica; el artículo 42 que regula los traslados voluntarios de centro de trabajo en caso de enfermedad del trabajador o familiares, en caso de traslado forzoso del cónyuge o pareja, en caso de perseguirse el mantenimiento de la unidad familiar y cuando lo solicite una víctima de violencia de género, supuestos en los que el traslado es obligatorio para la patronal; la transitoria decimotercera que pretende garantizar la empleabilidad; el Anexo III del Convenio que regula la jubilación parcial, obliga a celebrar contratos de relevo y a cubrir la vacante que, finalmente, deje el jubilado parcial; el Anexo IV del Convenio que regula el estatuto de los llamados fijos-discontinuos garantizándoles la estabilidad y continuidad en el trabajo, la movilidad funcional y contemplando el derecho de los mismos a la conversión de su contrato (parcial) en otro a jornada completa continuo.

3. Con estos antecedentes procede estimar el recurso, como ha informado el Ministerio Fiscal por las siguientes razones: Primera. Porque el artículo 153 del IV Convenio Colectivo de la demandada responde a las exigencias de la Adicional Décima del E.T., que entró en vigor antes de su negociación por cuanto existe el compromiso convencional de no amortizar la vacante y de cubrir efectivamente las que se produzcan por causa de la jubilación forzosa de quien las ocupaba, cual ha ocurrido en el presente caso, según el relato fáctico de la sentencia de instancia y las afirmaciones de hecho que con valor de hecho probado se incluyen en el último párrafo de su fundamentación jurídica. Debe señalarse que la no amortización de la plaza, el cubrirla con un nuevo empleado y en definitiva el mantenimiento del número de empleados de la empresa constituye una manifestación indiscutible de una política de empleo que en los tiempos que corremos, responde y satisface las exigencias de la citada Adicional Décima, por cuanto colabora al reparto de los puestos de trabajo que por desgracia son un bien escaso. La disposición citada considera objetivos coherentes con la política de empleo, entre otros, el sostenimiento del empleo y la contratación de nuevos trabajadores sin otras exigencias, lo que es lógico porque el primer objetivo de una política de empleo debe ser el mantenimiento del número de puestos de trabajo en la empresa. Esta solución interpretativa viene avalada por nuestro Tribunal Constitucional que tiene declarado: *"«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)".* En igual sentido puede citarse la doctrina del Tribunal de



Justicia de la Comunidad Europea que en sentencia de 16 de octubre de 2007 sentó la doctrina que nuestra sentencia de 22 de diciembre de 2008 resume diciendo: *"En esta sentencia se resuelve -en aplicación de la Directiva 2000/78, repetimos- que son válidas las cláusulas de jubilación forzosa establecidas en los convenios colectivos que exijan 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: a) dicha medida esté justificada objetiva y razonablemente por una finalidad legítima relativa a la política de empleo y al mercado de trabajo, y b) los medios empleados para lograr este objetivo de interés general no resulten inadecuados e innecesarios a este respecto"*.

"Se argumenta por el Tribunal de la Comunidad Europea que a pesar de que la citada DT Única no se refiere formalmente a ningún objetivo de esta naturaleza [políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional], sin embargo esta circunstancia no es por sí sola determinante (apartado 55), pues no puede deducirse del art. 6 de la Directiva 2000/78 que la falta de indicación expresa -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 (apartado 56), sino que otros elementos, propios del contexto general de la medida en cuestión, pueden permitir 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 (apartado 57)".

Segunda. Es cierto que en nuestra sentencia de 22 de diciembre de 2008 dijimos: *"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]"*. También lo es que esa doctrina la han reiterado nuestras sentencias de 12 de mayo de 2009 (Rcud. 2153/2007) y de 11 de julio de 2012 (Rcud. 4157/2012), pero lo cierto es que las dos primeras sentencias se dictaron en supuestos en los que la redacción de la disposición convencional aplicable era distinta y anterior a la Adicional Décima del E.T. que estaba en vigor al tiempo de publicarse el Convenio Colectivo aplicable en esta litis.

Debe tenerse presente, lo que tiene vital importancia vista nuestra doctrina anterior, que el nuevo Convenio Colectivo, además de la obligación de mantener el puesto de trabajo y no amortizar vacante contiene otras disposiciones en materia de política de empleo cuyo objeto es incrementar y mantener el empleo y aumentar la calidad del mismo. En este sentido, antes hemos citado preceptos concretos del Convenio que mejoran la calidad del empleo (como los relativos a formación (arts. 45 y siguientes) y el reciclaje del personal (art. 34)), a la conciliación de la vida familiar (traslados que facilitan la conservación del empleo (art. 42)), reciclaje de discapacitados que les permite conservar el empleo en otro puesto de trabajo (art. 35), protección de la maternidad (art. 113), especial regulación del contrato de relevo por jubilación parcial con obligación de cubrir la plaza del jubilado al llegar este a los 65 años (Anexo III) y regulación del Estatuto del trabajador fijo discontinuo y a tiempo parcial con preferencia para cubrir plazas vacantes con jornada anual completa.

No puede negarse que las medidas enunciadas tienden a mejorar la calidad del empleo, a mantener el mismo, a incrementarlo y a dar estabilidad en su desempeño. Cierto que en nuestra sentencia de 20 de diciembre de 2008 dijimos que la vinculación de la medida a los objetivos de empleo expresados en el Convenio " *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"*. Esta afirmación ha llevado a nuestra sentencia de 11 de julio de 2012 a concluir 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", afirmación que conviene precisar y rectificar en el sentido de que no hace falta la mención expresa de que la medida favorecedora del empleo que implanta el Convenio tiene por fin facilitar la jubilación forzosa, sino que basta con que en distintos lugares del Convenio se regulen medidas que favorezcan la estabilidad del empleo, su fomento, incremento y calidad. El Convenio Colectivo constituye un todo, un conjunto de normas reguladoras de la relación laboral en la empresa que deben ser interpretadas en su conjunto y no de forma aislada, atribuyendo, cual previene el artículo 1285 del Código Civil , a las cláusulas dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas, sin que sea lícita la llamada "técnica del espiguelo" que consiste en mantener la validez de las normas favorables e impugnar la de otras que puedan tener relación con ellas, pues el Convenio Colectivo es un todo donde todas sus cláusulas están relacionadas y han sido pactadas



en atención las unas de las otras, razón por la que son valorables, a los efectos que nos ocupan, las medidas de política de empleo contenidas en todo el Convenio y consiguientemente deben estimarse cumplidos los requisitos que la Adicional Décima del E.T. establecía.

4. Las consideraciones anteriores nos llevan a estimar el primer motivo del recurso y a casar la sentencia recurrida en el sentido que luego se dirá, sin necesidad de examinar el otro motivo del recurso por ser innecesario. Sin costas y con devolución a la recurrente de las consignaciones y depósitos efectuados para recurrir.

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

FALLAMOS

Que estimando, como estimamos, el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por el Letrado Don Florencio Martín Martín en nombre y representación de la ENTIDAD PÚBLICA EMPRESARIAL AEROPUERTOS ESPAÑOLES Y NAVEGACIÓN AÉREA (AENA) contra la sentencia dictada el 7 de octubre de 2011 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en recurso de suplicación nº 3254/11, interpuesto contra la sentencia de fecha 4 de junio de 2010, dictada por el Juzgado de lo Social nº 38 de Madrid, en autos núm. 1332/09, seguidos a instancias de DON Florian contra la ENTIDAD PÚBLICA EMPRESARIAL AEROPUERTOS ESPAÑOLES Y NAVEGACIÓN AEREA (AENA). Debemos casar y anular la sentencia recurrida y resolviendo el debate en ella planteado debemos desestimar el recurso de suplicación interpuesto por el actor contra la sentencia de instancia, dictada el 4 de junio de 2010, pronunciamiento desestimatorio de la demanda que confirmamos. Sin condena en costas y con devolución a la recurrente de los depósitos y consignaciones constituidos para recurrir.

Devuélvanse las actuaciones al Organismo 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. D. Jesus Gullon Rodriguez D. Aurelio Desdentado Bonete D. Fernando Salinas Molina Dª Maria Milagros Calvo Ibarlucea D. Luis Fernando de Castro Fernandez D. Jose Luis Gilolmo Lopez D. Jordi Agusti Julia Dª Maria Luisa Segoviano Astaburuaga D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana Dª Rosa Maria Viroles Piñol Dª Maria Lourdes Arastey Sahun D. Antonio Martin Valverde D. Jesus Souto Prieto

Voto

particular que formula el Excmo. Sr. Magistrado D. Luis Fernando de Castro Fernandez, al que se adhieren los Excmos. Sres. Magistrados D. Fernando Salinas Molina, Dª. Maria Milagros Calvo Ibarlucea, D. Jordi Agusti Julia, Dª. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga y Dª. Rosa Maria Viroles Piñol. Haciendo uso de la facultad conferida por el art. 260.2 LOPJ, formulo voto particular a la sentencia dictada en el recurso **3925/2011**, por discrepar -siempre con la mayor consideración y respeto- del criterio adoptado por la mayoría de la Sala en la indicada resolución, cuando razona y declara ser ajustado a Derecho el acuerdo de AENA extinguiendo el contrato del trabajador en 07/06/10, al haber cumplido los 65 años y considerar obligatoria su jubilación. Discrepancia que se basa en dos órdenes de consideraciones: a) en primer lugar, por la inoportunidad de la novedosa decisión adoptada por la Sala, tanto desde la perspectiva de la función que a la jurisprudencia corresponde cuanto de la realidad normativa y socio/económica en el que el diferente criterio se adopta; y b) en segundo término por razones de fondo, siendo así que no comparto los razonamientos con los que el parecer mayoritario justifica el cambio de jurisprudencia, cuyo signo -en los últimos tiempos notablemente restrictivo de esa jubilación forzosa- se halla actualmente reforzado de forma notable por el elemento hermenéutico de la realidad social. Y a justificar estos planteamientos van dirigidos los fundamentos de Derecho que acto continuo paso a exponer. **PRIMERO.**- 1.- Resulta del todo superfluo referir los avatares de la jurisprudencia en la aplicación de las sucesivas disposiciones legales que desde la promulgación del Estatuto de los Trabajadores han venido tratando el tema objeto de debate [DA 5ª ET/1980 ; DA Décima, incorporada por el RD-legislativo 1/1995, de 24/Marzo; supresión de la DA Décima por el RD-ley 5/2001, de 2/Marzo, ratificada por la Ley 12/2001, de 9/Julio; reinstauración de la DA Décima por la Ley 14/2005, de 1/Julio; y actualmente, supresión de la misma por la DF 4.2 de la Ley 3/2012, de 6/Julio]. Baste decir que en interpretación de la DA Décima ET, hasta la fecha la doctrina unificada de la Sala había excluido la posibilidad de tales ceses por razón de edad en cuatro decisiones: a).- STS 22/12/2008 [rcud 856/07], recaída cuando el cese se había adoptado en aplicación del art. 156 del III Convenio Colectivo de «AENA»; b).- STS 22/12/2008 [rcud 3460/06], censurando la adopción de la medida prevista en art. 61 del Convenio Colectivo Único para la «AGE»; c).- STS 12/05/2009 [rcud 2153/07], inadmitiendo la validez de cese apoyado en el mismo art. 156 del III Convenio Colectivo de



«AENA »; y d).- STS 11/07/12 [rcud 4157/11], que llega a la misma conclusión respecto de medida extintiva que aplica el art. 152 del V Convenio Colectivo de «AENA ». 2.- También parece oportuno destacar -de la misma empresa tratamos en el presente supuesto- el tratamiento que a la extinción del contrato por razón de edad han dado los correspondientes preceptos del Convenio Colectivo de «AENA»: a).- Conforme al art. 118 del I Convenio [vigencia de 01/01/94 al 31/12/96], «[e]n el ámbito de AENA, la jubilación será obligatoria al cumplir el trabajador la edad de 65 años», cumplido que sea el periodo mínimo de carencia exigible para causar pensión; b).- El texto se reproduce literalmente en el art. 136 del II Convenio Colectivo [aplicable al periodo 01/01/97 a 31/12/00] y en el art. 156 del III Convenio Colectivo [con vigencia temporal del 01/01/01 al 31/12/04]; c).- La redacción sufre alteraciones en el art. 153 del IV Convenio Colectivo [vigente entre 01/01/05 y 31/12/08], al decir ya que «[e]n el ámbito de AENA, la jubilación será obligatoria al cumplir el trabajador la edad de 65 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 ...». Y el texto se reproduce -palabra por palabra- en el art. 152 del V Convenio Colectivo [aplicable de 01/01/09 a 31/12/14], de cuya interpretación se trata en las presentes actuaciones. 3.- Ofrecido el texto convencional, el examen de su validez comporta ineludiblemente referir la norma que pretendidamente le sirve de amparo, la DA Décima ET introducida por la Ley 14/2005, a cuyo tenor «[e]n 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...». **SEGUNDO.**- 1.- En términos muy sintéticos, pero de elemental recordatorio que sitúe adecuadamente el debate, a la hora de interpretar la decisiva frase legal «deberá vincularse a objetivos coherentes con la política de empleo expresados en el convenio colectivo», la Sala ha entendido -resumiendo- en los precedentes de los que ahora se aparta el criterio mayoritario: a).- Respecto de «en qué» consisten los citados objetivos, «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 ... 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... »; b).- Sobre el «cómo» han de expresarse los objetivos «coherentes» con la política de empleo, la Sala entendió que «no basta con la concreción de cualquier objetivo de los que la norma enumera», sino que «entre el sacrificio [individual] que comporta el cese forzoso y la explicitada contrapartida [colectiva] de una beneficiosa política de empleo, ha de mediar un razonable y proporcionado equilibrio justificativo»; y c).- Sobre el «dónde» han de ubicarse, en su día consideramos que las medidas de contrapartida al cese forzoso «han de estar expresamente referidas en el propio Convenio Colectivo y ... no cabe una justificación ad extra de ellas»; y que incluso la expresión «deberá vincularse a objetivos ... expresados en el convenio colectivo ... comporta un expreso enlace entre cese y metas explicitadas, excluyendo justificaciones tácitas y/o argumentables a posteriori en el proceso». 2.- Muy contrariamente, la decisión mayoritaria de la Sala mantiene que el art. 152 del Convenio Colectivo de «AENA » responde a las exigencias de la DA Décima ET . Criterio que descansa -básicamente- en las siguientes afirmaciones: a).- Que «existe el compromiso convencional de no amortizar la vacante y de cubrir efectivamente las que se produzcan por causa de la jubilación forzosa ... manifestación indiscutible de una política de empleo que en los tiempos que corremos, responde y satisface las exigencias» de la citada DA Décima; b).- Que para la doctrina constitucional, el cese forzoso se ajusta a la norma máxima si se «garantizado una oportunidad de trabajo a otro trabajador»; y c).- Que nuestras dos primeras resoluciones citadas como precedentes [SSTS 22/12/08 rcuds. 3460/06 y 856/07] se dictaron para supuestos en que la redacción de la disposición convencional aplicable [III Convenio Colectivo] era distinta a la actual [V Convenio Colectivo] y que en el vigente convenio hay una serie de preceptos dispersos [34, 35, 42, 45 y siguientes, 111, Anexos III y IV] «cuyo objeto es incrementar y mantener el empleo y aumentar la calidad del mismo», con lo que se da cumplimiento a las exigencias de la DA Décima ET . **TERCERO.**- 1.- Explicitada la diversidad de pareceres, cumple ahora justificar el voto discrepante, en los términos de oportunidad y legalidad a que más arriba se hizo mención. 2.- Como muy tempranamente ha indicado la propia Sala, el valor más significativo de la jurisprudencia, más aún en su papel como complementadora del ordenamiento jurídico, no radica en cristalizar sus creaciones pretéritas, sino en hacer progresar éstas para su mejor utilidad y su más pleno servicio a la sociedad y al interés general (así, SSTS 09/06/62 Ar. 2947 ; 15/10/82 Ar. 6175 ; 22/01/85 Ar. 78 ; 31/10/85 Ar. 5263 ; y 15/02/86 Ar. 766). Por decirlo en expresión del Tribunal Constitucional, la «posibilidad de modificar el criterio ... constituye, incluso, exigencia ineludible de la propia función judicial, cuando aquél se considera posteriormente erróneo, pues el Juez está sujeto a la ley y no al precedente y está obligado, por mandato constitucional, a aplicar aquélla, es decir, el sentido de la misma que reconozca como ajustado en el momento de juzgar» (STC 49/1985, de 28/Marzo . Reproducida por la STS 24/04/90 Ar. 3488). De todas formas, la



posibilidad de cambio de criterio debe acogerse con prudente flexibilidad y su ponderada actualización tan sólo permite excepcionalmente alterarlo cuando concurren razones suficientes y objetivas que la justifiquen (SSTS 06/03/85 Ar. 1286 ; 19/11/87 Ar. 8030 ; y 11/04/88 -RCIL- Ar. 2946), pues lo contrario determinaría un atentado a derechos fundamentales, tales como el de la tutela judicial efectiva y el de igualdad [SSTC 49/1982, de 14/Julio ; 52/1982, de 22/Julio ; 59/1982, de 28/Julio ; 2/1983, de 24/Enero ; y 84/1987, de 29/Mayo]. Cambio de criterio que en ocasiones viene exigido por la necesidad de adaptarse a la realidad del cambio social, siempre que el nuevo rumbo esté debidamente motivado, para alejar toda sospecha de mero voluntarismo selectivo o de arbitrariedad al resolver en forma diferente en cada caso [STC 12/1988, de 3/Febrero] (STS 10/05/88 Ar. 3593). Es más, si la independencia judicial [art. 117.1 CE] determina la posibilidad de que «los órganos judiciales inferiores en grado discrepen, mediante un razonamiento fundado en Derecho ... incluso de la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo ... sin que con ello se vulnere el principio de igualdad en aplicación de la ley ... y tampoco el derecho a la tutela judicial efectiva» (STC-de Pleno- 37/2012, de 19/Marzo) y si este apartamiento «comporta un deber especial de argumentación razonable y novedosa por parte del órgano judicial que lo lleva a cabo» (STS 05/07/12 -rcud 3604/11 -), por elementales razones de coherencia, esa misma justificación -fundada, razonable y novedosa- ha de exigirse a la propia Sala del Tribunal Supremo cuando rectifique precedente criterio consolidado; justificación que -como se argumentará- no se aprecia en el presente caso. 3.- Para empezar, la modificación del criterio se lleva a cabo precisamente cuando el propio legislador ha excluido la razonabilidad de la DA Décima ET , al declarar - DF 4.2 Ley 3/2012, de 6/Julio - que «[s]e 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». Y aunque el Preámbulo de la Ley para nada explicita las causas que han determinado el cambio normativo, no parece aventurado extrapolar la motivación efectuada en el preludio del RD-Ley 5/2001, que suprimió la entonces vigente DA Décima ET con el argumento de que la misma era un «instrumento en el marco de una política de empleo inspirada en concepciones y apoyada en realidades demográficas y del mercado de trabajo claramente desactualizadas». Desconexión con la actualidad socioeconómica que se evidencia en el contrasentido que significa admitir que la negociación colectiva excluya del mercado de trabajo a los mayores de 65 años y a la par se siga una política de Seguridad Social que insista en la obligada prolongación de la vida laboral más allá de esa edad, como condición ineludible para la viabilidad futura del Sistema. Con lo que resulta palmario que si precisamente la evolución jurisprudencial ha de venir determinada -básicamente- por la cambiante realidad social, la situación de crisis económica a la que el parecer mayoritario de las Sala alude, más bien no hace sino confirmar el acierto interpretativo de nuestros precedentes, que son justamente los que están en sintonía con la deteriorada situación económica y con la política de Seguridad Social que aquella ha impuesto. 4.- En todo caso se ha de resaltar el desconcierto que por fuerza ha producir en los diversos operadores jurídicos el hecho de que la consolidada doctrina de la Sala sea abandonada precisamente cuando la norma [permisiva del pacto colectivo del cese por edad, con ciertas condiciones] ya ha sido derogada, en tanto que desajustada al momento social. Desconcierto opuesto al principio constitucional de seguridad jurídica [art. 9.3 CE] y a la previsibilidad que comporta de los efectos de la norma [«la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del Derecho»: SSTC 36/1991, de 14/Febrero, FJ 5 ; y 37/2012, de 19/Marzo , FJ 8]; principio que si bien no puede erigirse en un valor absoluto, ello es precisamente porque «debe responder a la realidad social de cada momento como instrumento de perfeccionamiento y de progreso» (así, STC 89/2009, de 20/Abril, FJ 3). A las presentes fechas y en las vigentes circunstancias socioeconómicas, el criterio jurisprudencial de que tratamos se más hallaba reforzado y debiera haber sido reiterado, por el mayor fundamento que en la actualidad tiene la interpretación efectuada en nuestros precedentes.

CUARTO.- 1.- Señalada la inoportunidad del cambio jurisprudencial, cumple ahora resaltar la falta de razones que hubieran justificado el cambio, y en ello dos aspectos incuestionablemente unidos: a) la inexistencia de diversidad sustancial entre los Convenios Colectivos sucesivamente examinados por la Sala; y b) la ausencia de vinculación entre el cese por edad y los «objetivos coherentes con la política de empleo». 2.- Sobre los dos aspectos han de hacerse las siguientes observaciones, de indudable significación: a).- La primera es que el art. 156 del III Convenio no representó ninguna novedad sobre sus antecedentes, pues no hace sino reproducir literalmente los arts. 118 del I Convenio [vigencia de 01/01/94 al 31/12/96] y 136 del II Convenio Colectivo [aplicable al periodo 01/01/97 a 31/12/00]. En todos los casos afirmando - como adelantamos- que «[e]n el ámbito de AENA, la jubilación será obligatoria al cumplir el trabajador la edad de 65 años», cumplido que sea el periodo mínimo de carencia exigible para causar pensión. Y es destacable que el primero de ellos -I Convenio Colectivo- inició vigencia en una época en la que el cese colectivamente pactado no se hallaba sometido a concreta medida de fomento de empleo, con lo que ha de excluirse que en su redacción -inicial o reproducida- mediara el propósito de que el cese por razón de edad se «vinculase» a objetivos singulares de política de empleo; y b).- La segunda es que la única variación existente entre ese art. 156 del III Convenio Colectivo de «AENA » [objeto de examen de nuestras SSTS 22/12/2008 - rcud 856/07 -; y 12/05/2009 -rcud 2153/07 -] y el art. 152 del V Convenio Colectivo [precepto a debate en la STS11/07/12 -rcud 4157/11 - y en la presente



mayoritaria] es el inciso añadido de que «[l]a Entidad se compromete a no amortizar y cubrir efectivamente las plazas vacantes producidas por esta causa ...». Variación insuficiente, siendo así que la mera sustitución en el empleo -como hemos dicho en nuestros antecedentes jurisprudenciales- no alcanza a los tres apartados a los que la DA Décima se refiere, de estabilidad, sostenimiento e incremento de la calidad, como proporcionada contrapartida colectiva al sacrificio de un derecho individual; y aunque el intérprete de Constitución parece que hubiese considerado suficiente -para la justificación constitucional de la medida- que se garantizase una oportunidad de trabajo a la población en paro, no lo es menos que tales decisiones, de un lado iban referidas a un texto de la DA Décima mucho más permisivo y para la que «la jubilación forzosa podrá ser utilizada como instrumento para realizar una política de empleo»; y de otra parte, el requisito de legalidad [cumplir las exigencias de la DA Décima, en la redacción dada por la Ley 14/2005] va más allá de lo que es un juicio de constitucionalidad. Y 3.- La tercera es que prácticamente la totalidad de ejemplos que el recurso invoca como demostrativos de la vinculación entre el cese forzoso y determinadas medidas, ya existían -con similar contenido- desde la vigencia del I Convenio Colectivo en 01/01/94. Así: a).- Sobre bolsas de candidatos en reserva para la contratación: arts. 17 del I Convenio; 22 del II; 27 del III; 24 del IV; y 25 del V Convenio. b).- Sobre la retirada de la habilitación para el trabajo: arts. 23 del I Convenio; 28 del II; 36 del III; 33 del IV; y 33 del V Convenio. c).- Sobre reciclajes profesionales: arts. 24 del I Convenio; 29 del II; 37 del III; y 34 del IV y V. d).- Sobre el tratamiento de la capacidad disminuida de los trabajadores : arts. 22 del I Convenio Colectivo ; 30 del II; 38 del III; y 35 de los Convenios IV y V. e).- Sobre traslados voluntarios: arts. 32 del I Convenio Colectivo ; 37 del II; 45 del III; y 42 de los Convenios IV y V. f).- Sobre la formación de los trabajadores: arts. 34 a 37 del I Convenio; 40 a 44 del II; 48 a 51 del III; y 45 a 49 del IV y del V Convenio. g).- Sobre revisión por mejoría en situación de IP: arts. 80 del II Convenio; 102 del III; 95 del IV; y 93 del V Convenio. h).- Sobre acción social: arts 113 a 117 del I; 128 a 135 del II; 148 a 152 del III; 145 a 152 del IV; y 144 a 151 del V. i).- Sobre la opción en despido improcedente : DA Sexta en el I Convenio Colectivo ; y DA Quinta en el II, III, IV y V... 4.- De todos los supuestos que el recurso aduce como ejemplo de política de empleo a la que está vinculada el cese forzoso por razón de edad, las únicas que carecen de precedentes anteriores al V Convenio Colectivo son la flexibilidad de jornada [art. 58] y la DT Duodécima [no Decimotercera, como la recurrente indica], relativa al compromiso de incorporar al Convenio los acuerdos que se alcancen en la Mesa del Marco de Explotación de AENA -a los el recurso atribuye cualidad «garantía de sostenimiento del empleo»-. Pero en tanto que la primera de ellas no sería compensación proporcionada por el sacrificio del derecho individual al trabajo, ni la significación de la segunda ha quedado acreditada [sólo se acuerda su traslado «en lo que pudieran afectar» al Convenio, como textualmente se indica], ni puede pasarse por alto que la misma en manera alguna es contrapartida al cese forzoso por razón de edad, sino que se hace «en cumplimiento de lo establecido en el Acta de Desconvocatoria de Huelga de 4 de Marzo de 2004». 5.- En todo caso ha de señalarse que los desarrollos convencionales más arriba citados no solamente no se encuentran expresamente «vinculados» a la jubilación forzosa de que tratamos [la vinculación se limita en el precepto -art. 152- a la no amortización de la plaza del trabajador que es jubilado forzosamente por razón de edad], sino que son los propios de toda negociación colectiva y en la que ordinariamente se suelen hallar soluciones semejantes para las respectivas materias, de manera que se nos presentan por completo ajenos a los propósitos -contrapartida de la Jubilación forzosa por edad- de que trata la tan referida DA Décima ET . Por todo lo indicado considero que el recurso de casación interpuesto por la representación de «AENA» debió haber sido rechazado, porque: a) no existía causa justificativa para variar la jurisprudencia, sobre todo en el contexto socio-económico y normativo actual; y b) porque -en consecuencia- el obligado cese de los trabajadores al cumplir los 65 años, previsto en el art. 152 del V Convenio Colectivo , no se ajusta a las exigencias que a la fecha de autos establecía la Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores . Madrid, 21 de diciembre de 2012

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana así como el voto particular formulado por el Excmo. Sr. Magistrado D. Luis Fernando de Castro Fernandez, al que se adhieren los Excmos. Sres. Magistrados D. Fernando Salinas Molina, D^a. Maria Milagros Calvo Ibarlucea, D. Jordi Agusti Julia, D^a. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga y D^a. Rosa Maria Viroles Piñol, hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.