

AUDIENCIA NACIONAL

Sentencia 47/2010, de 10 de mayo de 2010

Sala de lo Social

Rec. n.º 41/2010

SUMARIO:

Conflicto Colectivo. Controladores aéreos. Pretensión de que se declaren nulos y sin efecto los actos que han privado a los controladores de derechos reconocidos convencionalmente y se repongan los fijados en el I Convenio Colectivo. La Ley 9/2010, que afectó a los contenidos del convenio colectivo cuya reposición se reclama (entre ellos los relativos a jornada, horas extraordinarias y poder de dirección empresarial), no vulneró los derechos de libertad sindical, negociación colectiva y huelga del Sindicato demandante (USCA), tratándose de una intervención legislativa necesaria, idónea y proporcionada, que impuso el mínimo sacrificio a los trabajadores afectados para garantizar la seguridad y continuidad del servicio público de tránsito aéreo. La intervención se centró en aspectos de la negociación colectiva que se consideran formalizados en fraude de ley y que no contaron con la debida autorización de la CECIR (Comisión Interministerial de Retribuciones). No puede reclamarse que un derecho fundamental se vulnera en la ilegalidad, no habiéndose producido tampoco vulneración del derecho a la presunción de inocencia, ni producido ningún tipo de expropiación forzosa de los derechos controvertidos.

PRECEPTOS:

Constitución Española, arts. 7.º, 28.1 y 2, 37.1, 53.1, 86.1 y 103.1.

RDLeg. 1/1995 (TRET), arts. 3.º 3, 20, 35 y 85.1.

RDL 17/1977 (Relaciones de Trabajo), art. 11 c).

Ley 30/2005 (LPGE para el año 2006), art. 34.cuatro.

PONENTE:

Don Ricardo Bodas Martín.

Ilmo. Sr. Presidente:

D. RICARDO BODAS MARTÍN

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. MANUEL POVES ROJAS

D.ª MARÍA PAZ VIVES USANO

Madrid, a diez de mayo de dos mil diez.

La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional compuesta por los Sres. Magistrados citados al margen y

EN NOMBRE DEL REY

Ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el procedimiento N.º 41/10 seguido por demanda de UNIÓN SINDICAL DE CONTROLADORES AÉREOS (USCA) contra AEROPUERTOS ESPAÑOLES Y NAVEGACIÓN AÉREA (AENA), MINISTERIO DE FOMENTO Y OBRAS PÚBLICAS y MINISTERIO FISCAL sobre conflicto colectivo. Ha sido Ponente el Ilimo. Sr. D. Ricardo Bodas Martín.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

Según consta en autos, el día 5-3-2010 se presentó demanda por UNIÓN SINDICAL DE CONTROLADORES AÉREOS (USCA) contra AEROPUERTOS ESPAÑOLES Y NAVEGACIÓN AÉREA (AENA), MINISTERIO DE FOMENTO Y OBRAS PÚBLICAS y MINISTERIO FISCAL sobre CONFLICTO COLECTIVO.

Segundo.

La Sala acordó el registro de la demanda y designó ponente, con cuyo resultado se señaló el día 15-04-2010 para los actos de intento de conciliación y, en su caso, juicio, al tiempo que se accedía a lo solicitado en los otros seis de prueba.

Llegado el día del juicio y constatándose que ese mismo día se publicó en el BOE 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, se solicitó por USCA un plazo de cuatro días para la ampliación de la demanda, accediéndose por la Sala a dicha petición. El escrito de ampliación tuvo entrada el 21-04-2010 y se señalaron los actos de conciliación y juicio para el 5-05-2010 a las 10 horas.

Tercero.

Llegado el día y la hora señalados tuvo lugar la celebración del 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.

Cuarto.

Dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 97.2 del Real Decreto Legislativo 2/1995, de 27 de abril, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, debe destacarse, que las partes debatieron sobre los extremos siguientes:

La UNIÓN SINDICAL DE CONTROLADORES AÉREOS (USCA desde aquí) ratificó su demanda de conflicto colectivo, así como la ampliación de la misma, causada por la entrada en vigor de la Ley 9/2010, de 14 de abril, pretendiendo que las modificaciones de sus condiciones de trabajo, causadas, en su momento, por la aplicación del RDL 10/2010, de 5 de febrero y posteriormente por la Ley 9/2010, de 14 de abril, no se ajustaron a derecho, solicitando, por consiguiente, se reponga íntegramente a los controladores de tráfico aéreo en el I Convenio colectivo, suscrito por AENA y dicho sindicato el 9-03-1999.

Solicitó específicamente se declare la nulidad de los artículos 2.º 2; 2.º 3; 3.º; párrafo cuarto de la D. A.ª 4.ª y D. T.ª 1.ª de la Ley antes dicha, por cuanto vulneraron lo dispuesto en los artículos 7.º y 28.1 CE, en relación con los artículos 28.2 y 37.1 CE, puesto que la ley 9/2010, de 14 de abril restringió injustificadamente dichos derechos fundamentales, desbordando ampliamente su contenido esencial, vulnerando, por ello, lo dispuesto en el art. 53.1 CE.

Centrándose en el RDL 10/2010, de 5 de febrero denunció que el mismo no había respetado las exigencias, contenidas en el art. 86.1 CE, puesto que no concurren los requisitos habilitantes, requeridos por dicha norma, al ser imposible la emergencia de la extraordinaria y urgente necesidad, predicada en la exposición de motivos de la norma, cuando las relaciones laborales de AENA y sus controladores aéreos están estabilizadas y se regulan homogéneamente desde el 21-05-1992, fecha en la que se suscribió el «Pacto Colectivo entre AENA, la Administración del Estado, USCA y SECA», que se reprodujeron básicamente en el I Convenio Colectivo, no existiendo, por consiguiente, ninguna circunstancia sobrevenida que justifique la utilización del RDL, destacando, a estos efectos, que fue AENA y no USCA quien rompió las negociaciones, precipitándose, a continuación y sin solución de continuidad apreciable la publicación del RDL, acreditándose, de este modo, que su finalidad real fue vaciar de contenido el I Convenio colectivo.

Defendió también que la aplicación de los Reglamentos 2096/2005/CE y 1070/2009/CE no cumplía tampoco las exigencias habilitantes del art. 86.1 CE, porque en el primer supuesto no estaríamos ante una situación sobrevenida, como exige la doctrina constitucional y el segundo prevé el despliegue de sus objetivos para el año 2011, no amparando, por consiguiente, la utilización de un procedimiento legislativo excepcional.

Denunció, así mismo, que el RDL afectó, de modo sustancial, el contenido esencial del derecho a la negociación colectiva, quebrando, de este modo, la autonomía colectiva de los negociadores y dejando sin efecto la eficacia de un convenio estatutario que, aun vencida su vigencia, se mantiene prorrogado de conformidad con lo pactado por las propias partes, entendiéndose, por consiguiente, que la utilización de dicha norma no se ajustó a la Constitución, siendo irrelevante, a estos efectos, que la Ley 9/2010, de 14 de abril, haya derogado el RDL, puesto que dicha circunstancia no empece su control por el Tribunal Constitucional, subrayando, en cualquier caso, que produjo todos sus efectos nocivos.

Subrayó, además, que la naturaleza jurídica de la relación, que une a los controladores aéreos con AENA, es laboral, de manera que les es aplicable el EBEP en aquellos extremos, que determine el propio EBEP, aplicándoseles, caso contrario, la legislación laboral y los convenios colectivos aplicables, no existiendo causa de justificación para vaciar de contenido un convenio colectivo durante su vigencia mediante un procedimiento tan atípico, como es el RDL.

Destacó, por otro lado, que el RDL vulneró directamente su derecho a la libertad sindical, puesto que vació de contenido de modo irregular un convenio colectivo negociado legalmente, cuyas eventuales ilicitudes, puestas supuestamente de manifiesto en la exposición de motivos, deberían hacerse valer mediante el correspondiente procedimiento de impugnación de convenios, pero nunca mediante una técnica legislativa, en la que el Gobierno desequilibró injustificada e irrazonablemente la posición del Sindicato, vulnerándose, así mismo, su derecho a la negociación colectiva, que forma parte de su núcleo esencial y su derecho de huelga, ya que no es posible legalmente convocar huelga contra normas legales.

Mantuvo también que la norma reiterada vulneró, por una parte, su derecho a ser indemnizado en caso de expropiación de los derechos reconocidos en el art. 33.3 CE, ya que se privó al colectivo afectado de los derechos reconocidos en el convenio, significando, por otra parte, que se vulneró el derecho a la presunción de inocencia, contenido en el art. 24.2 CE y el principio de legalidad y tipicidad reconocido en el art. 25 CE, al permitirse en el art. 4.º 2 que se suspenda de empleo y sueldo en los expedientes disciplinarios.

Defendió finalmente, que no se había seguido el procedimiento, previsto en el art. 41 ET, para modificar sustancialmente condiciones pactadas en convenio colectivo estatutario, manteniendo, por consiguiente, que las mismas no se ajustaron a derecho.

USCA mantuvo las mismas alegaciones respecto a la Ley 9/2010, de 14 de abril, subrayando de modo particular que dicha norma había vulnerado lo dispuesto en el art. 53.1 CE, puesto que había restringido injustificadamente el contenido esencial del derecho a la libertad sindical, contemplado en los artículos 7.º y 28.1 CE, en relación con los derechos a la negociación colectiva y huelga, regulados en los arts. 37.1 y 28.2 CE, ya que vació de contenido los derechos reconocidos legítimamente en convenio estatutario mediante una ley, cuyo objetivo inequívoco era ese, quebrando la autonomía colectiva de los negociadores y la fuerza vinculante de los convenios, impidiendo, de paso, el ejercicio del derecho de huelga, porque no es posible convocar huelgas frente a normas legales.

El ABOGADO DEL ESTADO en nombre del ENTE PÚBLICO AEROPUERTOS ESPAÑOLES Y NAVEGACIÓN AÉREA (AENA a partir de aquí) y el MINISTERIO DE FOMENTO Y OBRAS PÚBLICAS se opuso a la demanda, admitiendo, no obstante, los hechos primero, sexto, octavo, noveno, duodécimo, décimo cuarto, décimo sexto y décimo séptimo.

Sostuvo que los hechos segundo y séptimo constituían simples valoraciones jurídicas, subrayó que los hechos tercero, cuarto y quinto constituían simples antecedentes de hecho y propuso que se sustituyeran por el relato fáctico documentado en documento uno de su ramo de prueba y admitió el hecho décimo tercero en tanto en cuanto coincide con el texto oficial. Negó los hechos décimo y undécimo, subrayando la existencia de una fuerte conflictividad laboral, que generó, en buena medida, el resultado de la negociación colectiva, puesto que la capacidad de contratación del colectivo de controladores aéreos es tan fuerte que ha provocado el cese de un buen número de ministros, que se enfrentaron a dicho colectivo.

Admitió, así mismo, el hecho primero del escrito de ampliación de la demanda y admitió el segundo, en la medida en que coincide con los textos oficiales.

Excepcionó falta de acción e inadecuación de procedimiento, en lo que afecta al RDL 1/2010, de 5-02-2010, puesto que dicha norma fue derogada por la ley 9/2010, de 14 de abril, siendo inane, por consiguiente, para la pretensión actora.

Excepcionó, así mismo, falta de legitimación pasiva del Ministerio de Fomento y Obras Públicas, porque dicho Ministerio no es empleador de los actores.

Excepcionó falta de legitimación activa de USCA, porque no se acreditó que la Asamblea de afiliados, órgano legitimado estatutariamente, habilitará la interposición del presente conflicto colectivo.

Excepcionó finalmente, inadecuación de procedimiento, porque AENA no modificó sustancialmente las condiciones de trabajo, establecidas en el I Convenio colectivo, limitándose a aplicar la Ley 9/2010, de 14 de abril, como no podría ser de otro modo, en aplicación del principio de legalidad que vincula a todos los poderes públicos, al igual que a todos los ciudadanos.

Entrando en el fondo del asunto, defendió que la ley puede, como no podría ser de otro modo, incidir en un convenio colectivo, especialmente si está en situación de ultractividad y con más razón, si cabe, cuando se incide en pactos extraestatutarios, lo que sucede en supuesto debatido, puesto que los acuerdos o pactos de prolongación de jornada, suscritos después del I Convenio, tienen naturaleza extraestatutaria.

Sostuvo, por otra parte, que la ley 9/2010 de 14 de abril, no vulnera el derecho fundamental de libertad sindical de USCA, ni tampoco su derecho a la negociación colectiva o de huelga, subrayando especialmente que no es una ley contra el colectivo de controladores, tratándose, por el contrario, de una ley reguladora del sector de

tránsito aéreo, en concordancia con los Reglamentos comunitarios, que tiene por finalidad asegurar el servicio público y garantizar el derecho fundamental de circulación, regulado en el art. 19 CE.

Destacó, a estos efectos, que la ley liberaliza el sector, en consecuencia con la normativa comunitaria, posibilitando la entrada de nuevos proveedores civiles de servicio de tránsito aéreo, habiendo establecido unas reglas comunes, que son aplicables a AENA, así como a los futuros proveedores, a quienes se reafirma, como no podría ser de otro modo, en su poder de organización, planificación, dirección, gestión, supervisión y control de la prestación de dichos servicios, aclarándose, a estos efectos, que dichas potestades son indisponibles, estableciendo, a continuación, unas reglas relacionadas con el tiempo de actividad y descanso de controladores civiles de tránsito aéreo, una regulación sobre incumplimientos y unas medidas extraordinarias, que son aplicables tanto a AENA, cuanto a los nuevos proveedores, con la finalidad de garantizar el servicio, normalizando, al tiempo, los sistemas de formación del personal de tránsito aéreo y las obligaciones de reserva de los aeropuertos de interés general no reservados a AENA.

Y es en ese marco, subrayó el Abogado del Estado, donde se introducen novedades, que inciden en el I Convenio colectivo de AENA y los Controladores Aéreos, relacionados especialmente con la garantía de prestación de servicios de tránsito aéreo, con el tiempo de actividad y descanso, que se remiten a una regulación reglamentaria, en la que se dará participación a las organizaciones sindicales más representativas, así como a los sindicatos sectoriales, definiéndose también los límites al desempeño de funciones operativas, situación de reserva activa y jubilación, que se coherencia con la normativa comunitaria, así como con la regulación en sectores similares y se establecen unas medidas transitorias, reguladas en la D. T.^a 1.^a, que sientan las bases imprescindibles para garantizar el servicio y habilitan, sin ninguna duda, la negociación colectiva.

Defendió, por tanto, que no se había vulnerado, de ningún modo, el derecho a la libertad sindical de USCA, ni tampoco su derecho de negociación colectiva y huelga, así como el derecho de presunción de inocencia, defendiendo que no se había indemnizado a los controladores, porque no se les había expropiado ningún derecho legítimo, destacando, en cualquier caso, que dichos derechos no eran absolutos, debiendo ponderarse conforme a criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en relación con el derecho de libre circulación, en la medida en que se produce una colisión entre dicho derecho y los que se consideran vulnerados por USCA.

Sostuvo, en cualquier caso, que la negociación colectiva había incumplido las exigencias legales, puesto que ninguno de los pactos extraestatutarios, suscritos por AENA y USCA, obtuvo informe favorable de la CECIR, tratándose, por consiguiente, de acuerdos nulos de pleno derecho.

Subrayó finalmente que, si no se estimara la falta de acción, en lo que se refiere al RDL, debería aplicarse el criterio del Defensor del Pueblo, quien se negó, mediante resolución de 22-04-2010, a interponer recurso de inconstitucionalidad contra el RDL.

USCA se apoyó en la sentencia T. Co. de 28-03-2007 para oponerse a la excepción de falta de acción, defendiendo que la derogación del RDL no era óbice para cuestionar su constitucionalidad, porque ese era el único medio para controlar el uso constitucional de esa figura legislativa.

Se opuso a la falta de legitimación pasiva del Ministerio de Fomento, porque dicho Ministerio era el «promotor» del RDL, destacando, en cualquier caso, que dicho Ministerio era responsable, en primer plano, del proceso de negociación seguido entre la Administración, en primer lugar y AENA después con los controladores aéreos.

Se opuso finalmente a la excepción de falta de legitimación activa, puesto que el art. 29 e) de los Estatutos de USCA no exigen que la Asamblea habilite a la dirección para la interposición de acciones legales.

Desistió, sin embargo, de las reclamaciones relacionadas con la vulneración del art. 41 ET, admitiéndose el desistimiento por el Abogado del Estado.

El MINISTERIO FISCAL cuestionó su presencia en el litigio, sin perjuicio de realizar las alegaciones, contempladas en el art. 35 LOTC, caso de admitirse la cuestión de constitucionalidad sobre la que no se pronunció expresamente.

Resultando y así se declaran, los siguientes

HECHOS PROBADOS

Primero.

USCA es el sindicato mayoritario entre los controladores aéreos, siendo su presidente DON J... M... G... G..., quien fue autorizado por la Asamblea de afiliados, así como por el comité ejecutivo de USCA, legitimado estatutariamente para interponer conflicto colectivo, para interponer las acciones pertinentes relacionadas con el presente conflicto.

Segundo.

El presente conflicto colectivo afecta a los controladores aéreos, incluidos en el ámbito personal del I Convenio Colectivo entre AENA y sus controladores aéreos.

El Ente Público Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea fue constituido el 7-08-1991, mediante RD 905/1991, de 14 de junio del Ministerio de Obras Públicas.

Las relaciones del Ente con su personal se rigen por las condiciones establecidas por los contratos que suscriban y están sometidas al Estatuto de los Trabajadores, a los Convenios Colectivos y al Estatuto Básico del Empleado Público, en lo que se establezca por el propio EBEP.

Tercero.

El 3-03-1989 se suscribió por el Ministerio de Transporte, subsumido posteriormente por el M.º de Fomento un protocolo de acuerdo, que obra en autos y se tiene por reproducido, en el que se reguló una jornada específica y un régimen de descansos para los controladores aéreos. La jornada, pactada en el apartado cuarto del acuerdo, fue de 1200 horas anuales, ajustándose racionalmente y sujeta a los recursos humanos previstos, según los negociadores del acuerdo, quienes introdujeron, a continuación, un régimen transitorio excepcional para los años 1989 y 1990, «conscientes ambas partes de la existencia de factores coyunturales (carencia de recursos humanos, deficiencias de medios técnicos, aumento de tráfico aéreo) que obligan al incremento de la jornada laboral...».

El 21-02-1992 se suscribió por la Administración del Estado y AENA y los sindicatos USCA y SECA un acta de acuerdo final, por el que se aprobó el «Pacto Colectivo entre AENA, la Administración y los Sindicatos del Cuerpo Especial de Controladores Aéreos», que obra en autos y se tiene por reproducido e integró la mayor parte del acuerdo precedente, en el que se pactó el denominado «Estatuto de los Controladores de la Circulación Aérea», pactándose en su artículo 31 una jornada laboral de 1.200 horas.

El 18-03-1999 se publicó en el BOE el I Convenio colectivo profesional entre AENA y el colectivo de controladores de circulación aérea, que obra en autos y se tiene por reproducido cuyo vencimiento se produjo el 31-12-2004, permaneciendo prorrogado desde entonces.

No obstante, conviene destacar el texto de los artículos que siguen:

«a) Artículo 36. *Duración y distribución de los servicios.*

1. La duración de los servicios será:

1.1 En las dependencias encuadradas en los grupos 1 al 5, ambos inclusive, de la clasificación de dependencias vigente:

Mañana o tarde: Mínimo de seis horas y máximo de ocho horas.

Día: Mínimo de ocho horas y máximo de doce horas.

Noche: Mínimo de diez horas y máximo de doce horas.

1.2 En el resto de las dependencias la duración mínima de los servicios será de seis horas, a excepción de los SGL, cuya el presente Estatuto.

2. La modalidad de turno de aplicación y la duración concreta de los servicios será acordada, en cada dependencia, por los representantes de AENA y de USCA, ambos debidamente acreditados, respetándose, en todo caso, lo recogido en el presente Estatuto.

3. Cuando la falta de relevo suponga el cese del servicio y siempre que no sea posible adoptar alguna medida alternativa, el CCA deberá permanecer en su posición de trabajo hasta un máximo de dos horas desde el momento estipulado para el relevo.»

b) El art. 29 del convenio dice lo que sigue:

«Artículo 29. *Modalidad y duración de la jornada laboral.*

La jornada laboral de los CCA, en función del puesto de trabajo que ocupe, será una de las siguientes:

1. Jornada a turnos: La jornada laboral de los CCA que ocupen puestos de trabajo sujetos a turnicidad será de mil doscientas horas máximas anuales, no superando la programación mensual las ciento veinte horas.

2. Jornada ordinaria: La jornada laboral de los CCA que no ocupen puestos de trabajo sujetos a turnicidad será de treinta y siete horas y treinta minutos semanales, continuada, en horario de mañana, y se realizará durante los cinco primeros días de la semana, a razón de siete horas y treinta minutos diarios.

Durante cada jornada se tendrá derecho a veinte minutos de descanso, que se computará como trabajo efectivo.

3. Jornada mixta: Los CCA que ocupen puestos de trabajo cuyas características específicas contemplen la posibilidad de alternar jornada a turnos y jornada ordinaria, cuando ejerzan sus funciones fuera de la sala de operaciones, realizarán una jornada ordinaria específica de treinta horas semanales, en horario de mañana o tarde, a razón de seis horas diarias, con dos días libres consecutivos a la semana.

Durante cada jornada se tendrá derecho a veinte minutos de descanso, que se computará como trabajo efectivo.»

c) El art. 36.2 del convenio que dice lo siguiente:

«2. La modalidad de turno de aplicación y la duración concreta de los servicios será acordada, en cada dependencia, por los representantes de AENA y de USCA, ambos debidamente acreditados, respetándose, en todo caso, lo recogido en el presente Estatuto.»

d) El art. 41.1 del convenio dice lo que sigue:

«1. La previsión y programación de los turnos se realizará por meses naturales y se publicará con una antelación de, al menos, noventa días. Se recogerá personalmente por el interesado y constará de copia firmada y sellada. Cualquier modificación sobre los servicios programados requerirá la aceptación, de forma fehaciente, de AENA y del interesado.

Con independencia de la fecha de publicación, no se considerará definitiva la programación hasta noventa días antes del primero del mes correspondiente.»

e) El art. 35 del convenio dice lo siguiente:

«Artículo 35. *Descansos durante el servicio.*

1. Régimen de descansos de los CCA durante el servicio en las dependencias encuadradas en los grupos del 1 al 5, ambos inclusive, de la clasificación de dependencias vigente:

1.1 Para los CCA que ocupen puestos de trabajo de Controlador o Controlador PTD:

- a) Desde las ocho hasta las veintitrés cincuenta y nueve horas locales, el 33 por 100 de descanso.
- b) Desde las cero hasta las siete cincuenta y nueve horas locales, el 50 por 100 de descanso.

En todo caso, a lo largo de los servicios de mañana, tarde o día, el 33 por 100 de descanso.

1.2 Para los CCA que estén ejerciendo las funciones de supervisión en la sala de operaciones y para los Jefes de Sala, los momentos de descanso estarán supeditados a las condiciones y circunstancias operativas existentes en la misma.

2. Régimen de descansos de los CCA durante el servicio en las dependencias encuadradas en los grupos del 6 al 8, ambos inclusive, de la clasificación de dependencias vigente:

2.1 En las dependencias donde presten servicio al mismo tiempo más de un CCA, tendrán un descanso durante los servicios diurnos del 25 por 100. La distribución de los descansos se efectuará a criterio de los CCA de servicio, en función de las condiciones y volumen de tráfico existente o previsto, produciéndose, para ello, las configuraciones operativas necesarias.

2.2 En las dependencias donde entre de servicio un único CCA y hayan optado por una de las modalidades previstas en los apartados 2.1 a), 2.1 b), 3.1 a) y 3.1 b) del art. 33 se establece un período de descanso diurno que se obtendrá superponiendo los servicios de mañana y tarde, de forma que garantice, al menos, una hora de descanso por Controlador.

AENA negociará con los representantes de USCA, ambas partes debidamente acreditadas, la modalidad de descanso diurno de aplicación en las dependencias que opten por el tipo de turno recogido en los apartados 2.1.c) y 3.1.c) del art. 33.

2.3 Los períodos de descanso nocturno se negociarán en cada dependencia entre los representantes de AENA y de USCA, ambas partes debidamente acreditadas. Los acuerdos a los que se pudieran llegar tendrán que ser validados, antes de su aplicación, por la Comisión Permanente del Convenio.»

f) El art. 88 del convenio dice lo que sigue:

«Artículo 88. *Movilidad geográfica.*

Los traslados, excepto los derivados de sanción, se realizarán siempre de forma voluntaria por el CCA y se ajustarán a lo previsto en este capítulo.»

g) El art. 119.2 del convenio dice lo siguiente:

«2. Las comisiones de servicio producidas como consecuencia del desempeño de las funciones propias del puesto de trabajo, así como por la realización de los cursos de formación y de especialización, necesarios para el desempeño del puesto de trabajo, tendrán carácter obligatorio. El resto de las comisiones de servicio que se produzcan serán voluntarias.

La comisión de servicio, una vez aceptada, será irrenunciable, abarcando el compromiso adquirido por el CCA todo el tiempo previsto para dicha comisión.»

h) El art. 54.2 del convenio dice lo siguiente:

«2. Las vacaciones se programarán de común acuerdo entre AENA y el CCA afectado, con tres meses de antelación. Una vez programadas no podrán modificarse, salvo acuerdo con el CCA afectado.»

i) El 55.2 dice lo siguiente:

«2. Las vacaciones podrán disfrutarse en cualquier época del año, por quincenas, no pudiéndose excluir ningún período del año para ello, teniendo derecho, al menos, al disfrute de una de ellas coincidiendo con el verano astronómico, respetándose siempre el turno cíclico homogéneo y el equipo de trabajo al que pertenezca el CCA. Podrá existir otra distribución si ésta es acordada entre el CCA afectado y AENA.

Siempre que exista acuerdo al respecto entre el CCA afectado y AENA, se podrán disfrutar las vacaciones por períodos que no constituyan quincenas.»

j) El art. 58 del convenio dice lo siguiente:

«Artículo 58. *Licencia por guarda legal.*

Quienes por razones de guarda legal tengan a su cuidado directo algún menor de seis años o a un disminuido físico o psíquico que no desempeñe una actividad retribuida, tendrán derecho a una reducción de la jornada de trabajo, con la disminución proporcional del salario, entre un tercio y la mitad de la duración de aquélla.

A estos efectos, se entiende por jornada de trabajo a la mensual y anual máxima programable. No obstante, siguiendo el principio de equidad en la programación, el número de horas y servicios programados en un mes concreto será proporcional a los programados al resto de los CCA en la dependencia, en igual puesto de trabajo y en similares condiciones.»

k) El art. 162 del convenio dice lo siguiente:

«Artículo 162. *Ineptitud sobrevenida.*

La ineptitud sobrevenida o la falta de adaptación de un CCA a las modificaciones técnicas o tecnológicas operadas en su puesto de trabajo, no constituirán causa de extinción de su contrato laboral, procediéndose por AENA, de acuerdo con USCA, a adoptar las medidas de formación y readaptación profesional que, en cada caso, se decidan.»

l) El art. 163 del convenio dice lo siguiente:

«Artículo 163. *Límite de edad operativa.*

Se establece el límite de edad operativa en los cincuenta y cinco años. No obstante, todo CCA que quiera seguir desempeñando puestos operativos, podrá hacerlo a petición propia y previa superación de la oportuna revisión psicofísica.»

ll) El art. 166 del convenio dice lo que sigue:

«Artículo 166. *Requisitos de acceso a la LER.*

1. La Licencia Especial Retribuida (LER) es aquella situación, previa a la jubilación, a la que pueden acogerse los CCA que reúnan alguno de los siguientes requisitos:

1.1 Haber cumplido los cincuenta y cinco años de edad y haber prestado, al menos, diez años de servicio en puestos sometidos a régimen de turnos, entre los asignados al Colectivo de Controladores de la Circulación Aérea, siempre que hayan estado los dos últimos años, previos a la fecha de la solicitud, en servicio activo en puestos de trabajo en AENA.

1.2 Haber cumplido los cincuenta y dos años de edad y tener, como mínimo, treinta años de antigüedad como CCA, de los que, al menos, diecisiete deberán haberse prestado en puestos sometidos a régimen de turnos, entre los asignados al Colectivo de Controladores de la Circulación Aérea. Además, deberá haber estado los dos últimos años, previos a la fecha de la solicitud, en servicio activo en puestos de trabajo en AENA.

2. No obstante lo anterior y a los efectos del reconocimiento del derecho para la obtención de la LER y a la cuantificación de las retribuciones correspondientes a esta situación:

2.1 Se les computará, como trabajado a turnos, la mitad del tiempo que un CCA haya estado ocupando puestos de trabajo de la estructura de gestión ATC, siempre que se haya superado un mínimo de dos años continuados desempeñando uno o varios puestos de trabajo de esta estructura.

2.2 A los CCA en la situación prevista en el punto 5 del art. 22, se les computará, como trabajado a turnos, la mitad del tiempo que se esté en dicha situación, siempre que se haya superado un mínimo de dos años en dicha situación.

2.3 Se les computará, como trabajado a turnos, la mitad del tiempo que un CCA haya estado ocupando puestos de trabajo no sometidos a régimen de turnicidad de la estructura técnico-operativa, excepto en el puesto de trabajo de Auxiliar ATC y siempre que no medie cese penalizado.

2.4 A los CCA en comisión de servicio o destino especial en un puesto de trabajo de Controlador, se les computará todo el tiempo en cualquiera de estas situaciones como si hubieran ocupado un puesto de trabajo a turnos.

2.5 A los CCA en comisión de servicio o destino especial en cualquiera de los otros supuestos, se les computará los seis primeros meses como si hubieran continuado desempeñando el puesto de origen. Del resto del tiempo se computará la mitad del mismo.

2.6 No obstante lo regulado en el apartado anterior, a los CCA en comisión de servicio o destino especial para la formación de Controladores de la Circulación Aérea, se les computará todo el tiempo como si hubieran continuado desempeñando su puesto de origen. Los CCA, cuyo puesto de origen sea operativo, deberán mantener la validez de sus habilitaciones locales.»

m) El art. 7.º 2 del convenio dice lo que sigue:

«2. AENA no podrá sancionar ni incoar expedientes disciplinarios como consecuencia de accidentes o incidentes ATS (Servicios de Tránsito Aéreo) o de acciones relacionadas con las atribuciones técnicas ATS de los CCA.»

Cuarto.

Obran en autos y se tienen por reproducidos los acuerdos, suscritos por AENA y USCA con la finalidad de atender el incremento de actividad en el ámbito del control de tráfico aéreo español, que se han prolongado desde el año 1999 hasta el 31-03-2010. El primer acuerdo, en el que se estableció la prolongación modular de jornada, después de la entrada en vigor del I convenio, se suscribió el 1-07-1999.

En dichos acuerdos se pactó la prolongación voluntaria de jornada por parte de los controladores aéreos, cuya media ascendió en 2009 a 1750 horas anuales por controlador.

Las horas, que excedían las 1200 horas anuales pactadas, se retribuyeron a razón de 2,65 veces el precio de la hora ordinaria, lo que ha producido una retribución media por controlador de 304.874 euros anuales en el año 2007.

La CECIR no autorizó los incrementos retributivos, contenidos en los acuerdos producidos entre AENA y USCA desde 1992 a 1999 y desde la entrada en vigor del convenio hasta la fecha, excediendo en 210.316 euros anuales por controlador lo que habría resultado de actualizar su retribución de 1999 con arreglo a los incrementos del IPC anuales.

El 31-03-2010, fecha de pérdida de vigencia del último «Acuerdo sobre prolongación de jornada laboral», trabajaban en AENA 255 controladores con más de 54 años de edad y más de 10 años de antigüedad y 73 controladores con edades comprendidas entre los 52 y 54 años con más de 30 años de antigüedad en la empresa.

Obran en autos y se tienen por reproducidas la resolución de la CECIR de 19-12-2008 y sus instrucciones de desarrollo de 9-02-2009, así como el Acuerdo del Consejo de Ministros, publicado en el BOE de 3-04-2009, aprobando medidas de austeridad y eficiencia en materia de empleo público.

Quinto.

Las relaciones laborales del colectivo de controladores aéreos con sus empleadores ha sido extremadamente conflictiva, pudiendo señalarse como hitos principales, recogidos en los principales medios de comunicación, los que se refieren a continuación:

«I. ETAPA DE FUNCIÓN PÚBLICA (1966-1992): LOS CONTROLADORES AÉREOS COMO FUNCIONARIOS.

1. La denominada "huelga de celo del 13 de agosto de 1976", consistente en el escrupuloso seguimiento de las medidas de seguridad de la OACI.

2. El conflicto (denominado por los controladores aéreos "regulación del tráfico aéreo") de enero de 1981, que obligó a suspender el Congreso de UCD.

3. El conflicto con el Ministro D. Enrique Barón en abril de 1985 y la huelga convocada legalmente y realizada por los controladores aéreos en los meses de noviembre y de diciembre de 1985.

La sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 1988 (RJ 1988/7635) desestimó la demanda ejercitada por los controladores aéreos contra el Ministro al afirmar que no se había vulnerado su derecho al honor.

4. La convocatoria de 26 días de huelga en enero y marzo de 1986.

5. La convocatoria y realización de huelga los días 22 y 29 de agosto y 5 de septiembre de 1987.

6. El "contencioso de Palma". Los retrasos en agosto y la convocatoria final de huelga para los días 27 y 30 de agosto y 3 de septiembre de 1988. Su desconvocatoria el 20 de agosto al llegar a un acuerdo con el Gobierno.

La sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 7 de marzo de 1988 (RJ 1988/2197) desestimó las pretensiones de los controladores que habían motivado el denominado "contencioso Palma".

7. La convocatoria de huelga en Alicante para febrero de 1990, finalmente desconvocada. Las protestas frente a la militarización del control en el aeropuerto de Zaragoza: las convocatorias de huelga para diciembre finalmente desconvocadas.

8. La convocatoria de huelga para el 16 de diciembre de 1991 en protesta por las normas que regulaban la integración de los controladores en AENA, finalmente desconvocada al alcanzarse un acuerdo.

9. La amenaza de los que se denominó por los medios "caos aéreo" por parte de los controladores aéreos en las Olimpiadas de Barcelona 92 y la Exposición Universal de Sevilla del mismo año.

II. ETAPA EN AENA (1992 HASTA LA ACTUALIDAD). LOS CONTROLADORES AÉREOS COMO PERSONAL LABORAL.

1. El trabajo a reglamento de 28 y 29 de mayo de 1998, y de los días 21 y 22 de junio del mismo año, consistentes en negarse a realizar horas extras y cumplir estrictamente su jornada obligatoria de 1.200 horas anuales.

2. La negativa a realizar servicios extraordinarios y limitarse a cumplir la jornada obligatoria de 1.200 horas realizada los días 17, 18 y 19 de agosto de 2002, desconvocada finalmente mediante acuerdo con la Administración el 21 de agosto.

3. La convocatoria de huelga para diversos días de los meses de julio, agosto y septiembre de 2003 contra el proyecto de la Ley de Seguridad Aérea, finalmente desconvocada en junio al aprobarse la citada ley.

Declaraciones del Presidente de USCA publicadas en el Diario El Mundo de 27-12-2003 afirmando que en caso de que no haya un acuerdo "habrá caos aéreo, que no es otra cosa, precisó, que dejar de hacer suplencias y de prolongar las jornadas, en ningún caso nos hemos referido a una huelga".

La sentencia de la Audiencia Nacional de 28 de octubre de 2003 (RJCA 2003/1060) que condenó a AENA y al Ministerio de Fomento en las pretensiones de responsabilidad patrimonial deducidas por los usuarios con ocasión del caos aéreo de la Navidad de 1988 y las vacaciones de 1999.

5. El trabajo a reglamento de los controladores del centro de Torrejón de Ardoz del 3 de enero de 2004, finalizado con el acuerdo de 9 de enero de 2010.

6. Los retrasos en Barajas los días 2 y 3 de enero de 2009 debidos a la baja por enfermedad de siete controladores aéreos.

7. El cierre de la dos pistas en el aeropuerto Madrid-Barajas por falta de controladores aéreos debido a bajas por enfermedad el 23 de julio de 2009, al negarse los controladores a hacer horas extraordinarias.

8. Los retrasos en los vuelos Madrid-Canarias del 27 de diciembre de 2009 ante las bajas de diversos controladores aéreos del aeropuerto de Madrid y la negativa de los restantes a hacer horas extraordinarias.

9. El cierre de la dos pistas en el aeropuerto Madrid-Barajas por falta de controladores aéreos debido a bajas el 1 de enero de 2010, al negarse los controladores a hacer horas extraordinarias.

10. El anuncio por parte de los controladores de que a partir del 1 de abril de 2010 solamente trabajarán su jornada básica y obligatoria de 1.200 horas.»

Sexto.

Desde el 31-12-2004, fecha de vigencia del I Convenio, se han producido sesenta y cinco reuniones entre AENA y USCA, sin que se hayan alcanzado resultados operativos.

El 2-02-2010, ante la imposibilidad de alcanzar acuerdos, AENA rompió las negociaciones con USCA, notificándoselo a los controladores aéreos mediante comunicación, fechada el 5-02-2010, que obra en autos y se tiene por reproducida.

Séptimo.

No consta acreditada la convocatoria de huelga por parte de USCA durante las negociaciones antes dichas, no habiéndose realizado tampoco convocatoria de huelga por ninguna otra organización sindical.

Octavo.

El 4-02-2010 se emitió informe por el Director General de Aviación Civil sobre la problemática situación de AENA en relación con los requisitos en materia de continuidad del servicio, sostenibilidad y rendimiento en materia de costes y productividad, así como la necesidad de implementar medidas urgentes para cumplir los Reglamentos (CE) N.º 550/2004; 2096/2005 y 1070/2009, que obra en autos y se tiene por reproducido. No obstante, sus conclusiones y propuestas fueron las siguientes:

«La situación que se describe plantea un escenario que afecta a la sostenibilidad económica y financiera de Aena y ha hecho incurrir a dicha entidad en un déficit de más de 200 millones de euros en relación con la tasa de aproximación para el año 2010. Además, resulta insostenible una diferencia con la media europea de la tarifa de ruta que actualmente supera el 50% y por tanto coloca a Aena en una situación de virtual incumplimiento del Reglamento (CE) N.º 2096/2005.

A pesar de la decisión de congelar la tarifa unitaria para 2010, y de otras medidas de contención de costes ya acometidas por Aena y que supondrán una reducción de los mismos en 45 millones de euros, la tarifa unitaria de Aena seguirá siendo la más alta del continente lo que indica la gravedad de la situación alcanzada y que requiere la adopción de medidas estructurales de carácter inmediato que permitan a dicha entidad recuperar la senda del equilibrio para cumplir con los objetivos y requerimientos establecidos en los diferentes ámbitos y recuperar para el sistema de transporte aéreo nacional, una estructura de costes competitivos y de alta calidad, tal y como reclama nuestra sociedad.

En definitiva se concluye que la situación de Aena, tal y como describe la propia entidad, es de virtual incumplimiento del Reglamento (CE) N.º 2096/2005, debido a su incapacidad para garantizar la continuidad del servicio y de explotar estos servicios de manera sostenible.

Se trataría de hacer frente a una muy seria amenaza contra el sistema nacional y europeo de transporte aéreo y que requieren una acción correctora urgente.

4. Medidas que cabría plantear para corregir el desequilibrio

La garantía de la seguridad y continuidad en la prestación de servicios de tránsito aéreo, la viabilidad económica de nuestro sistema de navegación aérea en el marco europeo, así como el cumplimiento de los requisitos impuestos por los reglamentos comunitarios sobre Cielo Único Europeo, exigen que se adopten medidas inmediatas y urgentes en relación a la entidad pública Aena así como otras estructurales, en línea con las adoptadas por otros estados de la Unión Europea.

Es necesario que el ente público, en primer lugar, recupere el poder de organización y dirección de su actividad y, en segundo lugar, para que se pueda garantizar la continuidad del servicio hasta que las medidas

estructurales se implanten, que Aena pueda exigir a su personal de control que realice las horas de trabajo que permitan garantizar la continuidad del servicio.

Además de las medidas anteriores, el nuevo marco regulatorio europeo (Cielo Único) y la evolución de los servicios de tránsito aéreo, demandan una reestructuración de nuestro actual sistema de navegación aérea, dotándolo de estabilidad y garantías de futuro, para lo que se requieren medidas estructurales que mejoren la eficiencia y la eficacia del sistema nacional de provisión de servicios de tránsito aéreo reforzando la seguridad operacional del mismo.

Elemento esencial de estas medidas estructurales es la entrada de nuevos proveedores de servicios de control de tránsito aéreo en un número de aeropuertos y la sustitución de los servicios de control en los aeródromos de menor volumen por servicios AFIS lo que debería facilitar que Aena reorganice sus recursos humanos y materiales y garantizar de una manera más eficaz y eficiente la prestación de los servicios de tránsito aéreo en ruta, ámbito en el cual ha acreditado una excelente calificación técnica y que debe conservar en todo caso por su vinculación a la soberanía del Estado.

4.1 Medidas estructurales

4.1.1 Promover la designación de nuevos proveedores de servicios de tránsito aéreo

- El Ministerio de Fomento podrá designar para los aeropuertos que se determine y dentro de bloques específicos de espacio aéreo, proveedores civiles de tránsito aéreo de aeródromo, bien sea AFIS o de control de aeródromo distintos de Aena. Deberán estar debidamente certificados por una Autoridad Nacional de Supervisión de la Unión Europea.

- La designación del proveedor de servicios de tránsito aéreo de aeródromo por el Ministerio de Fomento se hará a propuesta del gestor aeroportuario. La propuesta identificaría el tipo de servicios de tránsito aéreo que solicita para el aeródromo, de acuerdo con sus características técnicas, económicas y la normativa aplicable, así como, en su caso, la empresa o entidad proveedora que propone para su prestación.

- Los servicios de tránsito aéreo de control de área (ruta) y control de aproximación, así como los de información de vuelo, de alerta y de asesoramiento asociados a los volúmenes de espacio aéreo en los que se prestan tales servicios, continuarán prestándose directamente por Aena, como entidad designada para dicha función.

- Adicionalmente las tareas que no fuesen propiamente de tránsito aéreo, como la dirección de plataforma, podrán realizarse directamente por el gestor aeroportuario o encomendarse por éste a los proveedores civiles de servicios de tránsito aéreo de aeródromo.

Esta medida permitiría a Aena concentrar sus controladores en menos centros y dependencias para asegurar la continuidad del servicio con un promedio de horas trabajadas por controlador similar a otros proveedores europeos.

4.1.2 Regular de forma urgente el régimen de derechos y obligaciones de los prestadores de servicios de tránsito aéreo según determina el Reglamento 550/2004

De forma indispensable según determina el citado Reglamento hay que regular el régimen de obligaciones y derechos de los proveedores de servicios que se designarían en sustitución de Aena.

- En general el proveedor civil de servicios de tránsito aéreo designado para un bloque específico de espacio aéreo debería estar obligado a garantizar la prestación segura, eficaz, continuada y sostenible, económica y financieramente, de dichos servicios, que no podrá ser reducida o suspendida sin la previa autorización de la autoridad competente.

- Especial atención habría que otorgar a la obligación de asegurar la adecuada coordinación técnica y operativa con otros proveedores de servicios de tránsito aéreo y la puesta a disposición de dichos proveedores de la información necesaria para identificar los movimientos de las aeronaves en el espacio aéreo bajo su responsabilidad.

- Asimismo habría que reforzar las capacidades exclusivas del proveedor civil de servicios de tránsito aéreo en materia de organización, planificación, dirección, gestión, supervisión y control de la prestación de dichos servicios.

- La importancia que tiene el cumplimiento por el proveedor de la obligación de garantizar la prestación de los servicios de tránsito aéreo de manera segura, eficaz, continuada y económicamente sostenible exige establecer un régimen severo de sanciones por incumplimientos que alcanza no sólo a los proveedores del servicio, sino también a su personal.

4.1.3. Regular los tiempos de actividad y descanso de los controladores civiles de tránsito aéreo

Esta regulación es muy importante e imprescindible tanto por la necesidad de garantizar la prestación segura de los servicios de tránsito aéreo y el necesario descanso de los controladores como por la propia coherencia de la propuesta que se recoge en el apartado 4.1.1.

Convendría como mínimo determinar la duración de la jornada a turnos, así como el número máximo de horas extraordinarias y los tiempos de descanso.

En este sentido se propone tener en cuenta el informe realizado por el Departamento de Infraestructura, Sistemas Aeroespaciales y Aeropuertos de la Universidad Politécnica de Madrid Anejo I cuyo objeto es la comparación de condiciones laborales de provisión de servicios de Control de Tráfico Aéreo (ATC) con otros proveedores comparables a AENA por naturaleza y volumen de servicios, como son, Avinor (Noruega), DFS (Alemania), DSNA (Francia), ENAV (Italia), NATS (Reino Unido), NAV (Portugal), y NAVIAIR (Dinamarca).

4.1.4 Formación de personal de tránsito aéreo

Deberían así mismo contemplarse medidas para facilitar y agilizar la formación de nuevos controladores, incorporando en los planes de formación necesarios las convalidaciones de los conocimientos y experiencia de otro personal técnico aeronáutico tales como pilotos, ingenieros y otros controladores.

4.2 Medidas Transitorias

Para garantizar la seguridad, eficacia, continuidad y sostenibilidad de la prestación de los servicios de tránsito aéreo, y durante el tiempo que se requiera para la efectiva implantación de las medidas previstas en el apartado 4.1.1, parecen indispensables para los controladores al servicio de Aena, medidas transitorias que aseguren la disponibilidad de controladores hasta que las medidas estructurales que se han propuesto anteriormente alcancen su eficacia.

Se propone:

- Restringir el acceso a la Licencia Especial Retribuida.
- Establecer una jornada a turnos que permita garantizar la continuidad del servicio.
- Otras medidas sobre desplazamiento temporal fuera del centro de trabajo habitual, cambiar la jornada por necesidades del servicio y procedimientos más cortos para publicar los turnos y programaciones.

4.3. Otras medidas

Al objeto de lograr la adecuación y la coherencia de los planes de evaluación del rendimiento nacional con los de la Unión Europea se debería establecer una Tasa unitaria objetivo para los siguientes años que estuviesen en el entorno de la media que se prevé para los otros grandes proveedores de servicios de tránsito aéreo europeos. Esta tasa unitaria de navegación aérea se establecería de forma progresiva hasta alcanzar 2013.»

Noveno.

La evaluación del rendimiento de AENA, sostenibilidad, costes y productividad, realizada por la Dirección General de Aviación Civil, es la siguiente:

«La Evaluación del Rendimiento del sistema europeo viene realizándose desde hace ya varios años por la Organización para la Seguridad de la Navegación Aérea, EUROCONTROL, organismo internacional del que España es miembro. La citada Organización dispone de una Comisión especializada (Comisión de Revisión del Rendimiento, PRC) formada por expertos de diferentes estados provenientes de las autoridades nacionales aviación civil, la industria, los aeropuertos, y los proveedores de servicio de navegación aérea encargada de realizar los informes de Evaluación del Rendimiento de los proveedores civiles de navegación aérea europeos.

Estos informes tienen carácter anual si bien se complementan con otros complementarios que permiten deducir la situación de los diferentes proveedores europeos mediante la comparación de resultados (benchmarking).

Como se ha indicado, el establecimiento de objetivos a escala comunitaria se producirá en los próximos meses, una vez se adopte el borrador de reglamento de la Comisión que ya ha presentado y cuya adopción por el Comité Cielo Único se prevé para el próximo mes de marzo. En gran medida los trabajos a escala comunitaria del Esquema de Evaluación del rendimiento se basarán en la gran experiencia acumulada por EUROCONTROL y su

ya mencionada Comisión de Evaluación del Rendimiento PRC. De hecho la Comisión U.E pretende designar a esta PRC como referente y asesor a la hora de desarrollar el esquema comunitario.

La Dirección General ha realizado sobre la base de dichos informes de EUROCONTROL y datos de la evolución de las Tasas aportados por AESA, el "Informe sobre Sostenibilidad y Rendimiento del Sistema de Provisión de Servicios de Navegación Aérea de Aena" que se recoge en el Anejo II, así como la respuesta de Aena a las deficiencias y desviaciones reconocidas en el mismo.

En dicho informe se resumen los aspectos más importantes en materia de "eficiencia económica y productividad" extraídos del último informe de mayo de 2009 publicado por la citada Comisión (ACE 2007 Benchmarking Report), así como los correspondientes a 2008 recientemente avanzados por EUROCONTROL.

La principal conclusión de estos informes en relación con el asunto de la sostenibilidad y la eficiencia del sistema español de Gestión del Tráfico Aéreo (esencialmente Aena), radica en que ponen de manifiesto las IMPORTANTES DIFERENCIAS que nos separan de la media europea, en general y de los cuatro más importantes proveedores de servicios de navegación aérea del continente (Francia, Alemania, Reino Unido, Italia), en particular. En definitiva, la imposibilidad de alcanzar los objetivos de la red europea de gestión del tránsito aéreo y por tanto el virtual incumplimiento del Reglamento (CE) N.º 550/2004, enmendado por el N.º 1070/2009, de no adoptarse de forma urgente medidas que preparen al modelo nacional para alcanzar esos objetivos europeos.

En particular se destacan las siguientes conclusiones del citado informe:

- Los costes totales del sistema español de gestión del tránsito aéreo y comunicaciones, navegación y vigilancia son los más altos de Europa (1.128 millones de euros en 2007), contra 1.086 de la DSNA de francesa o los 838 de la DFS alemana.

- Por hora de vuelo controlada, los costes del sistema español de gestión del tráfico aéreo siguen siendo los más altos de entre los cinco grandes proveedores europeos en materia de coste-eficiencia con 662 euros de Aena, contra 522 del NATS británico, 512 del ENAV italiano, 490 de la DFS alemana, o 443 de la DSNA francesa (la media europea se sitúa en los 474 euros).

Es decir Aena tendría una desviación superior al 50% con respecto a la media europea.

- Los costes por hora trabajada por controlador fueron también en Aena los más elevados con 184 euros, seguida de los 124 de DFS, 97 de la ENAV, y 95 de NATS y 79 de DSNA.

- La productividad de los controladores es además en el caso de Aena de las más bajas al corresponderle un ratio (hora de vuelo/hora por controlador) de 0,55, que se eleva a 0,79 en la DSNA, 0,83 la ENAV, y 0,91 para la DFS correspondiendo la más alta a NATS con 0,95.

El promedio europeo se situaría en un índice 0,78.

- Finalmente señalar que los costes de apoyo (otros costes de provisión de servicio de Aena distintos del control), son los más bajos de los cinco grandes.

Los datos más recientes de 2008 indican además que:

- Aena tiene los costes anuales por empleado de control más altos de los proveedores europeos con 343.000 euros, seguidos de los 231.000 euros de NAVPortugal. La DFS alemana, es la primera más cara de los cinco grandes tras Aena con 158.000 euros.

La diferencia con la media europea se eleva a más de dos veces (139.000 euros).

- Dicho dato referido a hora trabajada por controlador es en Aena de 191 euros o lo que es igual dos veces más alta que la media europea (138 euros en la DFS alemana).

- El número de horas trabajadas por controlador en promedio arroja una cifra próxima a las 1.800 horas, de las cuales una tercera parte como horas extras, contra las 1500-1400 del resto de grandes proveedores europeos esencialmente en jornada normal.

Concluye el Informe de EUROCONTROL sobre la evolución de los costes que "si los costes unitarios de Aena hubiesen evolucionado de igual forma que lo han hecho los de los otros cuatro grandes, el indicador europeo de efectividad de costes para el 2007 se habría reducido en un 12% respecto al del año 2003 y se habría cumplido el objetivo fijado de una reducción de costes del 3%".

A la solicitud de comentarios planteada por esta Dirección General, causas y posibles remedios, Aena ha respondido corroborando la mala situación de la entidad relativa a los costes y tasas de navegación aérea en relación con la media europea y, más concretamente con los datos de eficiencia económica y productividad de sus controladores, que la colocan en seria desventaja con respecto a los otros cuatro grandes proveedores europeos.

Las razones de esta inferior eficiencia económica y productividad, Aena la centra en el elevado coste del servicio de control. Y en particular:

- El elevado déficit crónico de la jornada obligatoria de los controladores que se ha mantenido en las 12:00 horas; la voluntariedad de la jornada adicional, así como de su elevado coste dado que la hora adicional es de 2,65 veces la hora ordinaria y las nuevas necesidades, debidas por un lado al incremento del tráfico y por otro a las generadas mediante "presión" del sindicato USCA utilizando las capacidades de organización y gestión que les otorga el 1 Convenio Colectivo.

- Tanto la negociación de un sistema de "jornada adicional" voluntaria a realizar conforme a una amplia gama de modalidades así como la incorporación de 643 nuevos controladores desde el año 2000, en lugar de contribuir positivamente al correcto dimensionado de las plantillas de las dependencias de acuerdo a la demanda de tráfico, ha generado un incremento en la jornada adicional pasando de 170 horas en 1999 a 600 horas en 2008, deteriorándose los índices de productividad de la plantilla e incrementándose de manera extraordinaria el coste de la jornada adicional pasando a representar en torno al 50% del coste de control.

El impacto sobre la tasa de navegación aérea que repercute los costes de Aena ha sido muy importante y ha supuesto que la correspondiente a "ruta", integrada en el sistema de tarifas europeas de EUROCONTROL basado en el principio de "recuperación de costes", ha tenido que absorber y reflejar esta evolución de los costes de personal, subiendo un 60% entre 2000 y 2003 y un 17,5% entre 2004 y 2009, convirtiéndose así en la más alta de Europa (un 50% más alta que la media europea en 2009).

Las medidas que propone Aena para remediar esta peligrosa situación que amenaza su supervivencia y la viabilidad del sistema español de gestión del tránsito aéreo, pasa por la adopción de medidas estructurales que permitan satisfacer los objetivos europeos para la red es esencial. Para ello de forma más concreta señala:

- Cambio del modelo del marco laboral que permita recuperar la capacidad de organización y gestión del trabajo así como facilitar un nuevo convenio colectivo que asegure una jornada suficiente y obligatoria para garantizar la continuidad en la prestación del servicio; la reducción del plazo anticipado en el que deben publicarse los cuadrantes del trabajo a turnos; la flexibilización de la programación de dicho trabajo; la ubicación de la mayor parte de las vacaciones fuera del periodo de mayor tráfico; la reducción del tiempo de descanso; la modificación de la duración de terminados servicios o la modificación del acceso a la denominada Licencia Especial Retribuida.

Concluye Aena que con este nuevo marco laboral y las medidas anteriores, podrá alcanzar una reducción substancial de los costes de personal, y a través de ella, de la tasa de ruta española continental, pudiéndola situar en 78 euros en 2011 y en 72 euros en 2012, alineándola así con la de los cinco principales proveedores europeos.»

Décimo.

El 5-02-2010 se publicó en el BOE el RDL 1/2010, de 5 de febrero, que fue convalidado por resolución de 11-02-2010 del Congreso de los Diputados, publicada en el BOE de 18-02-2010.

Tras la entrada en vigor de dicha norma se han producido reuniones negociadoras entre AENA y USCA, levantándose actas que obran en autos y se tienen por reproducidas.

Decimoprimer.

El 15-04-2010 se publicó en el BOE la ley 9/2010, de 14 de abril, por la que se regula la prestación de servicios de tránsito aéreo, se establecen obligaciones para los proveedores civiles de dichos servicios y se fijan determinadas condiciones laborales para los controladores civiles de tránsito aéreo.

Decimosegundo.

Tras la entrada en vigor de las normas antes dichas la Agencia Estatal de Seguridad Aérea no ha identificado incidentes concretos reseñables en el tráfico aéreo, subrayándose en su informe que los sucesos de alta severidad registrados en el período 11/2009-03/2010, fueron inferiores a los registrados durante la primavera del año anterior.

Decimotercero.

AENA no ha abonado a sus controladores ningún tipo de indemnización desde la entrada en vigor del RDL 1/2010, de 5 de febrero hasta la fecha.

Decimocuarto.

USCA requirió la intervención de la CIVCA, levantándose Acta que obra en autos y se tiene por reproducida.

Decimoquinto.

El Defensor del Pueblo dictó resolución 22-04-2010, que obra en autos y se tiene por reproducida, en la que desestimó interponer recurso de constitucionalidad frente al RDL 1/2010, de 5 de febrero.

Se han cumplido las previsiones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 9.º 5 y 67 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en relación con lo establecido en los artículos 8.º y 2.º I del Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, compete el conocimiento del proceso a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional.

Segundo.

De conformidad con lo prevenido en el artículo 97.2 del TRLPL los hechos, declarados probados, se han deducido de las pruebas siguientes:

a) Los hechos probados segundo, undécimo, décimo tercero y décimo cuarto inclusive no fueron controvertidos, reputándose conformes, a tenor con lo dispuesto en el art. 87.1 del TRLPL.

b) El primero de los Estatutos de USCA y las certificaciones de su Secretario General que obran en folios 288 a 318, 44 y 206 respectivamente, aportados por USCA y reconocidos de contrario.

c) El tercero de los acuerdos citados que obran en folios 65 a 85 y 87 a 163 de autos, aportados por USCA y reconocidos de contrario, así como del BOE citado que obra en folios 45 a 63 de autos.

d) El cuarto de los acuerdos citados que obran en folios 728 a 936 de autos, aportados por el Abogado del Estado y reconocidos por USCA, así como de los informes de la CECIR que obran en folios 1458 a 1460, aportados por el Abogado del Estado y reconocidos de contrario. El número de controladores, que podrían solicitar la licencia especial se ha deducido del documento que obra en folio 1839 de autos, aportado por el Abogado del Estado y reconocido de contrario. La resolución e instrucciones de la CECIR, así como el Acuerdo del Consejo de Ministros obran en folios 1807 a 1839 de autos, aportados por el Abogado del Estado y reconocidos de contrario.

e) El quinto del libro «El Control Aéreo en España», publicado por USCA, que obra en folios 938 a 1055 de autos y de los documentos, obrantes en folios 1053 a 1353, aportados por el Abogado del Estado y reconocidos de contrario, que reproducen fielmente el itinerario descrito en el relato fáctico.

f) El sexto no fue combatido, en lo que afecta al número de reuniones negociadoras entre las partes, deduciéndose la ruptura de las negociaciones por AENA del documento obrante en folios 164 a 167 de autos, aportado por USCA y reconocido de contrario. La comunicación, remitida por AENA a sus trabajadores, obra en folio 168 de autos, aportada por USCA y reconocida de contrario.

g) El séptimo no fue combatido por la Abogacía del Estado, en lo que se refiere a convocatoria formal de huelga, debiendo remitirnos, a estos efectos, al itinerario de conflictos descrito en el hecho probado quinto.

h) El octavo y noveno del informe del Director General de Aviación Civil que obra en folios 1355 a 1366 de autos, aportado por el Abogado del Estado y reconocido por USCA, así como de las cuentas anuales de AENA que obran en folios 1462 a 1626 de autos, aportadas por el Abogado del Estado y reconocidas de contrario.

i) El décimo es pacífico en lo que afecta a la publicación del RDL, deduciéndose las reuniones citadas de las Actas que obran en folios 1585 a 1623 de autos, aportadas por el Abogado del Estado y reconocidas de contrario.

j) El duodécimo del informe de la Agencia Estatal de Seguridad Aérea que obra en folios 1447 a 1456 de autos, aportado por el Abogado del Estado y reconocido de contrario.

k) El décimo quinto del informe citado que obra en folios 1989 a 1916 de autos, aportado por el Abogado del Estado y reconocido de contrario.

Tercero.

Se impone, por razones sistemáticas, resolver, en primer término, sobre la falta de legitimación activa de don J... M... G... G..., en su calidad de Presidente de USCA, para la formalización del presente conflicto colectivo, puesto que su estimación impediría propiamente el conocimiento del litigio.

El Abogado del Estado propuso dicha excepción, porque USCA es un sindicato asambleario, siendo requisito constitutivo para la interposición de acciones judiciales, que la asamblea de afiliados autorice las acciones pertinentes, oponiéndose USCA, quien defendió que el art. 29 e) de sus Estatutos autorizaba al comité ejecutivo del sindicato para la interposición de conflictos colectivos ante cualquier organismo o jurisdicción, a instancias propias o a requerimiento de las Asambleas Locales, de la Nacional o de la Junta Directiva.

Por consiguiente, habiéndose acreditado, por una parte, que el Comité ejecutivo, cuya presidencia ostenta el señor G... G..., está legitimado para la interposición a su propia instancia de los litigios que estime oportunos, a tenor con lo dispuesto en el art. 29, e) de los Estatutos de USCA, habiéndose probado, en cualquier caso, que la Asamblea de afiliados le autorizó para la interposición del presente conflicto, se desestima la excepción propuesta.

Cuarto.

El Abogado del Estado excepcionó, en segundo lugar, falta de legitimación pasiva del Ministerio de Fomento, puesto que no es empleador de los controladores aéreos, siendo imposible, por consiguiente, que dicho Ministerio pueda satisfacer de ningún modo la pretensión actora, oponiéndose los demandantes, quienes se remitieron, en primer término, a su condición de empleador desde 1989 a 1992, habiendo suscrito, por tanto, los Acuerdos anteriores a esta última fecha, destacando, en segundo término, que AENA depende de dicho Ministerio y subrayando finalmente que corresponde a dicho Ministerio la autoría del RDL, tratándose, en cualquier caso, de parte interesada por una posible ulterior responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios que la modificación y eliminación del convenio ha ocasionado a los controladores aéreos.

La resolución de la excepción está relacionada íntimamente con la pretensión, de manera que, si el Ministerio de Fomento estuviera obligado a satisfacerla de alguna manera, sería obligada su presencia en el procedimiento para garantizar su tutela judicial efectiva, mientras que si no fuera así, su presencia en el litigio carecería de razón de ser.

Por consiguiente, constatado que USCA reclama básicamente que se reponga a los controladores aéreos en los derechos reconocidos por el I Convenio Colectivo suscrito por AENA y USCA, se hace evidente que el Ministerio de Fomento, caso de estimarse esa pretensión, no podría ser condenado jamás en el presente litigio, puesto que no es el empleador de los controladores aéreos, cuya relación laboral se mantiene exclusivamente con AENA, siendo irrelevante, a estos efectos, que el Ente Público AENA esté adscrito a dicho Ministerio, puesto que dicha adscripción no limita de ningún modo su capacidad de obrar, ni le convierte en una empresa interpuesta entre los controladores y el Ministerio, como defiende tácitamente USCA.

Por lo demás, es radicalmente incierto que el Ministerio de Fomento sea el autor del RDL 1/2010, de 5 de febrero, puesto que su autoría corresponde exclusivamente al Gobierno, de conformidad con lo dispuesto en el art. 86.1 CE, debiendo destacarse, por otra parte, que la ley 9/2010, de 5 de abril, decisiva para la resolución del presente litigio, no es tampoco obra del Ministerio de Fomento, correspondiendo su autoría plena a las Cortes Generales, debiendo recordarse, en cualquier caso, a USCA, que este Tribunal no es competente para decidir sobre la legalidad o ilegalidad de las normas antes dichas, no estando legitimado tampoco para resolver sobre su constitucionalidad, puesto que el art. 163 CE deja claro que solo en aquellos procesos, en los que el Tribunal entienda que la ley aplicable al caso, siempre que la validez del fallo dependa de la misma, planteará la cuestión de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, de manera que la presencia del Ministerio de Fomento en el presente litigio carece de cualquier fundamento, puesto que no corresponde a esta Sala pronunciarse de ningún modo sobre los criterios de oportunidad política que se hayan impulsado desde ese Ministerio.

Dicha conclusión no puede enervarse, siquiera, por las eventuales responsabilidades patrimoniales, que podrían deducirse, puesto que dicha opción exigirá, en primer término, que se reclamen en tiempo y forma y que se estime dicha pretensión, tratándose, por tanto, de opciones de futuro que no pueden contemplarse en el presente litigio.

Se impone, por tanto, estimar la excepción de falta de legitimación pasiva del Ministerio de Fomento, alegada por el Abogado del Estado.

Quinto.

El Abogado del Estado excepcionó también falta de acción e inadecuación de procedimiento, en lo que se refiere a la petición, realizada por USCA a este Tribunal, para que se plantee cuestión de constitucionalidad del RDL 1/2010, de 5 de febrero, porque dicha norma está derogada desde el 15-04-2010, de conformidad con la Disposición derogatoria única de la Ley 9/2010, de 14 de abril, no siendo exigible, por consiguiente, que la Sala constate si concurren los requisitos habilitantes, exigidos por el art. 86.1 CE, así como la eventual afectación sobre derechos, deberes y libertades de los ciudadanos, regulados en el Título I CE.

USCA se opuso a dicha excepción, puesto que la derogación del Real Decreto-Ley no impide que el Tribunal Constitucional pueda controlar la constitucionalidad de dicha norma, citando, al efecto, la doctrina del T. Co. en sentencia 68/2007, de 28-03-2007, destacando, a mayor abundamiento, que la misma desplegó todos sus

efectos, defendiendo, por consiguiente, que el Tribunal debe plantear la cuestión de constitucionalidad tanto en lo que se refiere al RDL 1/2010, de 5 de febrero, cuanto en lo que afecta a la ley 9/2010, de 14 de abril, puesto que el fallo depende de la validez de ambas normas.

El art. 163 CE establece una clara obligación para los órganos judiciales, de manera que, cuando un órgano judicial considere en algún proceso que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos.

Dicha obligación constitucional se reitera en el art. 5.º 2 de la ley orgánica 67/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, si bien el apartado tercero del artículo citado la matiza el mandato, cuando establece que procederá el planteamiento de la cuestión de constitucionalidad cuando por vía interpretativa no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional. En la misma dirección, el art. 35.1 de la ley orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, establece que cuando un Juez o Tribunal, de oficio o a instancia de parte, considere que una norma con rango de ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión de constitucionalidad con sujeción a lo dispuesto en dicha ley.

La doctrina constitucional ha señalado en numerosas ocasiones que la cuestión de constitucionalidad no es un medio concedido a los órganos judiciales para la depuración abstracta del ordenamiento jurídico, sino que representa un instrumento procesal puesto a disposición de aquéllos para conciliar la doble obligación de su sometimiento a la ley y a la Constitución, subrayándose que esta configuración explica el carácter de control concreto de constitucionalidad de las leyes que la cuestión promovida por Jueces y Tribunales tiene en nuestro ordenamiento y da sentido tanto a los requisitos que el art. 163 CE y 35 LOTC imponen para la admisión de las cuestiones de constitucionalidad como a la rigurosa e indispensable verificación que el Tribunal Constitucional ha de realizar respecto al adecuado cumplimiento de tales requisitos (por todos, Auto T. Co. 203/1998, de 29 de septiembre).

De este modo el Tribunal Constitucional, estudiando los requisitos exigibles para que se actualice la obligación judicial de plantear cuestión de constitucionalidad, en sentencia 58/2004, EDJ 2004/23381 ha subrayado, apoyándose en su sentencia 173/2002, de 9 de octubre, EDJ 202/44853 que «los órganos jurisdiccionales no pueden fiscalizar las normas postconstitucionales con rango de ley (STC 73/2000, de 14 de marzo, FJ 16 EDJ 2000/3183), dado que el constituyente ha querido sustraer al juez ordinario la posibilidad de inaplicar una ley ante un eventual juicio de incompatibilidad con la Constitución EDL 1978/3879 (STC 17/1981, de 1 de junio, FJ 1 EDJ 1981/17). La depuración del ordenamiento legal, vigente la Constitución, corresponde de forma exclusiva al Tribunal Constitucional, que tiene la competencia y la jurisdicción para declarar, con eficacia erga omnes, la inconstitucionalidad de las leyes, tanto más cuanto en un sistema democrático la ley es expresión de la voluntad popular -como se declara en el Preámbulo de nuestra Constitución- y es principio básico del sistema democrático y parlamentario hoy vigente en España (por todas, SSTC 73/2000, de 14 de marzo, FJ 4 EDJ 2000/3183; 104/2000, de 13 de abril, FJ 8 EDJ 2000/4331; y 120/2000, de 10 de mayo, FJ 3 EDJ 2000/5874)»; señalando a continuación que «forma parte, sin duda, de las garantías consustanciales a todo proceso judicial en nuestro Ordenamiento el que la disposición de ley que, según el juzgador, resulta aplicable en aquél no pueda dejar de serlo, por causa de su posible invalidez, sino a través de la promoción de una cuestión de inconstitucionalidad mediante resolución motivada (art. 163 CE EDL 1978/3879 y con la audiencia previa que prescribe el art. 35 LOTC EDL 1979/3888)», de modo que el hecho de «ignorar estas reglas, constitucionales y legales, supone, en definitiva, no sólo menoscabar la posición ordinal de la ley en nuestro Derecho y soslayar su singular régimen de control, sino privar también al justiciable de las garantías procedimentales (como el de la previa audiencia, a que nos acabamos de referir), sin cuyo respeto y cumplimiento la ley aplicable al caso no puede dejar de ser, en ningún supuesto, inaplicada o preterida».

Así pues, el requisito constitutivo, para que el órgano judicial esté obligado a plantear cuestión de constitucionalidad, es que la norma, cuya constitucionalidad se cuestione, sea determinante para el resultado del litigio, siendo este un criterio reiterado y pacífico en la doctrina constitucional, por todas, sentencia T. Co. 213/2009, subrayándose dicha exigencia en Auto T. Co. 24-04-2001, EDJ 2001/11664, donde se vino a sostener que, "el constituyente ha colocado la vía del enjuiciamiento de la constitucionalidad que ahora nos ocupa en estrecha relación con un proceso en el que la aplicación de la norma cuestionada sea necesaria, hasta el punto de que de su validez dependa el fallo que ha de recaer (AATC 945/1985, 107/1986, 723/1986, 50/1989 y 438/1990)" (ATC 57/1999, de 9 de marzo, FJ 2, y, en el mismo sentido, ATC 293/2000, de 12 de diciembre, FJ 2 EDJ 2000/57901)».

Es verdad que dicha exigencia no precluye, porque la norma cuestionada haya sido derogada posteriormente, pero no es menos cierto que es absolutamente necesario que la norma derogada, cuya constitucionalidad se cuestione, tenga incidencia concreta en el proceso y sea relevante para el resultado del fallo, habiéndose defendido en Auto T. Co. 24-04-2001, EDJ 2001/11664, que «en las cuestiones de inconstitucionalidad los efectos extintivos sobre el objeto del proceso como consecuencia de la derogación o modificación de la norma cuestionada vienen determinados por el hecho de que, tras esa derogación o

modificación, resulte o no aplicable en el proceso a quo y de su validez dependa la decisión a adoptar en el mismo».

En la misma dirección, Auto T. Co. 20-07-2004, EDJ 2004/267194, en donde se sostuvo lo siguiente: «Pues bien, aplicando la anterior doctrina al presente caso, debe afirmarse -en línea con lo mantenido por el Fiscal General del Estado- que de todas las normas cuestionadas por el órgano judicial planteante de la presente cuestión, sólo superan el juicio de relevancia las que se contienen en las Leyes 41/1994, 12/1996, 65/1997 y 49/1998, de presupuestos generales del Estado, respectivamente, para los ejercicios económicos de 1995, 1997, 1998 y 1999, en tanto que sólo ellas eran las aplicables durante el período de tiempo al que se refería la petición sobre devolución de cuotas instada en el proceso a quo (a saber, las cotizaciones por jornadas reales en el Régimen especial agrario satisfechas a la Seguridad Social entre junio de 1995 a diciembre de 1999)».

Con el mismo criterio, el Tribunal Constitucional en sentencia 225/2004, ha defendido que la derogación de una norma no impedirá su control de constitucionalidad, siempre que tenga incidencia concreta sobre el litigio y sea relevante para el fallo, subrayando lo que sigue: «Por último, debe tenerse presente que no padece el objeto del presente proceso constitucional por el hecho de que el precepto cuestionado haya perdido, a la fecha de hoy, su vigencia, pues la Ley 44/1978, de 8 de septiembre EDL 1978/3192, quedó derogada con la entrada en vigor de la Ley 18/1991, de 6 de junio EDL 1991/14012, y ésta, con la aprobación de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre EDL 1998/46061 (en la actualidad, convertida en el Real Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del impuesto sobre la renta de las personas físicas EDL 2004/3112). En este sentido, es nuestra doctrina que en las cuestiones de inconstitucionalidad los efectos extintivos sobre el objeto del proceso como consecuencia de la derogación o modificación de la norma cuestionada vienen determinados por el hecho de que la norma cuestionada, tras esa derogación o modificación, no sólo resulte aplicable en el proceso a quo sino también que de su validez dependa la decisión a adoptar en el mismo (entre muchas, SSTC 111/1983, de 2 de diciembre, FJ 2 EDJ 1983/111; 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 3 EDJ 1987/198; 385/1993, de 23 de diciembre, FJ 2 EDJ 1993/11841; 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 3 EDJ 1999/40189; 276/2000, de 16 de noviembre, FJ 1 EDJ 2000/37195; 37/2002, de 14 de febrero, FJ 3 EDJ 2002/3379; 63/2003, de 27 de marzo, FJ 2 EDJ 2003/6161; 125/2003, de 19 de junio, FJ 2 EDJ 2003/30564; 202/2003, de 17 de noviembre, FJ 1 EDJ 2003/136208; y 37/2004, de 11 de marzo, FJ 1 EDJ 2004/6830). A la luz de la citada jurisprudencia hay que concluir que el presente proceso no ha perdido su objeto, pues el precepto enjuiciado resulta aplicable en los procesos contencioso-administrativos que han originado el planteamiento de las presentes cuestiones de inconstitucionalidad» al igual que el propio T. Co. en su sentencia 128/2009, EDJ 2009/119363, donde se sostuvo que «Esta modificación sobrevenida del precepto cuestionado no determina, sin embargo, la pérdida de objeto de las presentes cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas. Como hemos declarado reiteradamente, "en las cuestiones de inconstitucionalidad los efectos extintivos sobre el objeto del proceso como consecuencia de la derogación o modificación de la norma cuestionada vienen determinados por el hecho de que la norma cuestionada, tras esa derogación o modificación, no sólo resulte aplicable en el proceso a quo sino también que de su validez dependa la decisión a adoptar en el mismo" (por todas, STC 255/2004, de 23 de diciembre, FJ 2 EDJ 2004/196995 y las numerosas resoluciones allí citadas). Pues bien, resulta indudable que, en este caso, el precepto legal cuestionado es de aplicación en los tres procesos que han dado origen a las actuales cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas y que de su validez dependerán las decisiones a adoptar por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, por lo que, conforme a lo señalado, se debe concluir que este proceso constitucional no ha perdido su objeto».

Puede afirmarse, por consiguiente, que la cuestión de constitucionalidad se distingue del recurso de constitucionalidad, por la distinta finalidad de ambas instituciones, como recuerda el T. Co. en sentencia de pleno de 28-03-2007, EDJ 2007/15052, en la que subrayó que la finalidad del segundo, citando su sentencia STC 124/2003, de 19 de junio, FJ 3 EDJ 2003/30566, es que corresponde «en el ámbito del recurso de inconstitucionalidad, recurso abstracto y orientado a la depuración objetiva del ordenamiento, la pérdida sobrevenida de la vigencia del precepto legal impugnado "habrá de ser tenida en cuenta por este Tribunal para apreciar si la misma conlleva... la exclusión de toda la aplicabilidad de la Ley, (pues) si así fuera, no habría sino que reconocer que desapareció, al acabar su vigencia, el objeto de este proceso constitucional que, por sus notas de abstracción y objetividad, no puede hallar su exclusivo sentido en la eventual remoción de las situaciones jurídicas creadas en aplicación de la Ley, acaso inconstitucional (art. 40.1 LOTC EDL 1979/3888)" (STC 199/1987, FJ 3 EDJ 1987/198)», mientras que la cuestión de constitucionalidad está condicionada por la relevancia concreta, que pudiera tener la norma cuestionada en la resolución del litigio concreto.

Sentadas las líneas maestras, exigidas para que esta Sala esté obligada a plantear la constitucionalidad del RDL 1/2010, de 5 de febrero, debe despejarse si dicha norma es determinante para el fallo del presente litigio, debiendo anticiparse una respuesta negativa, porque la pretensión esencial, promovida por USCA, es que se declaren nulos y sin efecto los actos que han privado a los controladores de derechos reconocidos convencionalmente y se les reponga en los derechos contenidos en el I Convenio colectivo y aunque sea cierto que el RDL 1/2010, de 5 de febrero impidió la aplicación del I Convenio colectivo desde el 5-02-2010, no es menos cierto que dejó de impedirlo desde el 15-04-2010, al entrar en vigor la ley 9/2010, de 14 de abril, cuya disposición

derogatoria única derogó el RDL 1/2010, de 5 de febrero, siendo desde ese momento la ley y no el RDL la que bloquea la aplicación del I Convenio Colectivo en sus propios términos.

Dicha conclusión no puede enervarse, aunque el RDL mantuviera su vigencia, desplegando consiguientemente todos sus efectos legales desde el 5-02 al 15-04-2010, puesto que USCA no pidió nada respecto a dicho período, como es de ver por el suplico de la demanda, que precisa claramente su pretensión, pidiéndose genéricamente la reposición de los derechos contenidos en el I Convenio a los controladores, lo que solo sería posible, si este Tribunal tuviera dudas sobre la constitucionalidad de la ley 9/2010, de 14 de abril, que es la norma aplicable desde el 15-04-2010 e impide, por tanto, el pleno disfrute de los derechos contenidos en el I Convenio colectivo, en cuyo caso plantearía la cuestión de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, quien tendría la última palabra sobre la constitucionalidad de dicha norma, pero no habiéndose pedido por USCA que, si la Sala no planteaba cuestión de constitucionalidad contra la ley, planteara cuestión de constitucionalidad sobre el RDL 1/2010, de 5 de febrero, porque impidió el disfrute de los derechos del I Convenio colectivo desde el 5-02 al 15-04-2010, lo que hubiera exigido la introducción de un suplico subsidiario en su demanda, en el que pidiera expresamente dicha pretensión, habiendo tenido ocasión para hacerlo, tanto en el momento de ampliar su demanda, como en el momento de ratificación de su demanda por aplicación del principio de que quien pide lo más pide lo menos, pero no habiéndolo hecho así, no habiéndose ampliado el suplico de la demanda, ni habiéndose pedido, siquiera, en el acto del juicio, debe convenirse con el Abogado del Estado que no hay acción para solicitar, a instancia de parte, que el Tribunal plantee cuestión de constitucionalidad contra el RDL 1/2010, de 5 de febrero, porque dicha norma no es determinante para el resultado del litigio, como exige el art. 163, CE, en relación con el art. 5.º 2 LOPJ y 35.1 LOCT, ya que si se planteara solamente cuestión de constitucionalidad sobre el RDL, sin plantearla, al tiempo, sobre la ley y el Tribunal Constitucional entendiera que el RDL no se ajustó a la Constitución, la única consecuencia sería la reposición de los derechos contenidos en el I Convenio desde el 5-02 al 15-04-2010, pero nunca la reposición genérica, que es lo que se pide en la demanda, entendiéndose por la Sala que no cabe plantearla de oficio por las mismas razones, cumpliéndose, de este modo, con la obligación de razonar los motivos por los que el Tribunal se niega a plantear una cuestión de constitucionalidad en los términos exigidos por la doctrina constitucional, por todas, STC 35/2002, en la que se exige que el Tribunal explique razonadamente por qué no plantea la cuestión de constitucionalidad propuesta en tiempo y forma por alguno de los litigantes.

Se estima, por tanto, que USCA carece de acción para proponer a la Sala el planteamiento de cuestión de constitucionalidad frente al RDL 1/2010, de 5 de febrero, porque dicha norma no determinará el fallo de la presente sentencia, que debe ser congruente con el suplico de la demanda, de conformidad con lo dispuesto en el art. 218.1 LEC, no correspondiendo al Tribunal sustituir las omisiones de los litigantes.

Sexto.

El Abogado del Estado excepcionó, así mismo, inadecuación de procedimiento, porque AENA no había vulnerado lo dispuesto en el art. 41.2 ET, ya que no había modificado unilateralmente condiciones de trabajo colectivas, pactadas en convenio estatutario, habiéndose limitado a cumplir la ley, como no podría ser de otro modo, desistiendo por USCA de dicha pretensión, por lo que no habiéndose producido oposición al desistimiento por parte de la Abogacía del Estado, debe tenerse por desistida a USCA de dicha pretensión, de conformidad con lo dispuesto en el art. 20.2 LEC.

Séptimo.

USCA, admitiendo que las leyes pueden regular con carácter general aspectos de la negociación colectiva, denunció que la Ley 9/2010, de 14 de abril constituía una «ley de caso único» o especial, cuyo objetivo principal es la restricción de derechos legítimos, obtenidos por los controladores aéreos mediante la negociación colectiva, entendiendo que la intervención del legislador incumplió el mandato, establecido en el art. 53.1 CE, de respetar el contenido esencial del derecho a la negociación colectiva, regulado en el art. 37.1 CE, que forma parte del núcleo duro del derecho a la libertad sindical, reconocido en los artículos 7.º y 28.1 CE, que fueron vulnerados directamente por la ley 9/2010, de 14 de abril, puesto que los ha restringido irrazonable y desproporcionadamente al penetrar indiscriminadamente en el contenido de un convenio colectivo estatutario prorrogado legítimamente por los negociadores del convenio, denunciando, así mismo, que la ley antes dicha vulneró también su derecho de huelga, puesto que impide efectivamente su ejercicio, ya que una eventual convocatoria de huelga, que se convoque contra aspectos concretos de la ley, sería declarada ilegal, de conformidad con lo dispuesto en el art. 11 del RDL 17/1977, de 4 de marzo.

El Abogado del Estado se opuso a dicha alegación, subrayando que la ley 9/2010, de 14 de abril no es una ley de caso único, ni se orienta tampoco a restringir derechos legítimos de los controladores, orientándose, por el contrario, a garantizar tanto la continuidad de la prestación de los servicios de tránsito aéreo, como su sostenibilidad económica financiera, destacando, a estos efectos, que se trata de un servicio público esencial para

los intereses generales del país, conectado directamente con el derecho fundamental a la libre circulación, regulado en el art. 19 CE, cuya viabilidad está en serio peligro por la ineficiencia del servicio, al haberse acreditado una serie de importantes deficiencias organizativas y falta de eficiencia económica, que ha obligado a una intervención de los poderes públicos para poner orden en una situación que, de no acometerse inmediatamente impediría el cumplimiento de nuestros compromisos internacionales, exigidos por los Reglamentos 2096/2005/CE y 1070/2009/CE.

Señaló, por otra parte, que dicha intervención se ha orientado, en primer plano, a la liberalización del sector, mediante la designación de nuevos proveedores civiles del servicio de tránsito aéreo, a quienes se exigirá, al igual que a la propia AENA, que garanticen la prestación del servicio, reforzando, para ello, su poder de organización, planificación, dirección, gestión, supervisión y control de la prestación de dichos servicios, que se blindó jurídicamente al convertirlos en indisponibles, estableciendo, a continuación, una serie de requisitos mínimos para garantizar el funcionamiento, que incluye medidas extraordinarias para atender a la situación excepcional, reforzando, por las mismas razones, políticas orientadas a garantizar el cumplimiento de estos objetivos, señalando, por otra parte, que el legislador ha regulado prudentemente aspectos concretos, contenidos en el I Convenio colectivo, porque se acreditó cumplidamente que dichos aspectos habían contribuido decisivamente a causar los problemas organizativos y económicos, que habían llevado a la dramática situación existente, subrayando, a mayor abundamiento, que una buena parte de dichos contenidos eran ilegales, destacando, a estos efectos, que los Acuerdos anteriores y posteriores al convenio no obtuvieron nunca la autorización de la CECIR, que es el requisito constitutivo para su validez.

Defendió, por tanto, que la ley no había desbordado el contenido esencial del derecho a la negociación colectiva, ni el derecho de libertad sindical y huelga de los controladores aéreos en general y de USCA en particular, puesto que se había limitado a regular las medidas imprescindibles para garantizar el funcionamiento del servicio de tránsito aéreo, cuyo desenvolvimiento cabal es esencial para promocionar los intereses generales del país, entendiendo que la intervención del legislador había sido idónea, necesaria y proporcionada, ya que solo se había intervenido en aquellos contenidos del convenio, cuya pervivencia impediría el funcionamiento razonable del sistema, así como el cumplimiento de nuestros compromisos comunitarios.

Octavo.

Centradas de modo sintético las posiciones de los litigantes, debe destacarse que el convenio colectivo es una norma que sólo tiene fuerza vinculante y despliega su eficacia en el campo de juego establecido por la ley, lo que tiene especial incidencia en las relaciones laborales de las Administraciones Públicas, habiéndose pronunciado reiteradamente el Tribunal Constitucional a favor de la limitación en los incrementos salariales que afecten al personal de la Administración Pública, declarando que esta limitación no vulnera el artículo 14 de la Constitución, Sentencias 58/1985 y 63/1986 (RTC 1986/63) precisando, la Sentencia núm. 96/1990, que el límite retributivo del personal de la Administración Pública no vulnera el artículo 14 ni tampoco el 37.1 de la Constitución, añadiendo la Sentencia 210/1990 (RTC 1990/210) que el Convenio Colectivo es una norma que sólo tiene fuerza vinculante y despliega su eficacia en el campo de juego que la Ley señala.

Por esa razón, la jurisprudencia, por todas, sentencia Sala 3.ª TS 21-03-2002, EDJ 2002/4046, estudiando la incidencia de las leyes en los acuerdos colectivos, alcanzados con anterioridad a la vigencia de la ley, ha defendido que la Administración no está vinculada a los convenios suscritos, que contradigan la ley, porque no existe ningún límite legal a la ordenación del gasto, ya que la Ley de Presupuestos es una verdadera ley, superior jerárquicamente al acuerdo, donde se fija la cuantía de las retribuciones de los funcionarios en el ejercicio de la potestad legislativa.

Dicha jurisprudencia se comparte por la jurisprudencia social, que la ha extendido también a las relaciones laborales en las Administraciones Públicas, habiéndose mantenido así en STS 18-01-2000, RJ 2000/950, donde se dijo que «... Aunque la negociación colectiva descansa y se fundamenta en la Constitución (artículo 37.1), de esta misma se deriva la mayor jerarquía de la Ley sobre el convenio, como se desprende de su artículo 7.º, que sujeta a los destinatarios del mismo, sindicatos de trabajadores y organizaciones empresariales, a lo dispuesto en la ley. Como dijo la citada Sentencia 58/1985 (RTC 1985/58), "la integración de los convenios colectivos en el sistema formal de fuentes del Derecho, resultado del principio de unidad del ordenamiento jurídico, supone... el respeto por la norma pactada del derecho necesario establecido por la Ley, que, en razón de la superior posición que ocupa en la jerarquía normativa, puede desplegar una virtualidad limitadora de la negociación colectiva y puede, igualmente, de forma excepcional reservarse para sí determinadas materias que quedan excluidas, por tanto, de la contratación colectiva", reiterándose por STS de 27-10-2004 RJ 2005/737 que "la Administración solo podrá asumir las cargas salariales de los centros concertados hasta la cuantía máxima global fijada en las Leyes de Presupuestos para los módulos concertados. Y que, por consiguiente, las posibles alteraciones salariales que se puedan producir mediante pactos colectivos entre empresas y trabajadores bien para incrementar los conceptos retributivos previstos en la fecha de suscripción del concierto, bien para crear otros nuevos, solo podrán ser asumidas por la Administración si no superan el citado límite legal".

Puede afirmarse, por tanto, que es criterio reiterado y pacífico en la jurisprudencia, por todas, sentencia TS 20-12-2007, RJ 2007/1897, apoyándose en sus propias sentencias de 9 de marzo de 1992 y 16 de febrero de 1999, en la que se proclamó que "la primacía de la Ley en aquellos extremos que tienen carácter inderogable, inalterable e indisponible" y que "en aras del principio de legalidad consagrado en el art. 9.º CE, las normas promulgadas por el Estado, con carácter de derecho necesario, penetran, por imperio de la ley, en la norma paccionada ya creada", lo que permite concluir que el art. 37.1 de la Constitución no se vulnera mecánicamente por la entrada en vigor de una ley que repercuta sobre los convenios colectivos que estén entonces vigentes, aunque la negociación colectiva descansa y se fundamente en la Constitución (art. 37.1), puesto que la mayor jerarquía de la Ley sobre el convenio deriva de la propia Constitución, como se desprende de su art. 7.º, que sujeta a los destinatarios del mismo, sindicatos de trabajadores y organizaciones empresariales, a lo dispuesto en la ley, debiendo recordarse, a estos efectos, la sentencia T. Co 58/1985, en la que se dijo que "... la integración de los convenios colectivos en el sistema formal de fuentes del Derecho, resultado del principio de unidad del ordenamiento jurídico, supone... el respeto por la norma pactada del derecho necesario establecido por la ley, que, en razón de la superior posición que ocupa en la jerarquía normativa, puede desplegar una virtualidad limitadora de la negociación colectiva y puede, igualmente, de forma excepcional reservarse para sí determinadas materias que quedan excluidas, por tanto, de la contratación colectiva". Y añade la misma resolución que "La negociación colectiva no puede entenderse excluyente e inmodificable, pues ello supondría frenar la evolución y el progreso del derecho del trabajo y convertir lo negocial en derecho necesario absoluto y en tantos necesarios como convenios hubiera. No puede aceptarse un debilitamiento de la imperatividad de la ley en favor de lo dispositivo, a menos que la propia ley así lo autorice, flexibilizando sus mandados"».

Así pues, la intervención del legislador en los contenidos de la negociación colectiva no comporta, de ningún modo, una vulneración del principio de autonomía colectiva, consagrado en el art. 37.1 CE, especialmente cuando el empleador es una Administración Pública, que se rige por el principio de legalidad, el cual debe primar sobre la autonomía colectiva, a tenor con lo dispuesto en el art. 103.1 CE, habiéndose destacado por la jurisprudencia STS 9-03-1992, RJ 1992/1629, citando la sentencia T. Co. 11/1981, que no es admisible que «...el derecho a la autonomía colectiva equivalga al reconocimiento "de una bolsa de absoluta y total autonomía", señalando a continuación que "... En ésta, a veces difícil convivencia normativa de ley y convenio, la jurisprudencia ha mantenido la primacía de la ley en aquellos extremos que tiene carácter inderogable, inalterable, e indisponible y, además, ha afirmado que, en aras del principio de legalidad consagrado en el art. 9.º de la Constitución, las normas promulgadas por el Estado, con carácter de derecho necesario penetran, por imperio de la ley, en la norma paccionada ya creada. Así ha ocurrido en el supuesto que nos ocupa, en cuanto la retribución fijada en Convenio Colectivo se ha revelado inferior a la establecida por la norma estatal sobre salario mínimo interprofesional, dictada por el Gobierno en virtud de la habilitación otorgada por el citado art. 27 del Estatuto, y acorde al derecho constitucional (art. 35) de remuneración suficiente al trabajo"».

La jurisprudencia ha precisado, por otra parte, que en la división del trabajo entre el legislador y la negociación colectiva, es totalmente ajustado a derecho que el legislador se reserve espacios concretos, que se regularían normalmente mediante la negociación colectiva, cuando concurren situaciones excepcionales o casos especiales, por todas STS 16-01-2008, RJ 2008/3470, donde se sostuvo que «... La segunda premisa normativa resulta de la aplicación conjunta de varios preceptos legales (señaladamente artículos 3.º 1 ET, 3.º 3 ET y 85.1 ET), que destacan la primacía de las disposiciones legales de derecho necesario (y de las disposiciones reglamentarias dictadas en ejercicio de habilitación legal) sobre las disposiciones de los convenios colectivos. Esta primacía de la Ley sobre el convenio colectivo, que es una exigencia lógica de la posición de este último en el sistema de fuentes como norma "reconocida" que ha de atenerse a las condiciones de la norma legal que la reconoce, se extiende en principio no sólo a las leyes de contenido laboral sino también a todas las disposiciones legales; lo dice así, literalmente, el art. 85.1 ET ("Dentro del respeto a las leyes, los convenios colectivos podrán regular materias de índole económica, laboral, sindical y, en general, cuantas otras afecten a las condiciones de empleo y al ámbito de relaciones de los trabajadores y sus organizaciones representativas con el empresario y las asociaciones empresariales"). La materia de clasificación profesional, a la que se refiere el presente caso, queda incluida dentro de la órbita del principio de primacía de la Ley sobre el convenio colectivo. Mediante el art. 22.1 ET el legislador atribuye competencia a los interlocutores sociales, pero no excluye su propia competencia para intervenir en casos especiales o excepcionales».

Destacar finalmente, que la jurisprudencia, por todas, STS 22-12-2008, RJ 2008/8256 ha estudiado otra de las especialidades, contenidas en las Leyes de Presupuestos, que exigen como requisito constitutivo para la validez de los convenios o acuerdos colectivos suscritos por las Administraciones Públicas, so pena de nulidad de lo acordado, el informe favorable de la CECIR (M.º de Hacienda y M.º Presidencia), subrayando que «... A partir de lo anteriormente expuesto, el artículo 34 de la Ley 30/2005 (RCL 2005/2570 y RCL 2006, 672, 722), de Presupuestos Generales del Estado para el año 2006 -al igual que otras normas habituales, similares en tales leyes presupuestarias- tiene una clara finalidad garantizadora de carácter limitativo, tendente a evitar, que puedan sobrepasarse las retribuciones del personal laboral por la vía de la negociación colectiva, [las cláusulas vulneradoras del límite se sancionan con la nulidad de pleno derecho, según el transcrito artículo 46 L.G.P. (RCL

2003/2753)]. Por ello, y como excepción sometida a esta específica regulación legal, el repetido artículo 34 de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2006, cobijado bajo la rúbrica "Requisitos para la determinación o modificación de retribuciones del personal laboral y no funcionario"; en su ordinal 1 condiciona la determinación o modificación de condiciones retributivas del personal no funcionario (definiendo, concreta y prolijamente lo que debe entenderse por dicha determinación o modificación) a un procedimiento en el que debe constar un informe conjunto y necesariamente favorable de dos Departamentos ministeriales (en el caso concreto Ministerio de Economía y Hacienda y de Administraciones Públicas) sancionando la falta de estos acuerdos con la nulidad de pleno derecho del acuerdo, en su ordinal 4».

En la misma línea, STS 5-03-2008, RJ 2008/3484, que ratificó parcialmente la sentencia de esta Sala de 12-07-2006, AS 2006/1898, en la que se resolvió sobre la incidencia de la ley 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco, en el convenio colectivo de la empresa ALTADIS, admitiéndose de plano la constitucionalidad de la intervención del legislador.

La primacía de la ley sobre el convenio y la incidencia de la misma sobre convenios vigentes, avalada por la doctrina constitucional y la jurisprudencia, se reconocen pacíficamente por la doctrina judicial, por todas, sentencias TSJ Madrid 30-04-2007, AS 2007/230849 y sentencias TSJ Comunidad Valenciana 27-06; 21-07; 13-09-2007, AS 2007/442; 411 y 839 y 10-02-2009, RJ 2009/1424.

Noveno.

USCA, como vimos más arriba, admitió la potestad de intervención general del legislador en determinadas materias concretas de la negociación colectiva, admitiendo, así mismo, ciertas especialidades en la negociación colectiva del personal al servicio de las Administraciones Públicas, especialmente los límites presupuestarios a los incrementos retributivos de los convenios, pero se opuso a la legitimidad constitucional de una intervención legislativa que arrasó los derechos convencionales de los controladores aéreos, porque esa intervención particularizada del legislador rompió irrazonable y desproporcionadamente el mandato del art. 53 CE, que le vincula y le exige respetar el contenido esencial de los derechos fundamentales.

En efecto, el art. 53.1 CE establece que los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del Título I CE vinculan a todos los poderes públicos y solo por ley, que en todo caso, deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el art. 161.1 a) CE.

El contenido esencial, predicado por la Constitución, traza un límite infranqueable al legislador, que la doctrina constitucional ha denominado «límite de los límites», predicada para cada uno de los derechos fundamentales individualmente considerado, designándose, al tiempo, el contenido mínimo, necesario e indisponible de cada derecho, lo que nos conduce a la cuestión clave de este litigio, que no es otra que la identificación concreta del contenido esencial de los derechos fundamentales, cuya vulneración por la ley 9/2010, de 14 de abril se denuncia por USCA.

El Tribunal Constitucional avanzó en su sentencia 11/1981, refiriéndose al derecho de huelga, dos procedimientos orientados a identificar en qué consiste el contenido esencial de los derechos fundamentales, precisando lo siguiente: «Para tratar de aproximarse de algún modo a la idea de "contenido esencial"; que en el art. 53 CE se refiere a la totalidad de los derechos fundamentales y que puede referirse a cualesquiera derechos subjetivos, sean o no constitucionales, cabe seguir dos caminos. El primero es tratar de acudir a lo que se suele llamar la naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho. Según esta idea hay que tratar de establecer una relación entre el lenguaje que utilizan las disposiciones normativas y lo que algunos autores han llamado el metalenguaje o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y, en general, los especialistas en Derecho. Muchas veces el "nomen" y el alcance de un derecho subjetivo son previos al momento en que tal derecho resulta recogido y regulado por un legislador concreto. El tipo abstracto del derecho preexiste conceptualmente al momento legislativo y en este sentido se puede hablar de una reconocibilidad de ese tipo abstracto en la regulación concreta.

Los especialistas en Derecho pueden responder si lo que el legislador ha regulado se ajusta o no a lo que generalmente se entiende por un derecho de tal tipo. Constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose, por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales.

El segundo posible camino para definir el contenido esencial de un derecho consiste en tratar de buscar lo que una importante tradición ha llamado los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos. Se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este

modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección.

Los dos caminos propuestos para tratar de definir lo que puede entenderse por "contenido esencial" de un derecho subjetivo no son alternativos, ni menos todavía antitéticos, sino que, por el contrario, se pueden considerar como complementarios, de modo que, al enfrentarse con la determinación del contenido esencial de cada concreto derecho pueden ser conjuntamente utilizados para contrastar los resultados a los que por una u otra vía pueda llegarse. De este modo, en nuestro caso lo que habrá que decidir es la medida en que la normativa contenida en el RDL 17/1977 permite que las situaciones de derecho que allí se regulan puedan ser reconocidas como un derecho de huelga en el sentido que actualmente se atribuye con carácter general a esta expresión, decidiendo al mismo tiempo si con las normas en cuestión se garantiza suficientemente la debida protección de los intereses que a través del otorgamiento de un derecho de huelga se trata de satisfacer».

Conviene precisar que el término «intereses legítimamente protegidos», citado en la sentencia antes dicha, es equiparable esencialmente a «bienes» o «valores», haciéndose referencia, en ambos casos, a la finalidad perseguida por el ordenamiento jurídico, entendiéndose que la idea de contenido esencial designa aquello, sea cual fuere su grado de determinación constitucional, que resulta intangible para el legislador, aun cuando existen márgenes concretos para que las diferentes mayorías parlamentarias desarrollen sus políticas relacionadas con los derechos fundamentales, debiendo destacarse finalmente que la imagen de la cultura jurídica y la garantía de funcionamiento efectivo de la institución, desarrollada por la doctrina constitucional, para asegurar el contenido esencial de los derechos fundamentales, son muy similares a los establecidos para determinar el contenido de las garantías institucionales.

Ahora bien, ningún derecho fundamental es absoluto, o dicho de otro modo, todos los derechos son limitados, de manera que todos los derechos fundamentales quedan limitados por la necesidad de hacerlos compatibles con los demás derechos y bienes jurídicos protegidos por la Constitución, lo que obliga a considerar que toda intervención legislativa obliga a la búsqueda de soluciones para la colisión entre derechos y bienes jurídicos de rango constitucional, lo que exigirá necesariamente un ejercicio de ponderación, existiendo un consenso generalizado de que la restricción de derechos fundamentales debe apoyarse en la propia Constitución, siendo insuficiente su apoyo en simples intereses apreciados por la mayoría parlamentaria correspondiente, manteniéndose ese mismo criterio en el Convenio Europeo de Derechos Humanos que utiliza reiteradamente la conocida cláusula de «medidas necesarias en una sociedad democrática, mediante la cual la restricción de los derechos proclamados solo puede hacerse para salvaguardar determinados valores (seguridad pública, salud, imparcialidad judicial, etc.)», exigiéndose, por tanto, para la restricción de derechos fundamentales la concurrencia con un interés crucial para la comunidad, que no basta invocar, siendo necesario, por el contrario, que concurra en la realidad, exigiéndose, además, la necesidad de protegerlo frente al derecho fundamental con tal intensidad que justifique la restricción del derecho fundamental.

La ponderación entre los intereses en juego se apoyará necesariamente en el principio de proporcionalidad, que es la herramienta utilizada para despejar si los actos, que restringen los derechos fundamentales han respetado los límites establecidos por la propia Constitución, siendo exigible, para ello, superar un triple test: 1) Que la intervención sea adecuada para alcanzar el fin que se propone. 2) Que la intervención sea necesaria, de modo que no quepa otra alternativa menos gravosa. 3) Que sea proporcionada en sentido estricto, entendiéndose como tal, que no suponga un sacrificio excesivo del derecho o interés sobre el que se produce la restricción del derecho. Este último requisito es el central, puesto que el principio de proporcionalidad y el contenido esencial no son dos modos de designar la misma cosa, habiéndose entendido por la doctrina científica que el respeto por el contenido esencial coincide esencialmente con el tercero de los requisitos comentados anteriormente, de manera que no basta que la intervención del legislador sea adecuada y necesaria, sino que es obligado que supere razonablemente el juicio de proporcionalidad.

Décimo.

Identificadas las líneas maestras, establecidas por la doctrina constitucional, sobre el contenido esencial de los derechos fundamentales, así como las técnicas exigidas para su restricción legítima, deben precisarse a continuación los contenidos esenciales de los derechos, que USCA entiende desbordados por la ley 9/2010, de 14 de abril.

Debe destacarse, en primer término, que la doctrina constitucional, por todas, sentencia T. Co. 222/2005, ha sentado que el derecho a la negociación colectiva, regulado en el art. 37.1 CE no constituye por sí mismo un derecho fundamental, tratándose, por el contrario, de una garantía institucional, afirmándose que «"el derecho de negociación colectiva no constituye de por sí y aisladamente considerado un derecho fundamental tutelable en amparo, dada su sede sistemática en la Constitución, al no estar incluido en la sección 1 del capítulo 2 del título I [arts. 14 a 28 CE (RCL 1978/2836): SSTC 118/1983, de 13 de diciembre (RTC 1983/118), F. 3; 45/1984, de 27 de marzo (RTC 1984/45), F. 1; 98/1985, de 29 de julio (RTC 1985/98), F. 3; 208/1993, de 28 de junio (RTC 1993/208), F. 2]. Pero cuando se trata del derecho de negociación colectiva de los sindicatos se integra en el de

libertad sindical, como una de sus facultades de acción sindical, y como contenido de dicha libertad, en los términos en que tal facultad de negociación les sea otorgada por la normativa vigente" [STC 80/2000, de 27 de marzo (RTC 2000/80), F. 5]».

Centrándonos en el contenido esencial del derecho a la libertad sindical, debe recordarse que el T. Co. en sentencia 281/2005 ha sintetizado sus líneas de fuerza, destacando lo siguiente: «Aun cuando del tenor literal del art. 28.1 CE EDL 1978/3879 pudiera deducirse la restricción del contenido de la libertad sindical a una vertiente exclusivamente organizativa o asociativa, este Tribunal ha declarado reiteradamente, en virtud de una interpretación sistemática de los arts. 7.º y 28 CE, efectuada según el canon hermenéutico del art. 10.2 CE EDL 1978/3879, que llama a los textos internacionales ratificados por España -en este caso, Convenios de la Organización Internacional del Trabajo núms. 87 y 98, señaladamente-, que la enumeración de derechos efectuada en el primeramente referido precepto constitucional no se realiza con el carácter de numerus clausus, sino que en el contenido de dicho precepto se integra también la vertiente funcional, es decir, el derecho de los sindicatos a ejercer aquellas actividades dirigidas a la defensa, protección y promoción de los intereses de los trabajadores; en suma, a desplegar los medios de acción necesarios para que puedan cumplir las funciones que constitucionalmente les corresponden (por todas, SSTC 94/1995, de 19 de junio, FJ 2 EDJ 1995/2615; 308/2000, de 18 de diciembre, FJ 6 EDJ 2000/46409; 185/2003, de 27 de octubre, FJ 6 EDJ 2003/136207, y 198/2004, de 15 de noviembre, FJ 5 EDJ 2004/174070). Las anteriores expresiones del derecho fundamental (organizativas o asociativas y funcionales o de actividad) constituyen su núcleo mínimo e indisponible, el contenido esencial de la libertad sindical. En particular, en coherencia con la vertiente funcional del derecho, la Ley Orgánica de Libertad Sindical (LOLS) EDL 1985/9019 establece que la libertad sindical comprende el derecho a la actividad sindical [art. 2.º 1 d) EDL 1985/9019] y, de otra parte, que las organizaciones sindicales, en el ejercicio de su libertad sindical, tienen derecho a desarrollar actividades sindicales en la empresa o fuera de ella [art. 2.º 2 d) EDL 1985/9019].

Junto a los anteriores los sindicatos pueden ostentar derechos o facultades adicionales, atribuidos por normas legales o por convenios colectivos, que se añaden a aquel núcleo mínimo e indisponible de la libertad sindical. Así el derecho fundamental se integra, no sólo por su contenido esencial, sino también por ese contenido adicional y promocional, de modo que los actos contrarios a este último son también susceptibles de infringir el art. 28.1 CE EDL 1978/3879 (entre tantas otras, por ejemplo, SSTC 173/1992, de 29 de octubre, FJ 3 EDJ 1992/10586; 164/1993, de 18 de mayo, FJ 3 EDJ 1993/4695; 1/1994, de 17 de enero, FJ 4 EDJ 1994/154; 13/1997, de 27 de enero, FJ 3 EDJ 1997/45, o 36/2004, de 8 de marzo, FJ 3 EDJ 2004/6831). Estos derechos adicionales, en la medida que sobrepasan el contenido esencial que ha de ser garantizado a todos los sindicatos, son de creación infraconstitucional y deben ser ejercitados en el marco de su regulación, pudiendo ser alterados o suprimidos por la norma legal o convencional que los establece, no estando su configuración sometida a más límite que el de no vulnerar el contenido esencial del derecho de libertad sindical (SSTC 201/1999, de 8 de noviembre, FJ 4 EDJ 1999/34729; y 44/2004, de 23 de marzo, FJ 3 EDJ 2004/10851).

El contenido del derecho no se agota en ese doble plano, esencial y adicional de fuente legal o convencional, dado que pueden también existir derechos sindicalmente caracterizados que tengan su fuente de asignación en una concesión unilateral del empresario (SSTC 132/2000, de 16 de mayo EDJ 2000/11404, y 269/2000, de 13 de noviembre EDJ 2000/37188). En estos casos, a diferencia de lo que ocurre con el contenido adicional de fuente legal o convencional, que resulta indisponible para el empresario, éste podrá suprimir las mejoras o derechos de esa naturaleza que previamente haya concedido. Ello no implica, sin embargo, que las decisiones empresariales de ese estilo (supresión de concesiones unilaterales previas que incrementen los derechos y facultades de las organizaciones sindicales) resulten ajenas a todo control constitucional desde la perspectiva del art. 28.1 CE EDL 1978/3879, puesto que (como dicen aquellos pronunciamientos constitucionales) también la voluntad empresarial se encuentra limitada por el derecho fundamental de libertad sindical, de manera que la posibilidad de invalidación de lo previamente concedido tendrá su límite en que no se verifique la supresión con una motivación antisindical (STC 269/2000, de 13 de noviembre, FJ 5 EDJ 2000/57878).

Como es obvio el contenido adicional del derecho fundamental, ya sea de fuente legal o convencional, ya tenga origen en una atribución unilateral del empresario, puede añadir prerrogativas y poderes sindicales distintos a los comprendidos en el contenido esencial del art. 28.1 CE EDL 1978/3879, pero puede también quedar referido a los derechos y facultades que integran ese núcleo mínimo e indisponible del derecho fundamental, articulando, más que nuevos derechos sindicales, ventajas y posibilidades complementarias, esto es, precondiciones para un ejercicio efectivo e instrumentos de acción positiva para el favorecimiento y la mayor intensidad de los derechos que integran el contenido esencial de atribución constitucional directa.

Lo que significa que la libertad de las organizaciones sindicales para organizarse a través de los instrumentos de actuación que consideren más adecuados podrá venir acompañada y favorecida por cargas y obligaciones de terceros, como el empresario, dirigidas a una efectividad promocional de los derechos y facultades que forman parte del contenido esencial de la libertad sindical. En definitiva, las organizaciones sindicales tienen derecho a que el empresario asuma las obligaciones y cargas que las normas legales o pactadas o sus previos actos le impongan para promocionar la eficacia del derecho de libertad sindical en la empresa (contenido adicional), aunque, conforme a lo dicho, al mismo tiempo, no pueden demandar actos positivos de esa naturaleza

promocional si no existe una fuente generadora de tal obligación. Claro que (y este elemento resultará decisivo en el presente caso) no puede confundirse la ausencia de una obligación promocional que grave al empresario fuera de aquellos ámbitos con la posibilidad de que éste adopte decisiones de carácter meramente negativo, disuasorias o impeditivas del desarrollo del derecho, dirigidas únicamente a entorpecer su efectividad».

Puede concluirse, por tanto, que el derecho a la negociación colectiva forma parte del contenido esencial del derecho a la libertad sindical en su vertiente funcional, porque la negociación colectiva es un medio necesario para el ejercicio de la acción sindical que reconocen los arts. 7.º y 28.1 y porque la libertad sindical comprende inexcusablemente también aquellos medios de acción sindical (entre ellos la negociación colectiva) que contribuyen a que el sindicato pueda desenvolver la actividad a la que está llamado por la Constitución, habiéndose entendido así por la doctrina constitucional, en la que se ha defendido que la libertad sindical se integra por los derechos de actividad y los medios de acción que, por contribuir de forma primordial a que el sindicato pueda desarrollar las funciones a las que es llamado por el art. 7.º CE EDL 1978/3879, constituyen el núcleo mínimo e indispensable de la libertad sindical (SSTC 11/1981, de 8 de abril EDJ 1981/11, 37/1983, de 11 de mayo EDJ 1983/37, 95/1985, de 29 de julio EDJ 1985/95, 9/1988, de 25 de enero, FJ 2 EDJ 1988/325, 51/1988, de 22 de marzo EDJ 1988/367, FJ 5, y 127/1989, de 13 de julio, FJ 3 EDJ 1989/7235). Entre estos derechos de actividad y medios de acción este Tribunal ha venido incluyendo el derecho a la negociación colectiva (SSTC 4/1983, de 28 de enero EDJ 1983/4, 12/1983, de 22 de febrero EDJ 1983/12, 37/1983, de 11 de mayo EDJ 1983/37, 59/1983, de 6 de julio EDJ 1983/59, 74/1983, de 30 de julio EDJ 1983/74, 118/1983, de 13 de diciembre EDJ 1983/118, 45/1984, de 27 de marzo EDJ 1984/45, 73/1984, de 27 de junio EDJ 1984/73, 39/1986, de 31 de marzo EDJ 1986/39, 104/1987, de 17 de junio EDJ 1987/104, 124/1988, de 23 de junio, FJ 5 EDJ 1988/440, 75/1992, de 14 de mayo EDJ 1992/4795, 164/1993, de 18 de mayo EDJ 1993/2006, 134/1994, de 9 de mayo EDJ 1994/4107, 95/1996, de 29 de mayo, 80/2000, de 27 de marzo EDJ 2000/3842 y 121/2001, EDJ 2001/11105).

Debe señalarse, por otro lado, que el contenido esencial propio de la negociación colectiva integra propiamente cinco facultades: la de negociación; la de elección del nivel de negociación; la de selección de los contenidos negociables; la de fuerza vinculante del convenio y la de administración de lo pactado, habiéndose entendido por la doctrina científica que este conjunto de facultades define el espacio constitucional de la negociación colectiva y también debe ser inmune a las injerencias e intromisiones públicas frente a la autonomía colectiva.

Finalizamos con el contenido esencial del derecho de huelga, destacando que el art. 28.2 CE, como destacaron las sentencias T. Co. 13-2-1995 (RTC 1995/40), que a su vez remite a la trascendente Sentencia TC 11/1981 (RTC 1981/11), introduce en nuestro ordenamiento la proclamación de la huelga como derecho subjetivo y de carácter fundamental cuyo contenido esencial consiste en la cesación del trabajo, en cualquiera de las manifestaciones o modalidades que puede revestir. Derecho éste coherente con la idea del Estado social y democrático de Derecho establecido en el art. 1.º 1 CE que entre otras significaciones tiene la de legitimar medios de defensa a los intereses de grupos de la población socialmente dependientes (fundamento jurídico 9.º).

Ahora bien, señala dicha Sentencia, el derecho de huelga es como todos un derecho limitado, y también es un derecho que admite y precisa una regulación legal. En efecto, «la Constitución, lo que hace es reconocer el derecho de huelga, consagrarlo como tal derecho, otorgarle rango constitucional y atribuirle las necesarias garantías. Corresponde, por ello al legislador ordinario, que es el representante en cada momento de la soberanía popular, confeccionar una regulación de las condiciones de ejercicio del derecho, que serán más o menos restrictivos o abiertos de acuerdo con las directrices políticas que le impulsen, siempre que no pase más allá de los límites impuestos por las normas constitucionales concretas y del límite genérico del art. 53», no importando, pues, a efectos de juzgar su constitucionalidad, si la regulación del derecho es restrictiva sino si sobrepasa o no su contenido esencial [STC 11/1981 (RTC 1981/11), fundamento jurídico 7.º]. Además, como también se afirmó en el mismo lugar, «el reconocimiento del derecho de huelga no tiene por qué entrañar necesariamente el de todas las formas y modalidades, el de todas las posibles finalidades pretendidas y menos aún el de todas las clases de acción directa de los trabajadores».

En concreto, la norma que regula actualmente el ejercicio del derecho de huelga -el Real Decreto-Ley 17/1977, de Relaciones de Trabajo- excluye que un fin lícito de la huelga pueda ser el de alterar, durante su vigencia, lo acordado en un Convenio Colectivo [art. 11 c) RD Ley 17/1977], limitación ésta que no puede considerarse contraria al derecho de huelga, como se afirmó en la citada STC 11/1981 (fundamento jurídico 14) que confirmó la constitucionalidad del mencionado art. 11 c), aun matizando que «nada impide la huelga durante el período de vigencia del Convenio Colectivo cuando la finalidad de la huelga no sea estrictamente la de alterar el Convenio, como puede ser reclamar una interpretación del mismo o exigir reivindicaciones que no impliquen modificación del Convenio», pudiendo también plantearse una huelga en aquellos casos de incumplimiento del Convenio por parte del empresario y en aquellos otros en los que sea aplicable la llamada cláusula rebus sic stantibus.

La mentada STC de 13-2-1995, continúa exponiendo que, siendo por lo tanto constitucional la limitación del ejercicio de la huelga contenida en el art. 11 c) Real Decreto-Ley 17/1977, que considera ilícita en cuanto a sus fines aquella que persiga la modificación de un Convenio Colectivo en vigor, es preciso señalar ahora que la

determinación de cuándo un Convenio colectivo está efectivamente en vigor o, por el contrario, no lo está, constituye una cuestión de legalidad (art. 117.3 CE) que compete por tanto discernir a los órganos judiciales ordinarios. Pero además, también debe entenderse como materia de la competencia de los mismos la identificación del verdadero fin de una huelga, puesto que éste puede no coincidir con el que se hace constar en el texto del preaviso y en tal caso habrá de ser determinado no sólo a través del propio texto, sino también mediante los demás datos concurrentes en la huelga.

Por su parte el Tribunal Supremo, en Sentencias como la de fecha 3-4-1991 (RJ 1991/3248) ha puesto de manifiesto la amplitud con que nuestro Ordenamiento Jurídico concibe el derecho de huelga, pues no sólo es un medio extremo de lucha social para alcanzar el objetivo perseguido por los trabajadores en la negociación colectiva, sino que es lícita y sirve, también, para aquellos supuestos en que, vigente el Convenio Colectivo, se producen incumplimientos patronales ex-convenio, o cambios absolutos y radicales de circunstancias, que permitan aplicar la cláusula «rebus sic-stantibus» -Fundamento de derecho 14 de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981-, sin que tal derecho fundamental desaparezca ante la posibilidad del trabajador de acudir, a otros medios pacíficos -proceso, mediación o arbitraje de solución de conflictos-, pues ello supondría vaciar de contenido el derecho de huelga.

En el mismo sentido, la STS de 14-2-1990 (RJ 1990/1088) defiende que el derecho de huelga que diseña el art. 28.1 de la Constitución no se corresponde con el modelo llamado «contractual», en el que sólo se legitiman aquellas que tengan por objeto defender los intereses de los trabajadores en cuanto se proyecten sobre la negociación colectiva, presionando sobre la misma; ello se desprende de la referida Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981; y por tanto no limita su válido ejercicio a dicha finalidad puesto que existen intereses de los trabajadores que se manifiestan en áreas distintas a la negociación colectiva, que son igualmente susceptibles de defensa y protección mediante el recurso a la huelga; y es que el citado art. 28.1 de la Constitución sitúa el modelo de huelga en el llamado «profesional» al residenciar la lícita finalidad del ejercicio del derecho en la defensa de los intereses de los trabajadores. En consecuencia, la huelga que tenga por finalidad la defensa de tales intereses ha de reputarse en principio como legal.

El Tribunal Constitucional ha admitido también en sentencias 183/2006, 191/2006 y 193, 2006, fechadas todas en el 19 de junio y relacionadas con convocatorias de huelga general, que las mismas podían relacionarse con el interés profesional de los trabajadores, subrayando que «... atendiendo a las reivindicaciones por las que se convocó se trataba de una huelga lícita, de conformidad con los criterios sentados al respecto por este Tribunal, de acuerdo con los cuales los intereses defendidos durante la huelga no tienen por qué ser necesariamente los intereses de los huelguistas, sino los intereses de la categoría de los trabajadores».

En cualquier caso, el problema central que plantea el derecho de huelga se relaciona con su propia configuración o, lo que es igual, con sus límites internos, puesto que el art. 28.2 CE ordena asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad, habiéndose entendido por la doctrina constitucional en sentencias 26/1981, 53/1986, 8/1992 y 183/2006 entre otras, que la noción de servicios esenciales es material, de manera que no puede identificarse mecánicamente con servicios públicos, ni menos aún, con aquéllos prestados por la Administración, ya que ni todos los servicios públicos son esenciales, ni los servicios prestados por particulares quedan excluidos necesariamente del carácter esencial. Se ha entendido, por tanto, que el servicio esencial, a efectos del art. 28.2 CE, es toda actividad, pública o privada, de prestación de servicios al público, cuya interrupción puede ocasionar graves perjuicios, sobre todos los bienes constitucionalmente protegidos, como la vida, la salud, la propiedad, las comunicaciones, la libre circulación etc.

Undécimo.

USCA denunció también que la ley 9/2010, de 14 de abril era una «ley de caso único»; cuya finalidad era privar de derechos, reconocidos legítimamente en convenio colectivo estatutario prorrogado, al haberse elegido al colectivo concreto de los controladores aéreos para restringirles contenidos básicos de la negociación colectiva, aunque su denuncia se orientó, como hemos visto en los fundamentos precedentes, a la vulneración del contenido esencial del derecho de libertad sindical, así como los derechos de negociación colectiva y huelga, no habiendo mencionado en ningún caso la vulneración del derecho de igualdad ante la ley, ni tampoco la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

Conviene destacar, a estos efectos, que resulta extremadamente problemática y, en la práctica es muy poco frecuente, la restricción de derechos concretos llevada a cabo por la ley, siendo mucho más habitual que se produzca mediante decisiones administrativas e, incluso, por decisiones judiciales. Es así, porque dicha actuación del legislador colisiona con las llamadas «leyes de caso único», entendiéndose como tales aquellas en las que el legislador impide la aplicación de un derecho o derechos fundamentales en un caso concreto, puesto que si la restricción o restricciones del derecho fuera subsumible en su contenido esencial, tropezaría con obstáculos relativos a la igualdad ante la ley y sobre todo con la tutela judicial efectiva.

Ya vimos más arriba, que el Abogado del Estado negó que la norma controvertida fuera una ley de caso único y menos una ley contra los controladores, extremos con los que coincide la Sala, como se razonará más

adelante, debiendo recordarse, en todo caso, que el ejercicio de los derechos de libertad sindical, negociación colectiva y huelga, al igual que cualquier otro derecho fundamental, especialmente el de igualdad ante la ley, debe ejercitarse en la legalidad, siendo criterio reiterado y pacífico en la doctrina constitucional, por todos, Autos T. Co. 12/2003 RTC 2003/2 y 423/2004, RTC 2004/423, que el «derecho de igualdad ante la ley no significa un imposible derecho de igualdad en la ilegalidad, de manera que en ningún caso aquel a quien se aplica la Ley puede considerar violado el citado principio constitucional por el hecho de que Ley no se aplique a otros que asimismo la han incumplido».

Dicha doctrina ha sido asumida pacíficamente por la jurisprudencia, por todas, STS 4-02-1992, RJ 1992/907 y por la doctrina judicial, por todas, sentencias línea TSJ Tenerife 27-07-2007, AS 2008/525; TSJ Madrid 28-03-2007, AS 2007/1660; Tenerife 7-03-2005, AS 2005/773; TSJ Cataluña 8-02-2002, AS 2002/1407 y TSJ Madrid 7-06-2005, AS 2005/1527, donde vino a sostenerse que «En primer lugar, como señala la doctrina constitucional invocada por la parte recurrente, no puede admitirse que exista discriminación en el despido por el hecho de que el demandante no haya sido objeto del mismo trato que otros trabajadores que se encontraban en iguales circunstancias, respecto de su participación en los hechos que lo motivaron, tal y como recuerda el Auto del Tribunal Constitucional, 12/2003, de 20 de enero (RTC 2003/12 AUTO), con cita de la STC 21/1992, de 14 de febrero (RTC 1992/21), cuando dice que "el principio de igualdad ante la Ley no significa un imposible derecho a la igualdad en la ilegalidad, de manera que en ningún caso aquel a quien se aplica la Ley puede considerar violado el citado principio constitucional por el hecho de que la Ley no se aplique a otros que asimismo la han incumplido". Y es evidente que el hecho de que, al exclusivo juicio de quien recurre, se dieran en otros compañeros las circunstancias que en ella concurrían no convierte en ilícito por discriminatorio». En este mismo sentido, el Auto del citado Tribunal, 423/2004 (RTC 2004/423 AUTO), de 4 de noviembre, señala que «resulta igualmente inadmisibles la alegación de los recurrentes relativa a la lesión del derecho a la igualdad (art. 14 CE), pues como acertadamente pone de relieve el Ministerio Fiscal en sus alegaciones, los recurrentes no ofrecen ningún término válido de comparación, sino que se limitan a referirse a la desigualdad entre trabajadores despedidos y no despedidos, olvidando que la vulneración del art. 14 CE existirá, en su caso, no por ser o no despedidos distintos trabajadores, sino porque la causa aducida para resolver el contrato laboral sea o no discriminatoria».

Por lo demás, la doctrina constitucional ha admitido la regulación específica de leyes, que afecten a sectores concretos, aunque puedan concurrir restricciones de derechos, que respeten en todo caso su contenido esencial, cuando concurren circunstancias excepcionales, que pongan en peligro otros bienes y derechos protegidos constitucionalmente, por todas, STC 166/1986, EDJ 1986/166, habiéndose mantenido el mismo criterio por la jurisprudencia, por todas, STS 16-01-2008, RJ 2008/3470, donde se sostuvo el hecho de que el legislador encomiende la regulación de determinadas materias a la negociación colectiva, como sucede en el supuesto regulado en el art. 22.1 ET, no impide ni excluye su propia competencia para intervenir en casos especiales o excepcionales.

Duodécimo.

La prestación de servicios de tránsito aéreo constituye un servicio público esencial de prestación al público, cuya interrupción puede ocasionar graves perjuicios sobre bienes jurídicamente protegidos, como el derecho a la libre circulación, regulado en el art. 19 CE, así como para la economía nacional, muy vinculada, como es notorio, a la industria del turismo, pudiendo afirmarse consecuentemente que la garantía de la seguridad y continuidad de servicios de tránsito aéreo, la viabilidad económica de nuestro sistema de navegación aérea en el marco europeo, así como los requisitos impuestos por los reglamentos comunitarios sobre Cielo Único europeo, constituyen bienes constitucionalmente protegibles, que se conectan estratégicamente con los intereses nacionales.

Ya hemos visto, que la Dirección General de Aviación Civil en el informe, reproducido en los hechos probados octavo y noveno, ha concluido que AENA, tanto en lo relativo a su organización, poder de dirección y jornada de trabajo, como en lo referente a los costes de navegación aérea que genera, se ha convertido en uno de los proveedores de servicios más ineficientes de nuestro entorno y no estaba en condiciones de cumplir ajustadamente ni el Reglamento Comunitario 2096/2005/CE, por el que se establecen requisitos comunes para la prestación de servicios de navegación aérea, impone a los proveedores de dichos servicios el deber de ser capaces de prestar servicios de forma segura, eficaz, continuada y sostenible económica y financieramente, debiendo ajustarse a un nivel razonable de demanda general en un espacio aéreo determinado, exigiéndose también por la norma citada que el proveedor establecerá y gestionará su organización de acuerdo con una estructura que respalde una prestación segura, eficaz y continuada de servicios, habiéndose señalado, así mismo, por EUROCONTROL que la actual situación de AENA, especialmente en la relación coste-eficiencia, arroja unos resultados tan alejados de la media europea que imposibilitarían, caso de haberse mantenido como estaba, alcanzar los objetivos, establecidos por el Reglamento Comunitario 1070/2009/CE, así como los objetivos que la Comisión Europea fijará para la red de gestión del tráfico aéreo a partir de 2011, lo que provocará graves

consecuencias tanto para España, cuanto para la totalidad de la red europea, no pudiendo olvidarse la enorme importancia del tráfico aéreo de nuestro país en todo el espacio aéreo europeo y mundial.

En efecto, se ha probado que la sostenibilidad y la eficiencia del sistema español de Gestión del Tráfico Aéreo (esencialmente Aena), están fuertemente afectados por las importantes diferencias que nos separan de la media europea, en general y de los cuatro más importantes proveedores de servicios de navegación aérea del continente (Francia, Alemania, Reino Unido, Italia), en particular. En definitiva, la imposibilidad de alcanzar los objetivos de la red europea de gestión del tránsito aéreo y por tanto el virtual incumplimiento del Reglamento (CE) N.º 550/2004, enmendado por el N.º 1070/2009, de no adoptarse de forma urgente medidas que preparen al modelo nacional para alcanzar esos objetivos europeos

En particular se destacan las siguientes conclusiones del citado informe:

a) Los costes totales del sistema español de gestión del tránsito aéreo y comunicaciones, navegación y vigilancia son los más altos de Europa (1.128 millones de euros en 2007), contra 1.086 de la DSNA de francesa o los 838 de la DFS alemana.

b) Por hora de vuelo controlada, los costes del sistema español de gestión del tráfico aéreo siguen siendo los más altos de entre los cinco grandes proveedores europeos en materia de coste-eficiencia con 662 euros de Aena, contra 522 del NATS británico, 512 del ENAV italiano, 490 de la DFS alemana, o 443 de la DSNA francesa (la media europea se sitúa en los 474 euros).

Es decir Aena tendría una desviación superior al 50% con respecto a la media europea.

c) Los costes por hora trabajada por controlador fueron también en Aena los más elevados con 184 euros seguida de los 124 de DFS, 97 de la ENAV, y 95 de NATS y 79 de DSNA

d) La productividad de los controladores es además en el caso de Aena de las más bajas al corresponderle un ratio (hora de vuelo /hora por controlador) de 0,55, que se eleva a 0,79 en la DSNA, 0,83 la ENAV, y 0,91 para la DFS correspondiendo la más alta a NATS con 0,95.

El promedio europeo se situaría en un índice 0,78.

e) Finalmente señalar que los costes de apoyo (otros costes de provisión de servicio de Aena distintos del control), son los más bajos de los cinco grandes.

Los datos más recientes de 2008 indican además que:

f) Aena tiene los costes anuales por empleado de control más altos de los proveedores europeos con 343.000 euros, seguidos de los 231.000 euros de NAVPortugal. La DFS alemana, es la primera más cara de los cinco grandes tras Aena con 158.000 euros.

La diferencia con la media europea se eleva a más de dos veces (139.000 euros).

g) Dicho dato referido a hora trabajada por controlador es en Aena de 191 euros o lo que es igual dos veces más alta que la media europea (138 euros en la DFS alemana).

h) El número de horas trabajadas por controlador en promedio arroja una cifra próxima a las 1800 horas, de las cuales una tercera parte como horas extras, contra las 1500-1400 del resto de grandes proveedores europeos esencialmente en jornada normal.

Concluye el Informe de EUROCONTROL sobre la evolución de los costes que «si los costes unitarios de Aena hubiesen evolucionado de igual forma que lo han hecho los de los otros cuatro grandes, el indicador europeo de efectividad de costes para el 2007 se habría reducido en un 12% respecto al del año 2003 y se habría cumplido el objetivo fijado de una reducción de costes del 3%».

Se ha demostrado, así mismo, que las ineficiencias esenciales de AENA se deben específicamente a las razones siguientes:

a) El elevado déficit crónico de la jornada obligatoria de los controladores que se ha mantenido en las 1200 horas; la voluntariedad de la jornada adicional, así como de su elevado coste dado que la hora adicional es de 2,65 veces la hora ordinaria, siendo inevitable su utilización por el incremento del tráfico aéreo.

b) Tanto la negociación de un sistema de «jornada adicional» voluntaria a realizar conforme a una amplia gama de modalidades así como la incorporación de 643 nuevos controladores desde el año 2000, en lugar de contribuir positivamente al correcto dimensionado de las plantillas de las dependencias de acuerdo a la demanda de tráfico, ha generado un incremento en la jornada adicional pasando de 170 horas en 1999 a 600 horas en 2008, deteriorándose los índices de productividad de la plantilla e incrementándose de manera extraordinaria el coste de la jornada adicional pasando a representar en torno al 50% del coste de control.

c) El impacto sobre la tasa de navegación aérea que repercute los costes de Aena ha sido muy importante y ha supuesto que la correspondiente a «ruta», integrada en el sistema de tarifas europeas de EUROCONTROL basado en el principio de «recuperación de costes», ha tenido que absorber y reflejar esta evolución de los costes

de personal, subiendo un 60% entre 2000 y 2003 y un 17,5% entre 2004 y 2009, convirtiéndose así en la más alta de Europa (un 50% más alta que la media europea en 2009).

La conclusión sobre ese panorama del servicio es inequívoca, puesto que se ha probado que el déficit de AENA -de más de 200 millones de euros en relación con la tasa de aproximación para el año 2010- pone en cuestión su sostenibilidad económica y financiera, le imposibilita competir adecuadamente, puesto que su tarifa de ruta supera en un 50% la media europea y le impide objetivamente el cumplimiento del Reglamento Comunitario 2096/2005, sin que la decisión de congelar la tarifa en 2010 impida que la misma continúe siendo la más alta del continente y con mayor razón los objetivos previstos por la Comisión Europea para el Cielo Único Europeo en 2011.

Así pues, identificadas las líneas generales en las que se encontraba el tránsito aéreo español, debe concluirse razonablemente, que la intervención del legislador no solo era obligada, sino que era imprescindible para corregir en el plazo más breve posible de tiempo una situación tan calamitosa, debiendo resaltarse, a estos efectos, que la ley 9/2010, de 14 de abril, se ha ajustado básicamente a las recomendaciones, realizadas por la Dirección General de Aviación Civil, organismo regulador y director de la política aeronáutica, promoviendo la designación de nuevos proveedores del tránsito aéreo, lo que obligaba a regular de forma urgente el régimen de derechos y obligaciones de esos prestadores de servicios de tránsito aéreo en concordancia con lo dispuesto en el Reglamento 550/2004, regulando, así mismo, los tiempos de actividad y descanso de los controladores civiles de tránsito aéreo, como requisito imprescindible para garantizar la prestación segura del tránsito aéreo y el descanso de los controladores, exigiendo necesariamente la regulación de la jornada, el número de horas extraordinarias y los tiempos de descanso, la formación del personal de tránsito aéreo y determinadas medidas transitorias, relacionadas con la restricción de la denominada licencia retribuida, el establecimiento de jornada a turnos que garantice la continuidad del servicio, así como otras medidas referidas a traslados, cambios de jornada por necesidades del servicio y procedimientos más cortos para publicar turnos y programaciones, pudiendo concluirse, por consiguiente, que no estamos propiamente ante una «ley de caso único», como denuncia USCA, sino ante una ley reguladora de la prestación de servicios del tránsito aéreo, cuyo acometimiento era inexcusable, como veremos, a continuación, para garantizar la continuidad de un servicio, cuya esencialidad es notoria, que se había puesto precisamente en claro peligro como consecuencia de la negociación colectiva.

Decimotercero.

Fracaso evidente de la negociación colectiva, cuya garantía institucional, contemplada en el art. 37.1 CE, no sirve solamente para multiplicar geoméricamente los derechos de un colectivo de trabajadores con gran poder de contratación, sino que debe contribuir necesariamente también a la competitividad de nuestras empresas, así como a su adaptación a los requerimientos del mercado, como no podría ser de otro modo, habiéndose predicado con el ejemplo a estos efectos en el Acuerdo para el empleo y negociación colectiva 2010, 2011 y 2012, suscrito por CEOE, CEPYME, CCOO y UGT, puesto que si la negociación colectiva provoca, como sucede en el supuesto debatido, que el proveedor civil de servicios de tránsito aéreo se convierta en uno de los proveedores más ineficientes de nuestro entorno, mientras los controladores obtienen retribuciones millonarias y disfrutan de unas condiciones de trabajo, en las que el poder de organización, planificación, dirección, gestión, supervisión y control de la prestación de dichos servicios se «cogestiona» en el mejor de los casos y se desplaza individualmente a los propios controladores en el peor, como sucede con la disposición o no a prolongar la jornada, o a cambiar de turnos cuando lo exigen las necesidades del servicio, la negociación colectiva ha dejado de cumplir su función constitucional.

En efecto, el I Convenio colectivo, cuya reposición integral se reclama por USCA, es un convenio atípico, que regula el denominado «ESTATUTO DE LOS CONTROLADORES DE LA NEGOCIACIÓN AÉREA», cuyo antecedente inmediato es el acuerdo, suscrito por la Administración del Estado, AENA, USCA y SECA el 21-02-1992 y contiene la regulación extremadamente pormenorizada de una relación laboral específica, cuyo denominador común consiste en que se prima siempre los intereses de los controladores aéreos y nunca el servicio público de tránsito aéreo, que resulta preterido ante cualquier colisión con los intereses de la categoría. Así, AENA pasa a compartir llamativamente con USCA, cuya finalidad esencial según el art. 4.º 2 a) de sus Estatutos sociales, es fomentar y defender los intereses profesionales propios de los controladores aéreos, una parte sustancial de sus competencias sobre organización, planificación, dirección, gestión, supervisión y control de la prestación del servicio, mediante la delegación de parte de las mismas en las denominadas Comisiones Permanentes y Temporales, reguladas en el art. 5.º del Estatuto, que afectan, entre otras funciones estratégicas para el aseguramiento del servicio, a la introducción y desarrollo de nuevas tecnologías y nuevos métodos de organización de la actividad y control, planes operativos y de creación, transformación o supresión de dependencias de control y estrategias nacionales e internacionales en materia de navegación aérea.

Dicha Comisión decide, así mismo, sobre aspectos constitutivos sobre el acceso a la profesión de controlador, como el contenido del curso básico de formación y el sistema de selección de alumnos para dicho curso, que serán aprobados por la Comisión Permanente, de conformidad con el art. 1.º 3 del Estatuto. Le

corresponderá también aprobar la programación de los turnos, que se ajustará preferentemente a alguna de las modalidades que se fijan en este capítulo. Cualquier otro turno que pudiera proponerse por los representantes de AENA y de USCA de una dependencia, conforme al art. 33.1.4 del Estatuto, al igual que en aquellas dependencias que tengan SGL, en los términos y casos recogidos en este capítulo, los representantes de AENA y de USCA en dicha dependencia, ambas partes debidamente acreditadas, elaborarán conjuntamente una propuesta de turno incluyendo el SGL, conforme al art. 33.2.3 del Estatuto, o en aquellas dependencias en las que exista algún puesto de trabajo que, por sus características, requiera un turno diferenciado, los representantes de AENA y de USCA en dicha dependencia elaborarán conjuntamente una propuesta de turno, conforme al art. 33.2.4 del Estatuto, correspondiéndole, en cualquier caso, la validación de turnos, conforme al art. 34 del Estatuto. Los períodos de descanso nocturno se negociarán en cada dependencia entre los representantes de AENA y de USCA, ambas partes debidamente acreditadas. Los acuerdos a los que se pudieran llegar tendrán que ser validados, antes de su aplicación, por la Comisión Permanente del Convenio, a tenor con el art. 35.2.3 del Estatuto. Le corresponderá también determinar cualquier otro dato que pueda ser considerado pertinente para la consolidación de nivel profesional, según el art. 65.2 del Estatuto. Por otra parte, en las dependencias donde sea preciso que exista este puesto de trabajo y las habilitaciones locales requeridas serán determinadas por la Comisión Permanente, conforme al art. 67.1 del Estatuto. Establecerá también establecerán los criterios de formación y de evaluación que se consideren convenientes para alcanzar el nivel profesional correspondiente, conforme al art. 85 del Estatuto. Intervendrá también cuando una dependencia varíe de grupo en la clasificación de dependencias vigente y/o el tipo del servicio de control prestado, la Comisión Permanente evaluará, si procede, por criterios de similitud, entre otros, asignar dicha dependencia a un grupo profesional distinto. De proceder el cambio, para la obtención de nuevos niveles, en su caso, se estará a lo previsto en este capítulo para los CCA que cambien de puesto de trabajo por concurso, según el art. 85.2.3 del Estatuto, así como en materia de plantillas mínimas, AENA designará las plazas que deberán ser cubiertas por el procedimiento de concurso de méritos con cambio de destino, con arreglo a lo acordado en la Comisión Permanente, conforme al art. 91.1 del Estatuto. También en la los cursos de formación que sean necesarios para cada una de las áreas de actividad de técnicos especialistas, a tenor con el art. 108 del Estatuto, aunque podrá también eximir de especialidades para estos técnicos, a tenor con el art. 109.1 del Estatuto, pudiendo ampliar el período máximo de dos años, por circunstancias excepcionales, siempre que los CCA afectados no realicen funciones de formación en simuladores y no se supere, en ningún caso, el tope máximo de seis años previsto en el párrafo anterior, a tenor con el art. 120.5.2 del Estatuto. Intervendrá además en cualquier reducción de plantilla en una dependencia, decidida por AENA, que se fundamentará en los criterios de determinación de plantillas mínimas establecidas por la Comisión Permanente, según el art. 156.1 del Estatuto. Designará también a los componentes de la Comisión de Acción Social, a tenor con el art. 183.1 del Estatuto y elaborará el reglamento del CIVCA, según el art. 206 del Estatuto.

Por otra parte, el Acuerdo duodécimo del I Convenio atribuye a la Comisión Permanente, además de las funciones que con carácter específico se le encomiendan, sin perjuicio de lo previsto en la normativa vigente en la materia, las siguientes:

«Los cursos de formación necesarios para el ejercicio de las funciones asignadas a un determinado puesto de trabajo y su contenido.

El documento de evaluación y supervisión.

El documento sobre criterios de determinación de plantillas mínimas.

Se faculta a la mencionada Comisión Permanente para revisar, si así se considerara necesario, el contenido del anexo II, sobre dotaciones de puestos de trabajo de acceso por promoción interna, y del anexo III, sobre determinación de jefaturas de dependencia, según el procedimiento de acceso a las mismas.»

Puede concluirse, por tanto, que el poder de dirección y el control de la actividad laboral, encomendado a la dirección de las empresas, por el art. 20.1 del Estatuto de los trabajadores, se ha desplazado desde la dirección de AENA a esta Comisión Permanente, cuyas competencias alcanzan a los aspectos esenciales y estratégicos de la gestión de la empresa, lo que ha tenido influencia decisiva para producir los resultados calamitosos en el servicio, que se significaron más arriba.

Dicho Estatuto, valorado en su conjunto, constituye indudablemente la mejor regulación de las condiciones de trabajo para una categoría de trabajadores, que se ha producido jamás en la historia de la negociación colectiva española, lo que no merecería reproche alguno, si la contrapartida no hubiera sido la pérdida de la viabilidad económica del sistema de tránsito aéreo, así como la garantía de continuidad y seguridad del mismo, especialmente si tenemos presente que los beneficios introducidos por el convenio se financian con dinero público, introduciendo, a título de ejemplo, derechos individuales, que permiten que el controlador no se desplace geográficamente, aunque concurren causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, si no lo decide voluntariamente, conforme al art. 88 del Estatuto, o tenga derecho a percibir una indemnización de cuarenta y cinco días por año con un tope de cuarenta y dos mensualidades en supuestos de extinción del contrato por causas objetivas o por despido colectivo por las mismas causas, aunque concurren motivos objetivos para dichas

extinciones, conforme al art. 121 del Estatuto, no estando obligado a variar el turno, incluso cuando concurren circunstancias extraordinarias e imprevisibles y así un largo elenco de derechos que van mucho más allá de los mínimos legales y desbordan cualquier convenio colectivo conocido, en el que luce especialmente la denominada licencia especial, regulada en el art. 166 del Estatuto, que permite a los controladores de 52 o 55 años de edad, que cumplan determinados requisitos de actividad, reproducidos en el hecho probado tercero, dejar de trabajar con mantenimiento de la totalidad de sus retribuciones fijas, lo que no deja de ser significativo, si se tiene presente que la escasez de controladores aéreos es un problema endémico para el servicio.

AENA ha renunciado a sus derechos empresariales en materia disciplinaria en el art. 7.º 2 del convenio, en el que se prohíbe sancionar o a incoar expedientes disciplinarios como consecuencia de accidentes o incidentes ATS (servicios de tránsito aéreo) o de acciones relacionadas con las atribuciones técnicas ATS de los controladores, que quedan blindados, de este modo, ante cualquier tipo de actuación profesionalmente reprochable relacionada con estos eventos, que es indudablemente central para su actividad profesional, habiendo renunciado también en el art. 18 del Estatuto a la retirada y escucha de los registros de grabación automática, salvo en supuestos muy excepcionales, perdiendo, por consiguiente, cualquier capacidad de control operativo real de la calidad del servicio, que blindaba nuevamente a los controladores aéreos, siendo irrelevante, a estos efectos, que pueda examinarse cuando se haya abierto expediente disciplinario, puesto que el requisito constitutivo para poder abrir razonable y cabalmente expedientes disciplinarios pasa precisamente por poder controlar previa y legalmente la actividad profesional de los controladores.

Finalmente, centrándonos en las mejoras voluntarias de la Seguridad Social, contempladas en el art. 183 del Estatuto, llama la atención que se complementen con un Fondo Social millonario financiado por AENA, regulado en el art. 184 del Estatuto, cuyo tomador no es AENA, sino USCA y beneficia exclusivamente a sus afiliados, tratándose de un incentivo significativo de promoción sindical, que ya ha dado pie a algunos litigios, como el resuelto por sentencia de esta Sala de 1-07-2009, ROJ SAN 3451/2009.

No obstante, la especificidad más significativa de la negociación colectiva entre AENA y USCA no es el I Convenio Colectivo, sino los acuerdos que le precedieron, reproducidos en el hecho probado segundo, especialmente los acuerdos de 21-02-1992, en el que se convino el «Estatuto del Controlador Aéreo», recogido en su integridad en el I Convenio, así como los acuerdos de prolongación de jornada citados en el hecho probado cuarto, suscritos inmediatamente después del I Convenio, que se han venido negociando anualmente hasta el 31-03-2010, fecha en la que se extinguió la vigencia del último acuerdo. Todos los acuerdos citados, suscritos antes y después del I Convenio, no tuvieron nunca la autorización de la CECIR, careciendo, por tanto, de un requisito constitutivo para su validez, dado que las leyes de presupuestos dejan perfectamente claro que los acuerdos que no cuenten con dicha autorización serán nulos de pleno derecho (art. 25 ley 37/1989, de 28-12-1989 de LPGE 1989; art. 21 ley 31/1991; art. 27 de la ley 54/1999; art. 24 ley 13/2000, de 27 de diciembre; art. 23 ley 23/2001, de 27 de diciembre; arts. 22 y 34 de la ley 52/2002, de 30 de diciembre; arts. 22 y 34 de la ley 61/2003, de 30 de diciembre; arts. 22 y 34 de la ley 2/2004, de 17 de diciembre; arts. 22 y 34 de la ley 30/2005, de 29 de diciembre; arts. 24 y 36 de la ley 42/2006, de 28 de diciembre; arts. 25 y 37 de la ley 51/2007, de 21 de diciembre; arts. 25 y 37 de la ley 2/2008, de 21 de diciembre y arts. 25 y 37 de la ley 26/2009, de 23 de diciembre).

En efecto, dichos acuerdos determinan y cualifican la negociación colectiva mantenida entre AENA y los controladores aéreos en este período y permiten visualizar la operativa concreta, que ha supuesto el encarecimiento geométrico de los costes de la Entidad y su absoluta pérdida de competitividad en el sector, ya que en todos ellos se parte de una realidad, constatada por los negociadores, según la cual el número de controladores aéreos ha sido siempre muy deficitario para hacer frente al servicio, pese a lo cual desde los acuerdos de 3-03-1989 se convino una jornada ordinaria de 1200 horas anuales, corregida transitoriamente para los años 1989 y 1990, calificándose como excepcional dicha corrección por los negociadores del acuerdo, introduciéndose entonces en la negociación colectiva una medida organizativa carente de cualquier justificación racional, puesto que imposibilitaba la cobertura mínima del servicio, debido a que el número de controladores existente y la jornada pactada -absolutamente disonante con la jornada media de cualquier sector productivo o de servicios tanto en esas fechas como en el día de hoy, bastando citar, como referencia de contraste, la jornada del resto del personal de AENA, que asciende a un máximo de 1.711 horas de trabajo, conforme al art. 57 del V Convenio, publicado en el BOE de 16-01-2010- impedían atender adecuadamente el servicio, pactándose, a continuación, unos acuerdos de prolongación de jornada de adscripción voluntaria, a los que se apuntaban la mayoría de los controladores, que suponía la realización de un altísimo número de horas extraordinarias, que se retribuían muy por encima de las horas ordinarias. Debe subrayarse, a estos efectos, que no puede constituir causa de justificación de tan exigua jornada anual la penosidad o la complejidad del trabajo, que ni se alegó ni se probó por los demandantes, puesto que la masiva incorporación de los controladores a los acuerdos de prolongación de jornada desmentirían por sí mismos dicho razonamiento.

La ecuación citada -escasez de controladores y jornada «oficial» de 1.200 horas- se mantuvo en el I Convenio colectivo, en el que se pactó una jornada ordinaria de 1200 horas, a sabiendas de la imposibilidad de cubrir con la misma las necesidades del servicio, pactándose inmediatamente después el acuerdo de prolongación de jornada de 1-07-1999, que se ha venido actualizando anualmente hasta el 30-04-2010, lo que ha supuesto que

la mayoría de los controladores hayan realizado aproximadamente seiscientas horas extraordinarias anuales, que se han retribuido a un precio 2,6 veces superior a la hora ordinaria, produciendo, como vimos más arriba, unas retribuciones medias, que alcanzaron 304.874 euros por controlador en el año 2007, excediendo en 210.316 euros anuales el incremento del IPC desde el año 1999.

Si se tiene presente, por otra parte, que la adscripción a los programas de prolongación de jornada es voluntaria y no se olvida tampoco que la programación de turnos es extremadamente rígida, exigiéndose que se anticipen con noventa días, condicionándose, por otra parte, al visto bueno de la Comisión Permanente o a la libre voluntad de los trabajadores para su modificación, aunque concurren circunstancias objetivas que lo reclamen, podremos constatar claramente que el poder de contratación de USCA se multiplica geométricamente, al igual que el de los controladores aéreos, considerados individualmente, porque basta con que se decida trabajar a jornada ordinaria o que coincidan, como ha sucedido ya, varias bajas médicas concentradas en el mismo día, para que se asegure lo que el presidente de USCA calificó de caos aéreo en sus declaraciones al Mundo de 27-12-2003, en la que precisó que el «caos aéreo» no exigía una huelga, bastando con dejar de hacer suplencias y de prolongar jornadas.

Identificadas las líneas maestras de la negociación colectiva, producida por AENA y la representación sindical de los controladores aéreos, así como las consecuencias producidas por dicha negociación, no discutiéndose por ninguno de los litigantes, que la ley 9/2010, de 14 de abril dejó sin efecto algunos derechos contenidos en el I Convenio Colectivo Profesional entre AENA y el colectivo de controladores de circulación aérea, debe despejarse, en primer lugar, si la intervención del legislador era necesaria, adecuada y proporcionada con carácter general, pasando, a continuación, a despejar los aspectos concretos del convenio, cuya reposición se reclama por USCA.

Decimocuarto.

Ya hemos razonado anteriormente sobre las consecuencias de la negociación colectiva, llevada a cabo entre AENA y la representación sindical de los controladores, que debe valorarse globalmente, puesto que el I Convenio colectivo, como se precisó en el fundamento de derecho precedente, sería ininteligible sin los acuerdos que le precedieron y los que le sucedieron después hasta el 30 de abril pasado.

En efecto, se ha probado contundentemente que AENA no estaba en condiciones de garantizar la seguridad y continuidad de la prestación de servicios de tránsito aéreo, ni tampoco de cumplir nuestros compromisos internacionales, especialmente los Reglamentos Comunitarios 2096/2005/CE y 1070/2009/CE, probándose también que en el año 2011 no habría estado en condiciones de acompañarse a los requerimientos comunitarios, promovidos por la Comisión Europea para la red de tráfico aéreo a partir de ese año, no pudiendo olvidarse el papel esencial que corresponde a España en el tránsito aéreo europeo y mundial por la extraordinaria intensidad de su tráfico aéreo, habiéndose probado, así mismo, que AENA ha visto comprometida gravemente su viabilidad económica, convirtiéndose en uno de los proveedores más ineficientes del tráfico aéreo de nuestro entorno europeo, como luce en el informe de la Dirección General de Aviación Civil, que es el organismo regulador y director de la política aeronáutica, apoyándose, a su vez, en los informes de EUROCONTROL.

Se ha probado paralelamente que los beneficios, alcanzados por los controladores aéreos en la negociación colectiva, arrojan unos resultados magníficos para dicho colectivo, entre los que luce especialmente sus ingresos medios, alcanzados esencialmente, como vimos más arriba, por la combinación de la pérdida de poderes de organización, planificación, dirección, gestión, supervisión y control de la prestación del servicio por parte de AENA, quien los cogestiona con USCA a través de las «comisiones permanentes» pactadas en el convenio y la imposibilidad de satisfacer el servicio con una jornada ordinaria de 1200 horas anuales, que obliga necesariamente a pactar prolongaciones de jornada, que suponen la realización media de centenares de horas extraordinarias al año, que se retribuyen 2,6 veces por encima de la hora ordinaria. La realización de ese colosal número de horas extraordinarias desborda los límites legales de horas extraordinarias, establecidos en el art. 35 ET, así como los límites de incrementos retributivos autorizados por las Leyes de Presupuestos Generales del Estado, que se han superado en una media anual de 210.316 euros anuales por controlador desde 1999 a 2007, dándose finalmente la circunstancia de que los Acuerdos de prolongación de jornada, que precedieron al I Convenio, así como los que le sucedieron no tuvieron nunca la autorización de la CECIR.

Sin embargo, USCA defendió insistentemente que no había razones extraordinarias o de urgente necesidad para la intervención del gobierno primero y del legislador después, porque la situación descrita se venía prolongando desde veinte años atrás, sin que pueda convenirse, de ningún modo, con dicha apreciación, puesto que la prolongación durante más de veinte años de una situación como la aquí acreditada, en la que se ha utilizado la negociación colectiva en fraude de ley, pactándose formalmente una jornada ordinaria insuficiente, para negociar colectivamente, al tiempo, unas prolongaciones de jornada, que provocaban la realización de centenares de horas extraordinarias por controlador, vulnerando los límites de horas extraordinarias, previstas en el art. 35.2 ET, no constituye un estado de normalidad, sino un estado de excepción permanente, que ninguna

Administración responsable puede tolerar, porque está sometida al principio de legalidad, a tenor con lo dispuesto en el art. 103.1 CE.

Excepcionalidad permanente que se refuerza aun más, si cabe, teniéndose presente que los acuerdos de prolongación de jornada, que constituyen la clave de la negociación colectiva controvertida, como se razonó más arriba, no obtuvieron nunca la autorización de la CECIR, tratándose, por tanto, de acuerdos nulos de pleno derecho de conformidad con lo establecido en los artículos de las leyes de Presupuestos Generales del Estado que se dirán a continuación: art. 25 ley 37/1989, de 28-12-1989; art. 21 ley 31/1991; art. 27 de la ley 54/1999; art. 24 ley 13/2000, de 27 de diciembre; art. 23 ley 23/2001, de 27 de diciembre; arts. 22 y 34 de la ley 52/2002, de 30 de diciembre; arts. 22 y 34 de la ley 61/2003, de art. 25 ley 37/1989, de 28-12-1989 de LPGE 1989; art. 21 ley 31/1991; art. 27 de la ley 54/1999; art. 24 ley 13/2000, de 27 de diciembre; art. 23 ley 23/2001, de 27 de diciembre; arts. 22 y 34 de la ley 52/2002, de 30 de diciembre; arts. 22 y 34 de la ley 61/2003, de 30 de diciembre; arts. 22 y 34 de la ley 2/2004, de 17 de diciembre; arts. 22 y 34 de la ley 30/2005, de 29 de diciembre; arts. 24 y 36 de la ley 42/2006, de 28 de diciembre; arts. 25 y 37 de la ley 51/2007, de 21 de diciembre; arts. 25 y 37 de la ley 2/2008, de 21 de diciembre y arts. 25 y 37 de la ley 26/2009, de 23 de diciembre.

La falta de informe de CECIR en los acuerdos mencionados se admitió pacíficamente por USCA, quien arremetió a continuación contra AENA, a quien imputó directamente el incumplimiento del requisito, lo que no deja de ser llamativo, aunque sea cierto que AENA omitió dicha exigencia legal, porque la misma no alivia las consecuencias jurídicas para los acuerdos, que es su nulidad de pleno derecho de conformidad con las normas reiteradas, debiendo decirse, al respecto, que el Tribunal Supremo ha defendido que no puede alegarse la causa torpe por quien la ha causado efectivamente, sosteniéndose así en sentencia 22-12-2008, RJ 2009/1614, donde se dijo que «... Para empezar, porque no resulta jurídicamente argumentable un "equilibrio" o contraprestación respecto de una cláusula de manifiesta ilegalidad [están excusados de cita los aforismos que hacen referencia a este extremo, de inalegabilidad de la "causa torpe" imputable a la parte], puesto que el supuesto objeto de examen se refiere a cese forzoso por edad, colectivamente pactados en una época en que la normativa a la sazón aplicable [RD-Ley 5/2001, de 2/Marzo (RCL 2001/568); convalidado por la Ley 12/2001, de 09/Julio (RCL 2001/1674)] era claramente prohibitiva de su establecimiento en Convenio Colectivo, tal como de forma no menos contundente ha proclamado con reiteración este Tribunal [así, en las ya citadas sentencias -de Sala General- de 09/03/04, recursos 765/03 (RJ 2004/873) y 2319/03 (RJ 2004/841); y en las muchas posteriores que también reseñamos más arriba]», siguiéndose el mismo criterio en sentencia TS 10-11-2009, recud. 2514/2008, siendo más que dudoso que la causa torpe sea imputable exclusivamente a AENA, porque la única parte beneficiada de la ilegalidad tantas veces significada es quien obtuvo unos incrementos retributivos geométricos al pactar una jornada ordinaria claramente insuficiente para forzar como única alternativa las prolongaciones masivas de jornada, pudiéndose presumir razonablemente, de conformidad con lo dispuesto en el art. 386.1 LEC, que la situación descrita fue impuesta por el poder de contratación de USCA.

Debe admitirse, por tanto, que la intervención del legislador no solo era necesaria, sino que era imprescindible para volver a la «normalidad», es decir al cumplimiento de la ley, desplegando, a estos efectos, unas medidas transitorias en relación al actual prestador de servicios, que posibilitara una transición ordenada a la nueva organización de los proveedores civiles del servicio de tránsito aéreo, introducida por la ley.

Dichas medidas inciden sobre los contenidos concretos de la negociación colectiva, que han causado la situación ya reiterada, siendo absolutamente impensable que pudieran resolverse mediante la negociación colectiva, como prueba el fracaso de la negociación del convenio después de sesenta y cinco reuniones fallidas, como no podría ser de otro modo, puesto que las instituciones, sobre las que ha intervenido el legislador, son precisamente las que fundamentan el desequilibrio contractual, que ha favorecido a los controladores en detrimento del servicio público: suspensión de la licencia retribuida; una nueva regulación de la reserva activa y la jubilación; obligación de realizar la jornada ordinaria real, mientras se regula reglamentariamente el régimen de jornada y descansos de los controladores aéreos; la determinación de las retribuciones acomodándolas a los límites de las Leyes de Presupuestos Generales del Estado, sin perjuicio de que se introduzca, mediante la negociación colectiva, un complemento personal transitorio; un nuevo tratamiento de los desplazamientos geográficos, así como el régimen de aprobación de turnos, permisos, vacaciones y licencias introduciendo finalmente un nuevo régimen de adaptación de los controladores a las modificaciones técnicas o tecnológicas de su puesto de trabajo.

La Sala entiende, por otro lado, que la intervención del legislador era idónea, puesto que si era imposible, a todas luces, remediar el estado de cosas, creado en el servicio público de tránsito aéreo mediante la negociación colectiva, al ser impensable que el colectivo afectado renuncie negociadamente a un sistema que ha producido unas retribuciones millonarias, apoyadas en una jornada ficticia, no había otro remedio que la intervención del legislador para asegurar la libertad de circulación en el tráfico aéreo, ya que la impugnación judicial del convenio, caso de obtener satisfacción judicial, dejaría sin regulación propia un servicio público de esta

naturaleza, no pudiendo olvidarse que durante la tramitación del litigio pendería siempre el riesgo real de «caos aéreo», que es un remedio extremadamente gravoso para los ciudadanos y para sus gobernantes y excepcionalmente sencillo para el colectivo afectado, bastando, como se dijo más arriba, con negarse a realizar sustituciones o a prolongar jornadas, por no hablar de la coincidencia de bajas médicas en momentos determinados estratégicamente. Si no se impugnara el convenio, impugnándose los acuerdos de prolongación de jornada, cuya viabilidad judicial sería mucho más clara por las razones ya expuestas, al no contar con las correspondientes autorizaciones de la CECIR, la consecuencia absoluta sería directamente el «caos aéreo», por cuanto se tendría que aplicar necesariamente la jornada de 1200 horas anuales, que es absolutamente incompetente para garantizar la seguridad y la continuidad del tráfico aéreo, debiendo concluirse, por consiguiente, que el único remedio razonable para garantizar el derecho de circulación de los ciudadanos, asegurado por el art. 19 CE, sin que se prolongara el proceso excesivamente, dada la capacidad del colectivo de alterar el tráfico aéreo con el mínimo coste, bastando, a estos efectos, con negarse a realizar sustituciones y a prolongar la jornada, no podía ser otro que la intervención del legislador.

La Sala entiende finalmente que la intervención del legislador es proporcionada, aunque se hayan restringido derechos reconocidos mediante convenio colectivo estatutario, que estaba prorrogado, a tenor con lo dispuesto en el art. 4.º 4.3 del propio convenio, puesto que el sacrificio, impuesto a los controladores, ha sido el mínimo posible para garantizar la seguridad y continuidad del servicio, cuya viabilidad se puso precisamente en peligro como consecuencia de la negociación colectiva controvertida.

En efecto, el legislador ha intervenido intensamente en la imposición de la jornada de 1.670 horas anuales, que es la media de jornada realizada efectivamente por cada controlador descontando el tope legal de 80 horas extraordinarias, tratándose de una decisión proporcionada, porque la jornada de 1200 horas extraordinarias, pactada en el art. 29 del convenio, se pactó en fraude de ley, al haberse acreditado cumplidamente que esa jornada no permitía, de ningún modo, atender al servicio, pactándose paralelamente unos acuerdos de prolongación de jornada, sin autorización de la CECIR, que produjeron efectos perversos: realización de una media de seiscientos horas extraordinarias por controlador e incremento geométrico de las retribuciones, superando excepcionalmente los límites presupuestarios. Debe decirse, en cualquier caso, que dicha jornada, al igual que el régimen de descansos, pende de un desarrollo reglamentario, contemplado en la Disposición Final Tercera, apartado primero de la propia ley, en la que tendrán participación tanto los Sindicatos más representativos, cuando la propia USCA.

Se ha intervenido, así mismo, sobre el cambio de jornada y el régimen de turnos de modo muy matizado en la D. T.^a, 1.^a, 3.^o b), posibilitándose el cambio de jornada u horario por necesidades del servicio, lo que será siempre controlable judicialmente y la modificación de la hora de entrada en un turno de trabajo, siempre que no excedan dos las veces que se realice en un año natural, tratándose de un sacrificio proporcionado, puesto que la rigidez del sistema, regulado en los arts. 36.2 y 41.1 del I Convenio, es de tal magnitud que su modificación caso de necesidades del servicio queda en manos de USCA, en el mejor de los casos y en el peor del propio controlador afectado, lo que constituye un obstáculo insalvable para garantizar la seguridad y continuidad del servicio, tratándose, en cualquier caso, de una herramienta más, pactada en el convenio, para facilitar, en su caso, la promoción del denominado «caos aéreo», puesto que la programación de turnos depende del pacto AENA-USCA en cada dependencia y si AENA quiere modificar el turno, predeterminado noventa días antes, por necesidades del servicio, depende de la aceptación de USCA y lo que es peor, del propio interesado, lo que comporta que la negativa de cualquiera de ellos dejaría desierto el servicio, aunque fuera imprescindible para la seguridad y continuidad del tránsito aéreo.

Se ha intervenido también en la D. T.^a, 1.^a, 3 c) sobre la planificación de turnos, que se aprobará y publicará por meses naturales y con una antelación de diez días, tratándose también de una medida proporcionada, a juicio de la Sala, porque la programación de noventa días en un sector tan dinámico como es el tránsito aéreo será inoperante en la mayor parte de las ocasiones e impedirá el funcionamiento ordenado del sistema, tratándose, en cualquier caso, de una materia negociable convencionalmente, que dejará de tener eficacia desde que se negocie el nuevo convenio colectivo, conforme a la D. final tercera, 2 in fine.

Se ha regulado, así mismo, en la D. T.^a 3 d) sobre el período de disfrute de permisos, vacaciones y licencias, que quedan sujetos a la previa autorización de AENA, entendiéndose que la medida es proporcionada, puesto que no se concede ningún poder exorbitante a la Entidad, quien deberá acomodar sus decisiones a las necesidades derivadas de la obligación de garantizar la seguridad, eficacia y continuidad de la prestación de los servicios, desplazándose, de este modo, el centro de gravedad, previsto en los arts. 54.2 y 55.2 del convenio, que favorecía rígidamente a los controladores, estableciéndose un régimen de vacaciones, planificado con tres meses de antelación, que no podría modificarse sin acuerdo del interesado, aunque concurriera causa para ello, permitiéndose también disfrutar vacaciones durante todos los meses del año, lo que parece poco razonable en un sector en el que las necesidades del tráfico aéreo se concentran en determinados períodos del año, para favorecer esencialmente el servicio, tratándose, por tanto, de un sacrificio proporcionado y controlable, en cualquier caso, por la jurisdicción.

Se ha intervenido, por otro lado, en la D. T.^a 1.^a 1 a) sobre las licencias especiales, reguladas en el art. 166 del convenio, suspendiéndolas durante tres años, estableciéndose la obligación de regular dicha licencia mediante un nuevo convenio colectivo, tratándose, a juicio de la Sala, de una medida inexcusable y proporcionada, puesto que el mantenimiento de esta licencia haría más vulnerable, si cabe, el servicio público de tránsito aéreo, en el que la escasez de controladores constituye un mal endémico, siendo inadmisibles, por consiguiente, que los trabajadores con 52 y 55 años de edad, que reúnan los requisitos establecidos en la ley, cuyo número ascendía a 328 el 30 de abril pasado, pudieran dejar de prestar servicios con derecho a sus retribuciones fijas, ya que dicha medida trastornaría de modo decisivo la seguridad y la continuidad del tránsito aéreo, debiendo subrayarse, en todo caso, que se trata de una medida temporal, cuya regulación definitiva se remite a la negociación colectiva.

Debe destacarse, en cualquier caso, que los parámetros, establecidos en la norma examinada, conectan con la D. A.^a 4.^a, que regula con carácter general los límites al desempeño de funciones operativas, la situación de reserva activa y la jubilación, tratándose de medidas relacionadas con las exigencias de excelencia de las capacidades psicofísicas de los controladores, no siendo irrazonable, a juicio de esta Sala, que el legislador entienda que el límite operativo, desde el punto de vista psicofísico, de este colectivo sean los 57 años de edad, como prueba que en el art. 163 del convenio, denominado llamativamente «límite de edad operativa», se fijara como edad límite los 55 años, aunque nuevamente se dejaba al arbitrio del controlador el prolongar el servicio, condicionándolo a que se superaran las pruebas psicofísicas, ya que la fijación del tope en 57 años para el desempeño de puestos operativos de control del tráfico aéreo, cuando las partes negociadoras del convenio entendieron que había razones objetivas para fijar el límite dos años antes, constituye un dato objetivo de capacidad, que no puede quedar al arbitrio del controlador, aunque supere las pruebas psicofísicas, ya que las máximas de experiencia del sector acreditan que la edad constituye un factor limitativo para el desempeño de unas tareas tan estresantes. La Sala considera también razonable que el pase a la licencia especial retribuida, cuya regulación convencional deberá tramitarse, entre los 52 y 57 años dependa de la capacidad psicofísica del controlador, ya que acogerse voluntariamente a la misma en el marco de escasez de controladores constituye un beneficio incompatible con la seguridad y continuidad del tránsito aéreo, no siendo irrazonable, ni tampoco desproporcionado que las retribuciones de la licencia retribuida, que se pacten mediante la negociación colectiva, se acomoden a lo dispuesto en la D.A. 4.^a, ya que allí se exige que el proveedor oferte un puesto no operativo, que deberá retribuirse conforme a las funciones que se realicen y no con arreglo a las desempeñadas anteriormente, porque dicha retribución sí que puede considerarse desproporcionada y sin causa, pasándose, caso de no poder ofertarse un puesto a la reserva activa, cuya retribución deberá determinarse mediante la negociación colectiva, estableciéndose, como cláusula de cierre, que constituye un incentivo a la negociación colectiva que, si no se alcanzan colectivamente acuerdos, se aplicará la regulación legal.

Conviene aclarar, en todo caso, que las modificaciones relacionadas con la jornada no pueden contraponerse con la licencia por guarda legal, regulada en el art. 58 del convenio, que se corresponde esencialmente con lo dispuesto en el art. 37.5 ET y deberá cumplirse cuando concurren las circunstancias previstas en ambas normas.

Se han regulado también en la D. T.^a 1.^a 2 a) y b) de la ley las retribuciones ajustadas a la nueva jornada mínima, remitiéndose a la negociación colectiva, con dos limitaciones y una determinada garantía para los controladores, que prestaban servicios para AENA el 5-02-2010, considerándose proporcionadas y razonables por la Sala, ya que se fija como punto de partida para la negociación colectiva el límite legal, consistente en aplicar a las retribuciones de 1999 los límites presupuestarios de incremento salarial y se exige, como no podría ser de otro modo, la autorización de la CECIR, exigible para cualquier administración pública, introduciéndose una garantía para los controladores, que prestan servicios para AENA a 5-02-2010 de introducir un complemento transitorio no absorbible para adaptación a la nueva jornada, acreditándose, de este modo, que el sacrificio, exigido a los trabajadores, es el mínimo posible, respetándose, incluso, las posibles diferencias, que pudieran haberse introducido anteriormente.

Se ha intervenido, por otra parte, en la D. T.^a 1.^a 3 a) en el tratamiento de los desplazamientos temporales, que se acomodan propiamente a lo dispuesto en el art. 40 ET, tratándose nuevamente de una medida proporcionada y razonable, en un contexto de escasez de controladores, que justifica cumplidamente que el traslado, cuando concurren causas objetivas, no quede al arbitrio del controlador, como sucede en el art. 88 del I Convenio colectivo, ni tampoco de los proveedores civiles al poder controlarse judicialmente los traslados.

Se ha establecido finalmente en la D. T.^a 1.^a 3 e) que corresponderá a AENA constatar la posible falta de adaptación de un controlador a las modificaciones técnicas o tecnológicas de su puesto de trabajo, a los efectos que procedan y singularmente para establecer su paso a funciones no operativas de control de tránsito aéreo, en cuyo caso le retribuirá conforme al nuevo puesto de trabajo, no vulnerándose, en ningún caso, el art. 162 del convenio, que constituye un nuevo hito sobre el trato de favor de los controladores aéreos frente a los demás trabajadores, porque la expresión «a los efectos que procedan» no comporta por sí misma que se reabra la posibilidad de extinguir el contrato de trabajo por esta causa, de conformidad con lo dispuesto en el art. 52 a) ET,

puesto que la propia norma cuestionada deja claro que procederá establecer su paso a un nuevo puesto no operativo, señalándose únicamente que se retribuirá conforme a las funciones allí desempeñadas.

La D. T.^a 1.^a 3.4 establece finalmente que AENA podrá contratar a nuevos controladores de tránsito aéreo bajo cualquiera de las modalidades previstas en el Estatuto de los trabajadores, entendiéndose por la Sala que dicho precepto no contraviene, de ningún modo, la regulación convencional, aunque el Estatuto del Controlador Aéreo «contemple solo dos modalidades de contratación, contrato en prácticas y contrato indefinido», ya que dicha regulación no afecta en modo alguno la posibilidad de utilizar otras modalidades contractuales lícitas, que no se prohíben por el convenio, debiendo subrayarse, a estos efectos, que ni en la demanda, ni en su ampliación, ni en el acto del juicio se denunció que este precepto vulnera concretamente ningún precepto convencional.

Concluimos, por tanto, que la D. T.^a 1.^a de la Ley 9/2010, de 14 de abril, no presenta dudas razonables de constitucionalidad para esta Sala.

Decimoquinto.

USCA solicitó en el apartado segundo del suplico de su escrito de ampliación de demanda se declare la nulidad, además de la D. T.^a 1.^a, sobre la que ya se ha tratado en el fundamento de derecho precedente, de los arts. 2.^o 2; 2.^o 3; párrafo segundo del art. 4.^o 2 y D.A. 4.^a de la Ley 9/2010, de 14 de abril, lo que no puede realizarse por esta Sala, a quien no corresponde enjuiciar sobre la constitucionalidad o la legalidad de dicha norma legal, correspondiéndole únicamente plantear cuestión de constitucionalidad de las mismas, en tanto que son decisivas para el resultado del litigio, a tenor con lo dispuesto en los arts. 163 CE, 5.^o LOPJ y 35 LOTC, si tuviera dudas sobre su constitucionalidad, entendiéndose por la Sala que no cuestiona ya la constitucionalidad de la D. Final tercera, no solo porque no se menciona, sino porque la misma ha sufrido una variación significativa respecto a su regulación por el RDL 1/2010, de 5 de febrero.

Las normas cuestionadas por USCA, a diferencia de la D. T.^a 1.^a de la ley, tienen como destinatarios a todos los proveedores civiles del tránsito aéreo, incluyendo, por tanto, a la propia AENA, en tanto que la misma es también proveedora civil del tránsito aéreo y tienen por finalidad garantizar la seguridad y continuidad del tránsito aéreo, partiendo, como no podría ser de otro modo, de la situación en la que se encontraba dicho servicio público hasta la intervención gubernamental, en la que no vamos a insistir, al igual que en las causas que la produjeron.

USCA denuncia, en primer lugar, que el art. 2.^o 2 de la ley vulnera el convenio colectivo, sin que pueda convenirse, de ningún modo, con dicho sindicato, puesto que el precepto, cuya constitucionalidad se cuestiona, se proyecta sobre todos los proveedores civiles de servicio del tránsito aéreo, estableciéndose unas determinadas garantías, cuya finalidad es asegurar precisamente una prestación segura, eficaz, continuada y sostenible económica y financieramente del servicio público, estableciendo, a estos efectos, que corresponde en exclusiva a los proveedores civiles de servicios de tránsito aéreo la organización, planificación, dirección, gestión, supervisión y control de la prestación de servicios, facultándoles para adoptar cuantas medidas sean necesarias en cada caso y en concreto las siguientes:

«a) Determinar la configuración operativa conforme a la demanda de tráfico y a los condicionantes técnicos y meteorológicos concurrentes.

b) Determinar las instalaciones, servicios técnicos y personal necesario para la adecuada prestación de servicios de tránsito aéreo, respetándose las reglas y criterios de seguridad establecidos al efecto por la Autoridad competente.

c) Determinar su organización directiva mediante la identificación y valoración adecuada de los puestos directivos encargados de las funciones de seguridad, calidad, protección y recursos financieros y humanos.

d) Efectuar la selección y formación de unidad y continuada de los controladores de tránsito aéreo.

e) Organizar los turnos, horarios y descansos del personal.

f) Vigilar y controlar el trabajo realizado por su personal e imponer las sanciones adecuadas en caso de incumplimiento, de acuerdo con la normativa aplicable.»

El apartado tercero del artículo segundo de la ley 9/2010, de 14 de abril establece, a continuación, que las facultades antes dichas son indisponibles para el proveedor civil de servicios, sin otras limitaciones que las derivadas del RD 1516/2009, de 2 de octubre, por el que se regula la licencia comunitaria de controlador aéreo, subrayándose, a continuación, que la disposición de forma voluntaria por parte del proveedor de servicios de estas facultades determinará la revocación de la designación obtenida de conformidad con lo dispuesto en el apartado 2 del art. 1.^o, entendiéndose por la Sala, que dicha medida, cuya finalidad es fortalecer el poder de dirección de los proveedores de servicios civiles de tránsito aéreo en un sector, en el que ha sucedido exactamente lo contrario, cogestionándose, como vimos más arriba, facultades inalienables de dirección empresarial, en el mejor de los casos y dejándose al arbitrio individual de los controladores, en el peor, provocando una situación calamitosa, en la que no vamos a insistir, no es desproporcionada, ni es tampoco irrazonable, siendo, por el contrario, la única garantía de aseguramiento y continuidad de un servicio imprescindible para viabilizar el derecho fundamental de

libre circulación, así como de salvaguardia de los intereses nacionales, que sufrirían grave peligro, si en vez de centralizarse, como hace la ley, se convirtieran en un poder difuso e incontrolado.

La Sala considera, por otra parte, que las limitaciones, establecidas con carácter general para todos los proveedores civiles de servicios, en el art. 3.º de la ley, es proporcionada y absolutamente razonable para el fin propuesto, teniéndose presente que el límite de la jornada a turnos, establecido en el apartado primero de dicho artículo, respeta el límite legal, establecido en el art. 34.3 ET, no contradice frontalmente lo dispuesto en el art. 36.1 del I Convenio, que admite dicho tope para el turno «día» y el turno «noche», no siendo irrazonable que se contemple también para el turno de «mañana o tarde», si se tiene presente, una vez más, que el servicio trabaja con un número escaso de controladores aéreos, debiendo destacarse, en cualquier caso, que estamos hablando de un tope de doce horas y que este será uno de los extremos que habrán de tratarse, como es natural, en el desarrollo reglamentario previsto en la D. Final 3.ª.

El apartado segundo del art. 3.º de la ley es irreprochable, puesto que se limita a reproducir el mandato del art. 35.2 ET, estableciendo que el número de horas extraordinarias no será superior a ochenta horas anuales.

La Sala entiende, así mismo, que la regulación, contenida en el apartado tercero del art. 3.º de la ley, que equipara los tiempos de descanso de la jornada diurna y nocturna, contemplándose un 25% de descanso para la primera y un 33% para la segunda, no estableciéndose ninguna distinción, a diferencia de las establecidas en el art. 35 del I Convenio para las diferentes dependencias, salvo en la torres de control monoposición en las que los controladores tendrán un descanso de una hora por servicio, es proporcionada y razonable, teniéndose presente, por una parte, que se está regulando el sector en su conjunto, que no hay una disparidad sustancial con respecto al convenio, superándose, en todo caso, los mínimos legales de descanso y sin olvidar que esta materia será objeto de regulación reglamentaria conforme a la D. Final 3.ª de la propia ley, porque nos enfrentamos nuevamente ante la escasez de controladores, siendo necesario, por consiguiente, establecer herramientas que permitan asegurar razonablemente el funcionamiento y la continuidad del servicio sin que dicha medida suponga desproteger el régimen de descanso del colectivo afectado, precisándose, en última instancia, que dicha norma dejará de tener efecto cuando se sustituya por convenio colectivo, a tenor con lo dispuesto en la D. Final 3.ª 2 de la propia ley.

USCA sostuvo, por otro lado, que el párrafo segundo del art. 4.º 2 de la ley 9/2010, de 9 de abril, vulneraba el principio de presunción de inocencia, regulado en el art. 24.2 CE, así como a la aplicación del principio non bis in idem, al possibilitarse que en el acuerdo de incoación del expediente disciplinario, el proveedor civil de servicios podrá disponer la suspensión provisional de empleo y sueldo, sin que pueda coincidir con dicho alegato, porque el principio de presunción de inocencia no es aplicable en las relaciones laborales, como viene reiterándose por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, por todas, sentencia de 11-11-2004, RJ 2004/4147, en la que vino a sostenerse lo siguiente: «Tampoco existe violación del principio de presunción de inocencia, dado que, como ha reiterado el Tribunal Constitucional, rectificando su inicial jurisprudencia -entre otras, STC 18 de marzo de 1992 (RTC 1992/30)- la presunción de inocencia es de aplicación exclusiva en el ámbito del proceso penal, y ello porque "de un lado, el despido no es más que una resolución contractual, y por tanto no conlleva la aplicación del derecho penal y, de otro, en que la consideración por los Tribunales Laborales de que una conducta implica incumplimiento contractual, no incluye un juicio sobre la culpabilidad o inocencia del recurrente". En definitiva, este motivo específico de revisión desconocido por el texto refundido LPL/1980 (RCL 1980/1719), instaurado por el texto articulado de 1990 (RCL 1990/922, 1049) y mantenido en el vigente texto refundido de 1995 (RCL 1995/1144, 1563),... establece en su artículo 86.3 una nueva vía de apertura al recurso de revisión regulado en la LECiv (LEG 1881/1) consistente en que la sentencia absolutoria penal se haya formulado "por inexistencia del hecho o por no haber participado el sujeto en el mismo". Vía que no concurre en el caso litigioso, en que el juez penal no excluyó la existencia del hecho, ni la participación en el mismo del inculpaado. La finalidad del proceso de despido no es la declaración de culpabilidad del despedido, sobre el que no se ha formulado acusación de culpabilidad penal, sino que su objeto, al que debe contraerse la actuación procesal de las partes y del órgano jurisdiccional laboral, se centra en el debate sobre si existe o no, a la luz del derecho laboral, una causa justificadora al despido disciplinario realizado por el empleador y la comprobación al efecto se desenvuelve en el marco establecido por las normas sustantivas y procesales laborales, entre las que se encuentra el art. 89.2 LPL, que faculta al juzgador para formar su convicción conforme a las pruebas practicadas en el proceso laboral. Con ello no se desconoce, ni se reduce a la nada la sentencia penal firme, sino que se limita su campo de aplicación a la esfera penal en la que se dictó, sin que afecte a la realidad jurídica que ya quedó cualificada en una sentencia laboral, que también goza de firmeza».

La doctrina judicial ha examinado, por su parte, el principio non bis in idem, estudiando precisamente las suspensiones de empleo y sueldo, defendiendo que no estamos propiamente ante una sanción, sino ante una medida cautelar, cuyos efectos desaparecen caso de estimación de la pretensión, por todas, sentencia TSJ País Vasco de 4-06-2006, EDJ 408686, defendiéndose lo siguiente: «Del mismo modo el principio de singularidad de la sanción denominado principio «non bis in ídem» hace que cualquier incumplimiento laboral una vez sancionado no pueda dar lugar a una sanción posterior (sentencia del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 1972, y 17 de octubre de 1984, a salvo de reincidencias o reiteraciones que pueden servir como agravantes de conductas

(sentencia del Tribunal Supremo 5 de noviembre de 1973, o supuestos de imposición no como sanción sino como medida cautelar no perjudicial para el interesado y cuya finalidad es el esclarecimiento de presuntas irregularidades (sentencia del Tribunal Supremo 15 de diciembre de 1994, 7 y sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 22 de julio de 1997). -En el mismo sentido, sentencia del TSJ Sevilla 19-07-2001, AS 2001/3298, donde se dijo lo que sigue: «Comenzando con la censura jurídica, el primer motivo de ésta, sobre infracción del principio *non bis in ídem*, permite resolver lo planteado en él y, en general, las relaciones o vinculaciones entre un proceso penal y un despido y en el proceso laboral posterior que eventualmente se siga por los mismos hechos, a lo cual alude la doctrina de suplicación que invoca.

El motivo se refiere, en primer lugar, a que el actor ha sido sancionado dos veces por los mismos hechos, siendo una de las sanciones el despido enjuiciado y la otra la suspensión de empleo y sueldo acordada durante el expediente disciplinario previo, pero, según razona la sentencia recurrida, esta segunda fue una mera medida cautelar al amparo de las normas invocadas en la impugnación y deducida, en interpretación integradora y lógica, del anexo VIII del convenio, con limitación temporal, siendo irrelevante, para la validez del despido posterior, si fue adoptada inicialmente por órgano competente o luego se convalidó por la ratificación del instructor, que es lo sucedido, al amparo del art. 45.1 h) ET (RCL 19951997).

Por otro lado, el expediente disciplinario para sanciones laborales no constituye un procedimiento administrativo sancionador en sentido propio, siendo distinto su origen normativo, significado y alcance, no ejecutándose en él poder sancionador público, por lo que, en su relación con un proceso penal por los mismos hechos no son de aplicación las cautelas y límites que el principio «non bis in ídem» supone, recordando la STS de 2 noviembre 2000, invocada por el actor, que la finalidad y objeto de este proceso laboral por despido es si existe o no causa de despido disciplinario según el Derecho del Trabajo, mientras que en el penal se examina la existencia de hechos delictivos y la culpabilidad penal del sujeto, con otro alcance y efectos. Debe entenderse, ciertamente, que unos mismos hechos no pueden existir y no existir para distintos órganos públicos, pero nada impide que en el presente proceso, único resuelto por sentencia firme, el juzgador forme su convicción de acuerdo con las pruebas practicadas y que ello pueda no coincidir con lo que luego resuelva el orden judicial penal, por una motivación razonada y razonable de la discrepancia, o incluso podrá proceder un recurso de revisión. Así, incluso, el órgano judicial laboral puede formar su convicción con elementos probatorios extraídos del proceso penal contando con reglas de valoración distintas a éste».

USCA defendió, por otra parte, que la D. A.^a 4.^a de la ley 9/2010, de 14 de abril, que regula los límites al desempeño de funciones operativas, situación de reserva activa y jubilación, sin que pueda coincidirse con dicha pretensión por las razones ya expuestas en el fundamento de derecho precedente, referidas a la D. T.^a 1.^a, 1, a), porque dicho precepto se refiere al sector en general, entendiéndose por la Sala que la edad de 57 años constituye, según las máximas de experiencia del sector, un momento razonable para dejar de realizar funciones operativas, siendo razonable, así mismo, que el proveedor esté obligado a proporcionarle otro puesto operativo, cuya retribución debe cohonestarse con las funciones desempeñadas, conforme a lo dispuesto en el art. 39 ET, siendo lógico también que se pase a reserva activa hasta la jubilación forzosa, cuando no se pueda ofrecer un trabajo adecuado, lo que será controlable jurisdiccionalmente y que la retribución de la reserva activa se pacte colectivamente, no habiéndose discutido por la parte actora el sistema de incompatibilidades establecido.

Ya dijimos más arriba, que USCA no reclamó en su escrito de demanda, ni alegó en el acto del juicio, que la D. Final 31 vulnerara sus derechos, a diferencia de lo alegado en la demanda inicial, lo que parece razonable, puesto que en el RDL se contempló únicamente la audiencia a las organizaciones sindicales más representativas, mientras que en la ley se contempla la audiencia a las organizaciones sindicales sectoriales, considerándose necesario por la Sala manifestar que la experiencia de la autorregulación del régimen de jornada y descanso de los controladores aéreos ha sido tan negativa en el sector y ha producido efectos tan perversos, que no solo es proporcionado y razonable que se regule reglamentariamente, sino que es inexcusable para garantizar la seguridad y la continuidad de un servicio esencial como el de tránsito aéreo, en el que están sencillamente en juego los intereses nacionales, puesto que si no se hiciera así, si se dejara al libre juego de la negociación colectiva, como ha sucedido hasta la fecha, se correría el riesgo de reproducir las situaciones precedentes, lo que pondría en grave riesgo el funcionamiento del sistema, entendiéndose, por tanto, que estamos ante una decisión ajustada a derecho, que conecta naturalmente con lo dispuesto en el art. 34.7 ET, solo que aquí con más garantías, puesto que la decisión viene impulsada desde el legislador.

Decimosexto.

Acreditada la necesidad, idoneidad y proporcionalidad de la intervención del legislador, entendiéndose por la Sala que la ley 9/2010, de 14 de abril fue necesaria, idónea y proporcionada por las razones ya expuestas, debe concluirse que la regulación legal de la prestación de servicios de tránsito aéreo, por la que se establecieron las obligaciones de los proveedores civiles de dichos servicios y se fijaron determinadas condiciones laborales para los controladores civiles, que dicha regulación no ha vulnerado, de ningún modo, el derecho de huelga de los controladores aéreos, puesto que se trata de una norma legal ajustada a derecho, que vincula a todos los

ciudadanos, también a los controladores aéreos, a tenor con lo dispuesto en el art. 9.º 1 CE, debiendo subrayarse, en todo caso, que la ley no ha podido vulnerar el derecho de huelga, cuando no se ha convocado ninguna huelga que es el requisito constitutivo para el ejercicio de ese derecho, no correspondiendo a esta Sala prejuzgar sobre la legalidad o ilegalidad de una posible huelga que no se ha convocado hasta la fecha.

Decimoséptimo.

Debe desestimarse, así mismo, que la ley 9/2010, de 14 de abril haya vulnerado el art. 33.3 CE, puesto que el presupuesto para que se indemnice por la expropiación de bienes y derechos es que los mismos sean legítimos, habiéndose acreditado cumplidamente, a juicio de la Sala, que los derechos convencionales, sobre los que ha intervenido el legislador, se obtuvieron mediante acuerdos colectivos, sin los que el I Convenio colectivo sería ininteligible, que no respetaron los límites presupuestarios, ni obtuvieron la autorización preceptiva de la CECIR, no tratándose, por tanto, de derechos adquiridos legítimamente.

Decimoctavo.

Admitido pacíficamente que la reposición íntegra en los derechos establecidos por el I Convenio colectivo suscrito por AENA y los controladores aéreos choca frontalmente con la ley 9/2010, de 14 de abril, cuya constitucionalidad no se pone en duda por la Sala, no resta más alternativa que la total desestimación de la demanda.

Sin costas por tratarse de conflicto colectivo y no apreciarse temeridad en ninguno de los litigantes.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

En la demanda de conflicto colectivo, interpuesta por la UNIÓN SINDICAL DE CONTROLADORES AÉREOS contra el ENTE PÚBLICO AEROPUERTOS ESPAÑOLES Y NAVEGACIÓN AÉREA y el MINISTERIO DE FOMENTO desestimamos la excepción de falta de legitimación activa de USCA, representada por su presidente DON J... M... G... G..., pero estimamos la excepción de falta de legitimación pasiva del MINISTERIO DE FOMENTO, a quien absolvemos de la demanda, estimamos, así mismo, la excepción de falta de acción, alegada por el Abogado del Estado y declaramos que USCA no tiene acción para reclamar a su instancia que la Sala plantee cuestión de constitucionalidad sobre el RDL 1/2010, de 5 de febrero y tenemos por desistido a USCA de su pretensión relacionada con el incumplimiento del procedimiento previsto en el art. 41.2 ET.

Desestimamos finalmente la demanda de conflicto colectivo, interpuesta por USCA y absolvemos al ENTE PÚBLICO AEROPUERTOS ESPAÑOLES Y NAVEGACIÓN AÉREA de los pedimentos de la demanda.

Notifíquese la presente sentencia a las partes advirtiéndoles que contra la misma cabe Recurso de Casación ante la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, que podrá anunciarse ante esta Sala en el plazo de DIEZ DÍAS hábiles desde la notificación, pudiendo hacerlo mediante manifestación de la parte o de su Letrado al serle notificada, o mediante escrito presentado en esta Sala dentro del plazo arriba señalado.

Al tiempo de personarse ante la Sala del Tribunal Supremo, el Recurrente, si no goza del beneficio de Justicia gratuita, deberá acreditar haber hecho el depósito de 300,51 Euros previsto en el art. 227 de la Ley de Procedimiento Laboral, en la cuenta corriente del Tribunal Supremo Sala de lo Social número..., del Banco Español Crédito, oficina de la C/ Urbana Barquillo, ...-28004 Madrid.

Llévese testimonio de esta sentencia a los autos originales e incorpórese la misma al libro de sentencias.

Así por nuestra sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos.