

LEY, ORDEN SOCIOECONÓMICO Y AUTONOMÍA COLECTIVA: «METIENDO EN VEREDA» A LOS CONTROLADORES AÉREOS

¿Quién es quién en la «refeudalización» de la navegación aérea?

CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE

*Catedrático de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social.
Universidad de Jaén*

Extracto:

EL Gobierno ha irrumpido «violentamente» en el proceso de negociación del II Convenio Colectivo de los controladores de la circulación aérea, a través del Real Decreto-Ley 1/2010 y de la Ley 9/2010. Con ello ha creado un escenario de lucha entre un modelo de regulación pactada de las condiciones de trabajo y otro de imposición unilateral y autoritaria de las mismas. El recurso a la norma con fuerza de Ley para desplazar la voluntad colectiva supone una invasión del derecho a la negociación colectiva que sólo por razones excepcionales podría justificarse.

Por su parte, la Sentencia de la Audiencia Nacional 47/2010 ha avalado este modo de intervenir públicamente en las relaciones de trabajo, por entender que es una medida necesaria y proporcionada. Para la Opinión Pública esta decisión es correcta, porque estamos ante un colectivo de profesionales privilegiados y en un marco de sindicalismo aristocrático. Ahora bien, lo cierto es que constituye no sólo una medida excepcional sino que representa un mal precedente, que corre el riesgo de extenderse a otros empleados públicos, cualificados también por un estatuto singular de condiciones de trabajo. Lo que, en efecto, ha sucedido con el Real Decreto-Ley 8/2010, recientemente convalidado por sólo un voto de diferencia.

El autor ofrece en este estudio un análisis detenido del nuevo régimen regulador de la prestación de servicios de tránsito aéreo y su impacto en la regulación de las condiciones de trabajo de los controladores aéreos. Junto a la exposición completa de todos los aspectos destacados en el plano jurídico, ofrece un cuadro de razonamientos exhaustivo para que el operador jurídico tenga elementos de juicio propios a fin de valorar si tiene o no justificación la medida seguida. A tal fin, el autor concluirá que la Sentencia de la Audiencia Nacional es más política y económica que jurídica.

Palabras clave: cielo único europeo, condiciones de trabajo, negociación colectiva, intervencionismo laboral y controladores aéreos.

LAW, SOCIOECONOMIC, COLLECTIVE BARGAINING: DISCIPLINING AIR CONTROLLERS

CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE

*Catedrático de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social.
Universidad de Jaén*

Abstract:

THE Government has bounce «violently» into the process of negotiating the Collective Agreement II of the air traffic controllers, through the Royal Decree Law 1 / 2010 and Law 9 / 2010. This situation has created a conflict stage between a regulation model agreed working conditions and a unilateral and authoritarian imposition of them. The recourse of the rule by force of law to displace the collective will is an invasion of the right to collective bargaining could only be justified for exceptional reasons.

For its part, the National Court Judgment 47/2010 has endorsed this mode of public intervention in labor relations, to understand that it is a necessary and proportionate measure. For Public Opinion this decision is correct, because this is a privileged group of professionals within a framework of aristocratic unionism. But the truth is that it is not only an exceptional measure but represents a bad precedent, which takes risks to spread to other public employees also eligible for a special status of working conditions. What in fact happened to the RD-Law 8/2010, recently ratified by only one vote.

The author in this study offers a detailed analyses of the new regulatory regime for the provision of air traffic services and their impact on the regulation of working conditions for air traffic controllers. Alongside with the complete exposure of all outstanding issues in the legal aspects, offers a comprehensive and exhaustive frame of reasoning for the legal operator to have evidence to assess themselves whether or not justify the measure followed. To this end, the author concluded that the Judgment of the National Audience is more political and economic than legal.

Keywords: Single European Sky, working conditions, collective bargaining, labor interventionism and air traffic controllers.

Sumario

1. Introducción: se abre la veda para la «caza» de «privilegios profesionales» y más.
2. «Discurso político» de la ley: épica del «príncipe valiente» –Ministerio de fomento– y los privilegios de «los caballeros de la torre» –controladores de circulación aérea–.
 - 2.1. «Malos tiempos para la lírica»: el «poder legal» y los «privilegios» de la «aristocracia profesional» de los controladores de circulación aérea.
 - 2.2. De «Valiente» a «Maquiavelo»: de la solución convencional a la solución autoritaria (por Decreto-Ley) de los conflictos laborales.
3. Razones «confesadas» y contenido de la nueva regulación: una nueva «ley histórica» abrogativa de un convenio.
 - 3.1. La dualidad de razones legitimadoras de la intervención: un mapa de motivos económicos y jurídicos.
 - 3.2. La sobreactuación del problema para legitimar los recortes de derechos: el catálogo de las medidas de intervención.
4. La dimensión organizativa-empresarial: la liberalización del modelo de prestación de servicios de tránsito aéreo.
 - 4.1. La nueva regulación de la prestación de servicios de tránsito aéreo: claves del nuevo modelo.
 - 4.2. La apertura del servicio público de gestión del tránsito aéreo al mercado.
 - 4.3. De los «privilegios feudales» al «poder absolutista»: el poder de dirección del servicio como orden público económico indisponible.
 - 4.4. El reforzamiento del poder de control y disciplinario: la indebida mezcla del orden laboral y el orden público-administrativo.
5. La dimensión jurídico-laboral del nuevo régimen del servicio: claves de un estatuto profesional, ¿especial o excepcional?
 - 5.1. Una cuestión previa: el carácter laboral de la relación de empleo público de los controladores.
 - 5.2. «La madre del cordero»: las reglas relativas al tiempo de actividad y descanso del personal dedicado al control del tránsito aéreo.
 - 5.3. El régimen laboral transitorio de los controladores aéreos de AENA: la sustitución de la voluntad colectiva por la voluntad unilateral.
 - 5.4. Situaciones especiales de los controladores por razones de inadecuación al puesto: límites operativos, reserva activa y jubilación.
6. La dimensión jurídico-profesional de la regulación: medidas extraordinarias en materia de formación profesional.
7. El juicio de oportunidad-proporcionalidad de la medida: ¿no había otra alternativa?
8. Reflexión final: ¿«la mancha de mora roja con mora verde se quita»?

*«Primero vinieron por los controladores aéreos, como yo no lo era
 No me importó y no protesté
 Después vinieron por los funcionarios, como yo no lo era
 No me importó y no protesté
 Después vinieron por los pensionistas, como yo no lo era
 No me importó y no protesté
 Después vinieron por mí, que soy especulador profesional, y sí protesté
 Pero ya era tarde, no había nadie para defenderme»*
 (Elaboración propia parafraseando a NIEMÖLLER)

1. INTRODUCCIÓN: SE ABRE LA VEDA PARA LA «CAZA» DE «PRIVILEGIOS PROFESIONALES» Y MÁS

Pese a las constantes promesas del advenimiento de una nueva era para la Humanidad, a partir de las «revoluciones tecnológicas» y «organizativas», en la que todo será mucho mejor y más «moderno», más en ese mundo enigmático y siempre revuelto, aunque fascinante, de la navegación aérea, una «nube de cenizas» salida de un volcán que lleva ahí millones de años y que sólo ha hecho cumplir con aquello para lo que la naturaleza lo preparó, ha bastado para devolver el sueño europeo a la tierra. Cuando Europa, pese a la crisis sistémica –y de inteligencia– que atraviesa, se dispone a entrar en la época del «cielo único europeo», que implicará la mayor revolución en la gestión aeroportuaria conocida, la naturaleza dejó en evidencia los desajustes entre lo que queremos ser y lo que realmente somos, entre lo que pretendemos y lo que en verdad tenemos. Los sueños de miles de ciudadanos se desvanecieron de inmediato y nos devolvió casi un siglo atrás, en el que los viajes allende las fronteras había que hacerlos por «carretera», o por tren, con largos y largos tránsitos.

Coincide esta «nube de ceniza» –que no sólo está fuera, sino dentro de muchos modos de actuar de nuestros responsables políticos–, con la filtración en los medios de comunicación de las «interioridades» del trágico accidente aéreo de Spanair, que se cobró la vida de 154 personas en agosto de 2008 y que se podía haber evitado de no concurrir todo un cúmulo de decisiones negligentes por parte de todos los operadores. Poner la *Eficiencia económica*, esto es, la cuestión de los costes de la navegación, por encima de la *Seguridad Aérea* tiene consecuencias dramáticas. En este ámbito, no hay más opción política, jurídica y económica, que exigir «Sistemas de Gestión de Seguridad Operacional». Por eso, produce escalofrío saber que, según los datos de la Entidad Pública Empresarial

Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA), comunicados por APROCTA (Asociación Profesional de Controladores de Tránsito Aéreo), en los últimos cuatro meses se ha disparado el número de incidentes aéreos en España. Concretamente, en marzo de 2010 aumentaron un 96 por 100 las notificaciones de incidentes respecto del mismo mes de 2009 –siete situaciones llamadas de «cuasi colisión» en el TMA (Área Terminal de Aproximación) frente a dos en 2009–.

¿Y por qué este aumento? Para un sector de opinión –sobre todo el colectivo interesado– por las nuevas condiciones de trabajo impuestas, primero por Decreto-Ley 1/2010, y luego por Ley 9/2010, a los controladores aéreos. Turnos forzosos exprés, jornadas prolongadas, injerencias operativas de AENA, un clima laboral viciado, que genera estrés por la incertidumbre de la situación...

Sin embargo, no sólo la ciudadanía en general, sino recientemente la propia Audiencia Nacional –por dos veces, la más relevante y aquí analizada se produce con la *SAN 47/2010, 10 de mayo*– han mantenido una posición absolutamente favorable, si no plenamente condescendiente, con esta penetración virulenta del Gobierno, primero, y del Parlamento, después, sin bien de modo más matizado, por lo que se dirá, en el modo normal de ordenar las relaciones de trabajo, que es la negociación colectiva. La invasión gubernamental –y luego, por habilitación legal, del poder empresarial– del espacio reservado para la negociación colectiva de este colectivo ha contado con todo el favor de la opinión pública, que aplaude la extraordinaria «valentía» de un Gobierno que, por fin, pondría en su sitio a un colectivo profesional absolutamente privilegiado. De este modo, se pondría coto a décadas de desmanes de gestión y «saqueos» por parte de estos trabajadores, tan cualificados como «señoritos», y de sus representantes sindicales, que forman parte de un modelo de organización colectiva típico de lo que antaño se conocía como la «aristocracia profesional».

A tal fin, y en aras del valores superiores de la Nación que estarían por encima de cualquier negociación, como la «seguridad» del servicio aéreo, el Poder Soberano, se habría visto obligado a intervenir desposeyendo a los controladores de su posición de estatus profesional absolutamente privilegiado y devolviendo a AENA, la «desvalida» entidad organizadora –de modo monopolista– del servicio, el poder absoluto de control que por Ley y por Justicia le corresponde. Un poder que, hasta ahora detentado –en sentido estricto, esto es, apropiado ilegítimamente– habría perdido no en justa lid, sino en un proceso de negociación colectiva asimétrica en el que el sujeto aristocrático –Unión Sindical de Controladores Aéreos (USCA)–, habría hecho valer su poder de contratación sobre el poder de dirección del sujeto proveedor del servicio, pese a ser un Ente Público monopolista –AENA–. La Ley, pues, acude al rescate –como ya se hizo a favor de sujetos tan «vulnerables» como los Bancos, y en general los Mercados Financieros– del sujeto que se presenta como «agraviado» y «desvalido», para devolverle lo que le corresponde al interés común.

Paradójicamente, lo que para unos se está convirtiendo en un factor de riesgo para la Seguridad, para otros, en cambio, aparece como una necesidad inexorable para que quede garantizada aquella Seguridad. La tarea que aquí y ahora emprendemos es la de aventurarnos a dar argumentos jurídicos, serios por tanto, pero sin renunciar a una cierta ironía en el enfoque a seguir, que creo hoy se agradece en un momento en que todo el mundo se empeña en convertir la «recesión» en «depresión», para valorar quién lleva razón. El resultado divergirá notablemente de la decisión, ya adelantado mi juicio, *no jurídica sino eminentemente política y económica*, dada por la *SAN 47/2010*.

Como ya ha podido apreciar el avisado lector, he elegido, deliberadamente, un enfoque no aséptico –esto no existe, ni en la realidad social ni en la ciencia creíble– del problema. Al contrario, he buscado un planteamiento casi épico del mismo, situándolo en un terreno de confrontación o pugna entre poderes de regulación de una actividad, casi a modo de las viejas «justas» o «torneos» medievales, en las que rivalizan o se enfrentan posiciones de estatus privilegiadas, pues se reservaban para los Señores y Caballeros. En este caso, quien tiene el poder de imperio, el Gobierno y el Parlamento, decide intervenir a favor de una organización monopolística, AENA, dotada de poder y recursos, para imponer unilateralmente las condiciones de trabajo frente a otra entidad u organización, la aristocrática representación de profesionales privilegiados, USCA, que, cual «caballeros de la Torre de Control» –aéreo–, se habrían apropiado, por la vía de la autonomía colectiva ex artículo 37 de la Constitución Española (CE), del poder de regular tanto su profesión como su trabajo, por supuesto en sentido corporativo –restringiendo el acceso– y sólo pensando en sus intereses, y en detrimento de los intereses y derechos del conjunto de la ciudadanía, no sólo nacional, sino también europea, y mundial en realidad.

De este modo, el nuevo y poderoso ministro de Fomento, que prometió a poco de llegar al cargo que cambiaría el modelo de gestión de AENA, introduciendo un mayor peso de lo privado y optimizando el servicio en bien de todos y pese a quien pese, ha cumplido su promesa. En este sentido, se propone un modelo regulador más abierto, más transparente, más moderno, más óptimo económicamente... Para lo que incluso se aboga, una vez más y cómo no, por el modelo basado en la creación de mercados competitivos. Ciertamente, hay quien advierte que la situación es bien diferente, en virtud del difuso entramado de empresas controlado por AENA, que imposibilitaría un escenario de libre competencia y que infla desmesuradamente su cuenta de proveedores y los ingresos brutos del entramado de empresas del grupo, especialmente las relacionadas con algunos aeropuertos. Con lo que se evidencia una situación más cercana a lo que se entiende por organización feudal que a un entramado moderno y abierto de servicio público, de calidad y a un precio sostenible ¹.

En frente, desmantelado habría quedado el poder avasallador de esa organización profesional de tipo feudo-corporativa que constituye USCA y sus «caballeros» controladores. En un momento en el que los Mercados tiranizan a los Gobiernos, debilitando la Soberanía, al menos habría un espacio en el que ésta volvería a reinar, y aunque no nos haga «felices», al menos sí nos devolverían la confianza en la Ley.

Se acepte o no, guste más o menos, los planteamientos que vislumbran en una Sociedad que se tiene por «posmoderna» orientaciones retrospectivas, ya de corte neomedieval –que ya habían sido anunciadas hace varias décadas–, ya incluso de tipo absolutista, autoritario –el debilitamiento de los espacios de Libertad en aras de una imposible Seguridad tras los atentados del 11-S en Nueva York, moviendo a normas cada vez más restrictivas, no son más que un ejemplo en el ámbito que comentamos–, lo cierto es que los aeropuertos cada vez constituyen más un espacio separado de las reglas que rigen con carácter general la vida social. En este sentido, el recurso a la Ley para «cancelar» o «anular» transitoriamente determinadas conquistas jurídicas –al igual que se cancelan vuelos, e inclu-

¹ Cfr. la opinión, más de denuncia que razonada, de Jonh White. «Quién es quién en la feudalización de Aena y Fomento». <http://www.aviaciondigitalglobal.com/noticia.asp?NotId=11921&NotDesignId=4>.

so se cierran aeropuertos, sin preavisar–, emerge cada vez con más frecuencia en nuestro tiempo, poniendo de manifiesto bastante más que un episodio de privación de derechos ciudadanos –en este caso de ciudadanía social y empresarial–, pues se trata de una auténtica «crisis de civilización».

Ni que decir tiene que no quiero, ni puedo, profundizar en este extremo que me alejaría mucho del sentido de este análisis. Pero sí creo oportuno recordar cómo nos hallamos en un momento de extraordinaria incertidumbre, que recuerda mucho el mundo de inseguridad el «Antiguo Régimen». Los «peligros en los caminos» durante la Edad Media serían hoy comparables a esos riesgos que también ahora tenemos en nuestros caminos vitales, tanto en nuestra vida extralaboral como en las condiciones laborales, y que producen un sentimiento generalizado de extrema inseguridad, una característica del modelo medieval. La vida del hombre medieval –perdón por el sesgo de género, pero en esa época la situación de desigualdad dominaba por sus fueros– era eminentemente provisional, envuelta en situaciones muy inseguras y aleatorias.

Un mundo, por otro lado, basado en la proliferación de estatutos diferenciados, de modo que la segmentación social y la proliferación de los estatutos privilegiados eran la tónica dominante, frente al sueño moderno de igualdad efectiva –liberal primero, por tanto formal, social después, por tanto real–. Por supuesto, y finalmente, se trataba de un mundo en el que se multiplicaban los conflictos, en los que «ejércitos privados» se ponían al servicio de los «señores de la guerra», como se les llamaba en la Edad Media y que tienen hoy su paralelismo no sólo en la «tribalización» de las guerras actuales, sino también en las posiciones de poder económico que dominan, de nuevo, sobre el propio poder de los Estados ².

Un mundo, en el plano intelectual, propicio, para las «novelas de caballería», máxime en un momento en el que corren «malos tiempos para la lírica» –y para el empleo, y para la prevención de riesgos...–. Podría pensarse que la escrita ahora por el Ministerio de Fomento, primero promoviendo un Real Decreto-Ley del Gobierno y luego una Ley con un gran apoyo parlamentario, es la de una aventura exitosa, necesaria. La de una acción valiente para disciplinar un ámbito descontrolado y poblado por situaciones de privilegio injustificado. Pero a menudo las historias del «soberano» valiente terminan derivando en otra historia más propia de *El príncipe*, de MAQUIAVELO tratado de acción política dominada por un modelo basado en el principio autoritario sobre el principio de libertad –en este caso colectiva–. Ingenuamente podríamos incurrir en la tentación de creer que estamos ante una reacción excepcional de regulación, a justificar sin reparos por la especificidad de los sujetos afectados, que «bien se lo tienen merecido».

Pero el error sería mayúsculo. Legitimar sin más un modelo de regulación de esta guisa, por entender que sólo afecta a «profesionales privilegiados» supone ignorar la realidad, no ya de nuestro ordenamiento jurídico, sino social actual. Y es que una vez se abre la veda, ya es muy difícil pararla. No creo pecar de oportunista si traigo de inmediato a colación el errático, y este sí muy contestado, Real Decreto-Ley 8/2010, el del cruel tijeretazo contra derechos de funcionarios, pensionistas, usuarios de servicios de transporte... No me voy a detener en comentar una norma que será objeto, en

² Este retroceso de la civilización hacia la nueva Edad Media busca sus causas en la disolución de los vínculos sociales, la privatización del poder y los conflictos entre grupos competidores. De enorme interés, los cuatro estudios recogidos en ECCO, U. La Nueva Edad Media. Alianza Editorial. 2004.

breve, de estudio pormenorizado en estas mismas páginas, pero sí creo relevante dejar constancia de que responde a la misma lógica que el Real Decreto-Ley 1/2010, por cuanto por esta vía –contestada por la STCO 68/2007–, se recurre a la determinación unilateral de condiciones de trabajo, en este caso retributivas, en contra de lo pactado colectivamente.

Seguro que de nuevo hay quien legitima este modo de actuar por la especificidad de los colectivos afectados, los favorecidos «funcionarios», que a cambio de mantener el «privilegio de estabilidad» en el empleo –no tienen el riesgo de ser despedidos, como millones de trabajadores hoy–, deben contribuir con parte de su sueldo –pagado por todos– a resolver un problema que, por supuesto, no han generado –tampoco los trabajadores despedidos–. Pero no van sólo en el «paquete» los funcionarios, también los «pensionistas», respecto de los que tampoco el Pacto de Toledo –Acuerdo Político y Social, no jurídico, cierto–, ha servido ya de garantía. Pero entonces ¿dónde está el límite al poder absoluto del Soberano? ¿Alguien queda a salvo? ¿Lleva razón MAQUIAVELO cuando escribía en su Príncipe –que hoy convendría releer con detalle– que el fin –salvar el interés de la economía nacional– siempre justifica los medios?

Las referencias podrían multiplicarse evidenciando la actualidad de este tema y su alcance general –por ejemplo, el episodio de CAJASUR, cuya intervención pública se ha debido básicamente al fracaso del proceso negociador en el ámbito laboral, por la posición fuerte de otro sindicato «autónomo», en este caso apegado a la Iglesia, que ya ha aparecido también para que no nos falte ningún personaje clave de este retorno a la Edad Media, y para ilustrar el contexto de las «novelas de caballería»–. La cuestión no es relevante sólo en el plano de la política del derecho, sino también técnicamente, porque uno de los argumentos esgrimidos para cuestionar la validez de la regulación aquí comentada es su consideración o no como «ley de caso único», modelo legislativo que, como es sabido, suscita especiales problemas de ajuste constitucional respecto al principio de igualdad. Por supuesto yo no voy a seguir ilustrando este enfoque con más casos.

Ahora ya ha llegado el momento de hacer lo que toca y he comprometido. Explicar con detalle por qué entiendo que la noble y loable misión emprendida por el Gobierno, reordenar un sector caótico –el caos aéreo usual también está en el caos organizativo del servicio en el plano laboral, que no lo dude nadie–, no se ha realizado del modo exigido constitucionalmente y, cómo un buen propósito – «meter en vereda a los controladores aéreos»– se cumple con un mal uso del Real Decreto-Ley y de la Ley, cuando había otros modos alternativos menos invasores y lesivos de derechos, de tanta trascendencia como la libertad sindical en relación a la negociación colectiva. Para ello, y como siempre, trataré de exponer con detalle, y en lo posible con claridad –porque la estructura de las normas analizadas es tan caótica como el servicio que ordena– los principales aspectos del régimen jurídico aportado por estas normas.

En este análisis daré cuenta de los principales problemas teóricos y prácticos que se suscitan. Junto a esta exposición, daré mi valoración en torno a la adecuación o no, desde los principios de constitucionalidad y de proporcionalidad, de cada una de las medidas adoptadas al ordenamiento jurídico vigente. Para ello iré comentando de un modo exhaustivo los razonamientos aportados por la SAN 47/2010 que, como ya he anticipado, acepta la plena constitucionalidad, legalidad, oportunidad y buen hacer de ambas normas de rango legal.

2. «DISCURSO POLÍTICO» DE LA LEY: ÉPICA DEL «PRÍNCIPE VALIENTE» –MINISTERIO DE FOMENTO– Y LOS PRIVILEGIOS DE «LOS CABALLEROS DE LA TORRE» –CONTROLADORES DE CIRCULACIÓN AÉREA–

«... Es necesario que el príncipe sepa que dispone, para defenderse, de dos recursos: la ley y la fuerza. El primero es propio de hombres, y el segundo corresponde esencialmente a los animales. Pero como a menudo no basta el primero es preciso recurrir al segundo. Le es, por ende, indispensable a un príncipe hacer buen uso de uno y de otro, ya simultánea, ya sucesivamente... o sea que un príncipe necesita utilizar a la vez o intermitentemente de una naturaleza y de la otra, y que la una no duraría, si la otra no la acompañara.»

Capítulo XVIII: «De qué modo deben guardar los príncipes la fe prometida».
El Príncipe. N. MAQUIAVELO.

2.1. «Malos tiempos para la lírica»: el «poder legal» y los «privilegios» de la «aristocracia profesional» de los controladores de circulación aérea

En la eterna lucha entre el poder de «Estado» y el poder de «Mercado», que hoy conoce episodios especialmente virulentos, inclinándose la balanza a favor de éste, el Real Decreto-Ley 1/2010, primero, y la Ley 9/2010, algo más ponderada, después, habría escrito un capítulo épico en el que la soberanía popular, formalizada a través de la Ley, terminaría triunfando por encima de los privilegios adquiridos por ciertos colectivos a través de su poder contractual, reforzado mediante la instrumentación del derecho a la negociación colectiva al servicio de un modelo sindical aristocrático. La claudicación del Estado ante el Mercado financiero «internacional» o global, parece querer darse un respiro con esta batalla ganada, incluso, de momento, ante los Tribunales y aunque sea respecto de un colectivo reducido, pero de gran impacto en la calidad de vida de los ciudadanos y también de la economía nacional, por la gran repercusión que en ambas esferas tiene el servicio de tránsito aéreo. Para el legislador no hay otra solución tras años de expolio de poderes y recursos, de privilegios, y habría hecho lo que tenía que hacer y en su «justa medida»... Para los profesionales se habría vuelto de repente al «Estado absoluto», en el que el Soberano arrasa los derechos de autonomía laboral o profesional en aras de intereses generales decretados por el Poder Ejecutivo, y luego reforzado por el Poder Legislativo.

En todo caso, el resultado será que, por imperativo legal, el control del servicio vuelve a las manos de la organización proveedora pública, AENA. Un proveedor que hasta ahora ha ejercido en régimen de monopolio su función, pero que a partir de la nueva regulación se verá rodeada de competidores pues, como se verá de inmediato, otro objetivo de la regulación es quebrar este monopolio público a favor de la creación de un modelo de provisión de servicio de tránsito aéreo basado en la creación de un mercado competitivo, con más competidores. El mercado, pues, siempre reaparece.

Pero con esta opción para resolver un grave problema económico –más que de tipo organizativo, por lo que luego diremos–, el extraordinario coste del servicio de control de tránsito aéreo, no sólo se habría desplazado la regulación colectiva a favor de la regulación unilateral de las condicio-

nes de trabajo del colectivo de controladores de circulación aérea (CCA), sino que se habría tomado una clara decisión política: frente al modelo participado de gestión –cercana a la cogestión– de esta actividad de servicio público, se volvería a un modelo absolutista de gestión basado en el ejercicio en exclusiva del poder por AENA –y los demás proveedores de servicios–. De ahí, que para el sector crítico con esta opción estemos tanto a un proceso de privatización de un servicio público, a fin de introducir mayor competencia que desmantele posiciones de privilegio –tanto organizativo como profesional– en este ámbito, como ante una cierta «militarización» de su gestión, al retroceder a tiempos en los que el poder era sólo cosa del empleador, al margen de la acción de los trabajadores³.

A mi juicio, éste es el terreno adecuado para desvelar el espacio adecuado en que debe situarse el conflicto suscitado por este modo intervencionista-autoritario de reordenar las relaciones laborales en un espacio singular de empleo público como es el de los CCA. Pese al gran esfuerzo que realiza el legislador en la Exposición de Motivos (EM) para apuntalar su andamiaje argumental a favor de un Real Decreto-Ley (RD-Ley) absolutamente anómalo en nuestro ordenamiento jurídico, por más que pueda ser también anómala jurídicamente la regulación convencional de este colectivo –pero la «mancha de mora roja con mora verde no se quita»–, resulta claro que el discurso que inspira esta acción es eminentemente «político-económico». El legislador quiere poner coto al poder alcanzado por este colectivo a lo largo de dos décadas de ejercicio de su derecho a la negociación colectiva, que la SAN 47/2010 considerara nada menos que fraudulento como se comentará, cambiando radicalmente el modelo, desapoderando a unos –los trabajadores– y reapoderando a otro –empleadores–. Si por privilegio jurídico se entiende un régimen de favor singularmente disfrutado sólo por un sujeto o por un colectivo en virtud de una «ley singular», propia, el legislador estaría convencido de que nos hallamos en esta situación, lo que sería intolerable en estos tiempos, sobre todo porque ese privilegio habría multiplicado los costes del sistema, perjudicando de un modo notable la competitividad de nuestro servicio en relación al resto de Europa.

La machacona reiteración del argumento de la seguridad y continuidad del servicio como razón de ser de la regulación cae por su propio peso, casi como un castillo de naipes, apenas se tenga en cuenta dos argumentos elementales. El primero es que el Gobierno ha tenido casi 20 años para corregir esta situación que el poder público provocó convirtiendo en laboral un colectivo funcional y tolerando durante años que AENA no solicitara las autorizaciones necesarias para negociar cuestiones retributivas, como le exige la Ley. El segundo, y aún más determinante, es que durante este tiempo el servicio ha venido funcionando con seguridad y también con continuidad. Otra cosa es el elevado precio de este servicio, a raíz del poder contractual alcanzado por los CCA a través de la negociación colectiva entre AENA y USCA, su sindicato mayoritario.

En suma, la responsabilidad del «calamitoso» –así lo califica la Audiencia Nacional, recogiendo la sobreactuada EM del RD-Ley, por tanto en cierto modo siguiendo los argumentos de «parte interesada», aunque no sea el empleador– estado de este servicio residiría sobre todo no en quien no pide las autorizaciones estando obligado a ello –AENA–, sino en la posición de predominio de USCA, que lejos

³ Respecto a los proveedores civiles de tránsito aéreo en las torres de control conviene hacer ciertas aclaraciones. En nuestro entorno europeo, solamente el Reino Unido parece seguir el modelo, pues cuenta con un proveedor principal NATS que da servicio a los principales aeropuertos y al menos 30 proveedores certificados ATS que atienden torres de muy poco tráfico. La DFS alemana se encarga de los principales 16 aeropuertos y se estima que un futuro los aeródromos de menor tráfico pasen a depender progresivamente de otro proveedor. El resto, DSNA, NAVPT, ENAV, NAVIAIR, AVINOR, LfV, AUSTROCONTROL se mantienen como únicos proveedores.

de comportarse con la racionalidad y el compromiso típico de los sindicatos más representativos, los llamados «sindicatos de clase», actuaría sólo como un «sujeto de negocios», buscando favorecer al límite las posiciones de sus representados. La fuerte afiliación de este sindicato y, por tanto, su gran poder de presión e influencia, le daría, a su vez, un extremado poder de contratación, invirtiendo las posiciones típicas en el ámbito laboral, por cuanto sería la empleadora la debilitada contractualmente a través de la negociación y el colectivo de CCA los reforzados profesionalmente a través del poder de autorregulación colectiva.

Como es sabido, este tipo de «sindicalismo autónomo» o «sindicalismo de negocios» tiene una fuerte raigambre en los primeros tiempos de la economía capitalista, en la medida en que constituyen los herederos de la organización corporativa típica de los «gremios profesionales», por tanto en el paleo-capitalismo. No obstante, luego han permanecido fuertes en determinados modelos de sindicalismo –EEUU, Reino Unido– en los que la profesión tiene una importante presencia en la organización de la actividad económica. Para expresar tanto su poder como la insolidaridad de clase que generan, la teoría marxista, como es conocido, los llamó la «aristocracia obrera» o «aristocracia profesional», de ahí la desconfianza que generaba. En consecuencia, son vistos como una fuente de conflictividad permanente, de poder de elevación de rentas muy por encima de los compromisos laborales, de logro de privilegios profesionales.

Naturalmente, todo esto hasta que un día llegó al Ministerio de Fomento un paladín de las causas nobles que, a modo del personaje de «Valiente», uno de los más grandes mitos de la historia del cómic, se marcó poner a cada uno en su sitio, restableciendo poderes en pro del bien común y fustigando a los «caballeros negros» –no por el color de su piel, por supuesto, sino por el «traje que vestían», esto es, el del interés propio en detrimento del general–. Valiente, si se me permite la licencia literaria, encarna al hijo de Aguar, «rey de Thule» –esta palabra designa, en el uso antiguo, a cualquier lugar lejano y distante situado más allá de las fronteras del «mundo conocido»–. Éste, desposeído de su trono por el usurpador Sligon, se instala con su familia y unos pocos seguidores en los pantanos de la costa inglesa. Las primeras aventuras de Valiente tienen lugar en estos pantanos. Más tarde salva la vida al caballero «Sir Gawain», lo que le permite viajar al reino de Camelot –lugar que nunca existió, pero que refleja la búsqueda por encima de todo de la verdad y la justicia–, y, tras servir a Sir Gawain como escudero, legará a convertirse en caballero de la Tabla Redonda –la máxima expresión de la participación en igualdad en la toma de decisiones entre caballeros selectos, elegidos entre muchos por su honestidad, lealtad y sentido del bien–.

Pues bien, concedida –espero– la licencia literaria, la metáfora de la lucha de un «príncipe Valiente» contra «caballeros» –los «Caballeros de la Torre de Control»– que monopolizan, y «abusan», de su poder de contratación, nos ayuda a situar mejor, como decía, el tipo de conflicto que se produce en nuestro ordenamiento al entrar «a capa y espada» el legislador en el sagrado espacio protegido por el derecho a la autonomía colectiva. En realidad, el carácter tan radical de esta intervención y lo excepcional que ha de ser una medida de este tipo, por quebrar el principio de autonomía colectiva y de libertad sindical que ordena el entero sistema, sin que desmerezca, aunque lo module, su encuadramiento en el ámbito del empleo público, determinará que sólo la existencia de un motivo muy noble, de orden superior, puede amparar tan intenso despojo de derechos constitucionales. Y sin duda la eliminación de privilegios profesionales y la garantía de la seguridad de un servicio tan esencial, dentro de ciertos límites, lo sería.

2.2. De «Valiente» a «Maquiavelo»: de la solución convencional a la solución autoritaria (por Decreto-Ley) de los conflictos laborales

«Desde que un príncipe se ve en la precisión de obrar competentemente conforme a la índole de los brutos, los que ha de imitar son el león y la zorra, según los casos en que se encuentre. El ejemplo del león no basta, porque este animal no se preserva de los lazos, y la zorra sola no es suficiente, porque no puede librarse de los lobos. Es necesario, por consiguiente, ser zorra, para conocer los lazos, y león, para espantar a los lobos; pero los que toman por modelo al último animal no entienden sus intereses»

El Príncipe. N. MAQUIAVELO

La clave de la madurez de un sistema de relaciones laborales, incluso en el ámbito del empleo público donde el principio de legalidad tiene una mayor presencia pero sin poder desconocer el carácter fundamental de la libertad sindical en su faceta de autonomía de regulación, está en la institucionalización del conflicto, de modo que la consecuencia del necesario «orden socioeconómico» y de la imprescindible «paz social» se logren no desde la imposición del más fuerte sino desde la negociación. Por eso, la irrupción autoritaria en el proceso de negociación del II Convenio Colectivo de los CCA dibuja bastante más que un escenario de colisión entre dos poderes jurídicos, el legal y el convencional, para ilustrar una auténtica invasión, que de consolidarse en el tiempo –más allá de los tres años de régimen transitorio– sería colonización, de éste por la Ley, y en su versión más conflictiva, la del RD-Ley, cuya valoración restrictiva no desaparece porque se tramite mediante una Ley casi tan irreflexiva como aquél. El ligero recurso a instrumentos de «coyuntura económica problemática» o «crítica», como es el RD-Ley, para dar respuesta a una situación para la que se ha tenido más de 10 años para resolverlo –desde 1999, fecha del primer convenio– y para la que había otras fórmulas mucho más respetuosas con los derechos de autonomía colectiva, volviendo a la época en que señoreaban los poderes absolutos y unilaterales, expresa la reedición de una imagen negativa del conflicto y de sus instrumentos de solución que tienen difícil encaje constitucional.

La importante STCO 68/2007, que declaró inconstitucional el Real Decreto-Ley 5/2002, por tanto de alcance estrictamente laboral, ya recordó que el juicio político debe estar también en este ámbito sometido a control jurídico. El Real Decreto-Ley ex artículo 86 de la CE ni puede convertir lo excepcional en normal o usual, confundiendo coyuntura de crisis con ineficiencia en la gestión de un servicio, ni puede vaciar de contenido un derecho.

Es muy fina, pues, la frontera que separa el deber de restaurar el buen orden perdido –la ambición del «príncipe» o «soberano valiente»–, de la desviación autoritaria del «Príncipe maquiavélico». Como se recordará, para este otro modelo sería mejor ser «autoritario» que «liberal», ya que la «clemencia» o la «concesión liberal», que es lo que habría hecho hasta el momento AENA, daría excesiva libertad a personas y procesos. A las personas, porque tienden a realizar su propio interés y a actuar, pues, en beneficio de sí mismos y no del interés general, aunque sea a través de poderes y derechos legalmente atribuidos, pero que terminan utilizando abusiva y arbitrariamente en detrimento del superior interés de la Nación. Y a los procesos, porque a partir de ese enfoque liberal

tenderían a desplegarse por derroteros incontrolados del todo para el gobernante, perjudicando a toda la población.

Sin embargo, recordaba MAQUIAVELO, el ejercicio autoritario del poder evitaría los hechos que afectan –perjudican– a toda la población, limitando el esfuerzo a un ámbito y/o a un colectivo específico, de modo que sólo habría que «ejecutar» a unas personas para mantener el «buen orden social». En consecuencia, estas «ejecuciones» –en nuestro caso, y para no llevar demasiado lejos la metáfora, el recorte de derechos profesionales– sólo afectarían a unos pocos individuos, que resultarían «sacrificados» en beneficio de la «comunidad»⁴. La falacia de este modo de razonar es evidente y ya lo he ilustrado trayendo a colación el cruel Real Decreto-Ley 8/2010 –cruel porque hace pagar el coste de la crisis a quien no la ha generado, favoreciendo que quienes sí lo han hecho continúen con los mismos negocios que nos llevaron a la crisis–. Sin embargo, nuestro gobernante se ha persuadido de lo contrario, de modo que ha preferido el ejercicio del gobierno mediante la fuerza de la Ley unilateral, en detrimento de un modo concertado o negociado de ejercicio del Gobierno de la relación laboral, suspendiendo de vigencias las cuestiones clave de la negociación colectiva. En última instancia, el fin –*la continuidad y seguridad de un servicio prestado a un precio razonable*– justificaría los medios –suspensión de su derecho a negociar condiciones fundamentales como el tiempo de trabajo–⁵.

Ahora bien, en un Estado Social de Derecho, ni el fin justifica los medios, ni, como suele ocurrir, los fines suelen estar tan claros, sino que más bien sirven de una pura excusa para justificar la decisión política adoptada, generando apariencia de legitimidad. Tal y como ya he anticipado, y argumentaré con algún detalle más, el fin que se dice perseguir no está en juego, sino que ha estado garantizado hasta ahora, como prueba el que el incremento de la navegación aérea se haya afrontado con una eficacia razonable. Por lo mismo que tampoco se puede entender el argumento crítico, el de los controladores, que evidencian que la seguridad se verá afectada por el actual incremento de jornada, cuando realmente es el mismo. Otra cosa es, para ambos, que lo que varía es «el precio» del servicio. Para el empleador público se trata de rebajar el coste de modo sustancial a costa del salario, también de todo punto desaforado, de los controladores.

Pero, ¿*la viabilidad económica del sistema de navegación aérea en el renovado marco comunitario de «cielo único» –que no existe, y si no recuérdese la caótica gestión de la dichosa «nube de ceniza»–, justifica el recurso al poder autoritario, tanto del legislador, primero, como del prestador de servicio, después?* Es evidente que no. Vemos por qué.

⁴ Recuérdese que el contexto histórico de *El Príncipe*, de N. MAQUIAVELO, es el de la Florencia de los Médicis, cuya ciudad sufre sucesivas crisis, donde alumbra una conciencia política apoyada por «El Príncipe». Son los comienzos de la Revolución Renacentista (tránsito de la Edad Media a la Edad Moderna), de cuyas bases surge posteriormente el modelo capitalista de organización de la economía.

⁵ «... En las acciones de todos los hombres, pero particularmente en las de los príncipes, contra los que no cabe recurso de apelación, se considera simplemente el fin que llevan. Dedíquese, pues, el príncipe a superar siempre las dificultades y a conservar su Estado. Si logra con acierto su fin se tendrán por honrosos los medios conducentes al mismo, pues el vulgo se paga únicamente de exterioridades y se deja seducir por el éxito». Y como el vulgo es lo que más abunda en las sociedades, los escasos espíritus clarividentes que existen no exteriorizan lo que vislumbran hasta que la inmensa legión de los torpes no sabe ya a qué atenerse. En nuestra edad vive un príncipe que nunca predica más que paz, ni habla más que de buena fe, y que, de haber observado una y otra, hubiera perdido la estimación que se le profesa, y habría visto arrebatados más de una vez sus dominios. Pero creo que no conviene nombrarle. «[se refería, entonces, a Fernando el Católico].». Capítulo XVIII: «De qué modo deben guardar los príncipes la fe prometida». En *El Príncipe*. N. MAQUIAVELO.

3. RAZONES «CONFESADAS» Y CONTENIDO DE LA NUEVA REGULACIÓN: UNA NUEVA «LEY HISTÓRICA» ABROGATIVA DE UN CONVENIO

«Habiendo considerado todas las dotes que deben adornar a un príncipe, quiero... discurrir también sobre las otras... estatuyendo que el príncipe debe evitar lo que pueda hacerle odioso y menospreciable. Cuantas veces lo evite, habrá cumplido con su obligación, y no hallará peligro alguno en cualquiera otra falta en que llegue a incurrir. Lo que más que nada le haría odioso sería mostrarse rapaz, usurpando las propiedades de sus súbditos, o apoderándose de sus mujeres, de lo cual ha de abstenerse en absoluto. Mientras no se quite a la generalidad de los hombres sus bienes o su honra, vivirán como si estuvieran contentos, y no hay ya más que preservarse de la ambición de un corto número de individuos, ambición reprimible fácilmente de muchos modos»

Capítulo XIX: «El príncipe debe evitar ser aborrecido y despreciado».

El Príncipe. N. MAQUIAVELO.

3.1. La dualidad de razones legitimadoras de la intervención: un mapa de motivos económicos y jurídicos

La clara conciencia del exceso legislativo lleva a su autor a sobreexponer los motivos de tan incisiva actuación. Un exceso que en sí mismo delata.

Por eso, desvelado el correcto sentido de la nueva regulación –cambiar el modelo de reparto del poder de dirección y optimizar (rebajar) su coste económico–, estamos, creo, en mejores condiciones para comprender el contenido de la nueva regulación. Dada su complejidad, y también caótica estructura, conviene intentar ordenarlo, de manera que sea posible ofrecer un panorama sintético pero global de la Ley 9/2010.

El objeto de la Ley 9/2010, de 14 de abril –que deroga el RD-Ley 1/2010, de 5 de febrero (disp. derog. única), asumiendo su contenido, si bien recoge algunas novedades, que se orientan tanto a establecer algunas garantías de derechos y a devolver un cierto espacio al convenio colectivo pasado el periodo transitorio– es establecer un nuevo marco regulador para la prestación de servicios de tránsito aéreo. Con una doble finalidad:

- a) «Meter en vereda» a los controladores aéreos de AENA fijando un nuevo régimen jurídico laboral, esto es, un nuevo régimen para su prestación de servicios profesionales, tanto con carácter estructural, remitiendo a una regulación posterior, como transitorio –de aplicación sólo a los de AENA, pues sería el único proveedor hasta ahora–, para afrontar el problema actual de falta de viabilidad económica del sistema.

Para ello se propone la modificación transitoria de ciertas condiciones laborales de los controladores de AENA a fin de garantizar que dicha entidad, en tanto continúe siendo el proveedor único de servicios, sea capaz de prestarlos de forma segura, eficaz, continuada y económica.

Esta regulación se hace en virtud de la competencia de legislación laboral ex artículo 149.1.7.^a de la CE –disp. final 1.^a Ley–.

- b) Promover una reestructuración del sistema de navegación aérea, a través de la creación de un «mercado competitivo de servicios» en el que tengan cabida otros operadores, poniendo fin al monopolio actual de AENA.

De ahí que proponga la apertura a nuevos proveedores certificados de servicios de navegación aérea. Esta regulación se ampara en virtud del título del artículo 149.1 20.^a de la CE, relativo a la competencia exclusiva estatal en materia de control del espacio aéreo –disp. final 1.^a Ley–.

En realidad, pese a la inicial heterogeneidad de contenidos, existe un punto en común de ambas regulaciones: dotar de mayor viabilidad económica y flexibilidad organizativa al actual sistema de navegación aérea, amenazadas por los elevados costes de la prestación de servicios a raíz tanto de la privilegiada ordenación de la relación profesional de servicios de los controladores aéreos, como de la falta de un mercado competitivo en el sector. Como se decía, la EM y el cuerpo articulado de la Ley ponen de manifiesto la centralidad del valor de la seguridad y continuidad del servicio, pero en realidad esa razón será la excusa, la razón última es político-económica.

Desde esta perspectiva, podemos sintetizar en dos los grupos de razones que formal y expresamente esgrime el legislador para tomar tan delicada decisión de política jurídica. A saber:

1. *Político-económicas y socio-organizativas*: la inviabilidad del sistema de control del tránsito aéreo tal y como hoy está organizado socio-laboralmente, por basarse en un modelo de cogestión entre proveedor organizativo del servicio –AENA– y su gestor técnico (el controlador y su representación de tipo corporativo-profesional).
2. *Jurídicas*: normalizar la regulación del servicio público esencial devolviéndolo al imperio de la Ley y ajustarlo a los imperativos del nuevo marco regulador comunitario, el relativo al referido «Cielo único Europeo». De nuevo el «mercado CEE» se convierte en una «franquicia» para abrir al mercado y al poder de dirección de empresa una regulación laboral cuya rigidez, por estar participada por los trabajadores con gran poder, no gusta al poder público –con razón o sin ella, esto es otra cosa–.

En apretada síntesis, y sin perjuicio del análisis más detenido que haremos en el comentario de los diferentes aspectos de la regulación, cabe evidenciar que, por lo que hace al primer plano, el *político-económico*, se enfatizan, quizás exageradamente, las dificultades de funcionamiento del actual sistema de navegación aérea, por el modo en que ejerce la función de proveedor de servicios de tránsito aéreo AENA. Dificultades que se traducirían en múltiples problemas para garantizar la continuidad en la prestación de los servicios de tránsito aéreo y su viabilidad económico-financiera. De ahí que las divida, a su vez, en dos grupos:

- a) *Organizativas*. Se denuncia una serie de severas deficiencias organizativas de la prestación de servicios por parte del «empleador», que llevaría a un «caos organizativo» insostenible.

Por tanto, estaríamos ante un serio problema de ineficacia, quebrando este principio de toda organización público-administrativa.

- b) Económicas. Se constata la falta de eficiencia económica en la gestión llevada a cabo por el Ente Público del servicio. En suma, se recrimina el elevadísimo coste que tiene el servicio, con el consiguiente riesgo de inviabilidad de futuro y de pérdida de competitividad respecto del entorno europeo.

A estos efectos, se hace referencia a los Informes emitidos por la Dirección General de Aviación Civil, que habrían puesto de manifiesto que los actuales costes de navegación aérea de AENA son los más elevados del entorno europeo. En ellos se señala una progresiva desviación de las magnitudes económicas del servicio que se viene traduciendo en:

- Un continuo incremento de los costes de prestación del servicio a raíz del sistema de retribución de los controladores, cuyo incremento sería de todo punto desmedido en cuanto que desbordaría con mucho el que se establece para los restantes controladores aéreos.
- Una baja productividad por controlador, en la medida en que el coste por hora del controlador aéreo es el más caro del continente europeo, siendo menor el tiempo de dedicación y análogas las prestaciones que ofrecen en términos de calidad.

El resultado de todo ello sería el encarecimiento de la tarifa nacional cobrada a las compañías aéreas, siendo a día de hoy «la más cara de Europa», conforme afirma la propia Intervención General de la Administración del Estado en el Informe auditor de las cuentas de 2008. En consecuencia, el legislador –luego la SAN 47/2009– hace suyo el planteamiento de AENA, según el cual tan elevados costes de navegación aérea se deberían sobre todo a los costes de personal. En concreto, obedecen a la obligación de abonar como horas de ampliación laboral, cuyo valor es de 2,65 veces el de la hora ordinaria, un montante de horas que, si bien forma parte de su jornada habitual, fijada en pactos de empresa no en el convenio colectivo –que las limita a la «espeluznante» cantidad de 1.200 horas–, están formalmente configuradas como de libre aceptación por los controladores, entre otras cosas porque son extraordinarias.

Por lo que hace al plano estrictamente jurídico, se esgrimen básicamente otros dos grupos de motivos, de naturaleza diferente, pero convergente como se decía. De un lado, el relativo a la normativa laboral ordenadora de la prestación de servicios profesionales de los controladores, denunciando su radical anomalía respecto tanto del empleo privado como del empleo público. De otro, la normativa comunitaria que ordena la prestación mercantil del servicio de tránsito aéreo bajo nuevos parámetros y que se verían en peligro de no cambiar el régimen actual.

En el primer grupo, cabe citar de un modo más detenido tres argumentos:

- a) La ausencia de autorizaciones para los incrementos retributivos por encima de los límites establecidos en la legislación presupuestaria.

El legislador recuerda que los controladores de tránsito aéreo al servicio de AENA son empleados públicos que prestan un servicio esencial para nuestra sociedad, el control del tránsito aéreo. Este carácter público determinaría «una especial sujeción a los principios y

normas que el Estado dicte para la regulación de la prestación de dichos servicios». De ahí la vinculación del régimen jurídico de este colectivo laboral a las prescripciones del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), también en lo referente a sus «convenios colectivos», aunque el legislador hable de «acuerdos colectivos», en cierto modo ignorando que no son «funcionarios» sino «laborales». Por eso, es manifiesto que sus acuerdos colectivos deben en todo caso ajustarse a los principios y reglas contenidos en el EBEP, que entre otras prescripciones contiene la de la sujeción de sus retribuciones a lo dispuesto en las Leyes de presupuestos de cada año –art. 21–, como recuerda con exhaustividad la SAN 47/2010 que ha dado ese «cheque en blanco» al legislador. Éstas condicionan la suscripción de convenios y pactos colectivos de los que se deriven incrementos retributivos a la existencia de informe previo y favorable del Ministerio de Economía y Hacienda.

En este ámbito se hace referencia a los Informes de la Intervención General de la Administración del Estado que vendría poniendo de manifiesto desde el año 2002, en sus sucesivos informes de auditoría de cuentas, que los incrementos retributivos de los controladores al servicio de AENA se realizan sin las preceptivas autorizaciones. En concreto, en el informe correspondiente al ejercicio 2008, la Intervención General afirma que «la retribución media real por controlador ascendió en 2007 a 304.874 euros y excede en 210.316 euros a la que resultaría de actualizar con los correspondientes IPC anuales la retribución de 1999 (...)».

Otra cosa es que de esa especial incidencia del principio de legalidad como límite del poder de autonomía colectiva reguladora se haya derivado una suerte de «relación laboral de sujeción especial». En cierto modo parece como si el Gobierno le hubiese querido cambiar el régimen jurídico de empleo, pasando de la actual relación laboral a otra funcionarial. Aunque no puede concluirse tal afirmación, sí se han abierto muchas contradicciones al respecto, con lo que la incoherencia se apodera de nuevo de la situación. En todo caso, lo más sorprendente es que en ningún momento se exprese un juicio de reproche, ni por el legislador ni luego por la Audiencia Nacional, al sujeto que realmente incumple con su deber, que es AENA, por lo que una vez más, como ya ocurre con la contratación temporal, la ilegalidad de la actuación en el plano público no parece conllevar responsabilidad alguna para sus incumplidores, más bien lo contrario, como aquí ocurre, se le «premia» dándole más poder de decisión.

- b) Ordenación de la jornada y del sistema retributivo asociado a aquélla a través de «pactos extraestatutarios» o, más bien, «acuerdos colectivos de empresa», que desbordan la propia regulación prevista en el Convenio Colectivo.

Como veremos con detenimiento, aquí reside el verdadero problema, que para la SAN es tan grave que no duda en calificar de «fraude de ley». En concreto, el principal problema se centraría, como se ha dicho, en la combinación de una regulación del tiempo de trabajo mínima en el Convenio Colectivo, para luego regular fuera de éste, a través de acuerdos colectivos específicos, una jornada muy superior y, claro está, también mucho mejor pagada que la ordinaria –2,65 veces el de la hora ordinaria–. Por convenio colectivo los controladores al servicio de AENA tan sólo estarían obligados a realizar 1.200 horas ordinarias de trabajo. Como puede comprobarse con toda nitidez este montante de horas está muy por debajo del establecido en cualquier otro sector y, sin ninguna duda, representa un volumen de dedicación insuficiente para la dimensión de cualquier sistema moderno de navegación aérea. Por lo tanto, ha sido preciso establecer

una serie de instrumentos que permitan ampliar esa jornada anual, que supone casi un tercio de la jornada total, a fin de garantizar la continuidad en la prestación del servicio.

En suma, en esta profunda anomalía jurídica residiría la mayor especificidad de la negociación colectiva en este ámbito, produciéndose tanto antes del I Convenio –Acuerdos de 21 de febrero de 1992– cuanto con posterioridad –el último hasta el 31 de marzo de 2010–. Ninguno de estos acuerdos tuvo nunca la autorización de la Comisión Ejecutiva de la Comisión Interministerial de Retribuciones (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 será nulos de pleno derecho...» –SAN 47/2010, fundamento jurídico 13.º–.

Siendo esto totalmente cierto, lo que nadie pone de manifiesto es cómo se ha podido extender durante tanto tiempo esta situación tan «calamitosa». Si vivimos en un Estado de Derecho con sistemas de supervisión ¿dónde han estado hasta ahora no ya los reguladores sino los vigilantes, los supervisores, tanto laborales –Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS)– como de la navegación aérea? Es evidente que alguna responsabilidad habrá que pedir a las autoridades competentes en estas materias y, en todo caso, alguien debería pararse a pensar en la utilidad –aquí la inutilidad– de los controles previos y posteriores, entre los que debían estar las inspecciones laborales, los controles de los convenios que son objeto de publicación en Boletines Oficiales, los procedimientos de oficio...

- c) El Convenio Colectivo reconoce atribuciones propias del empleador, vaciando de contenido el mismo.

Pero los problemas no residirían sólo en el desbordamiento del convenio colectivo por pactos de empresa concesivos de mejoras desmedidas, sino que también se halla en el Convenio Colectivo una inagotable fuente de riesgo para la continuidad en la prestación del servicio. Se trata del I Convenio Colectivo suscrito en 1999 y vigente hasta 2004, hoy, por tanto, prorrogado en virtud de la regla de la ultraactividad. Entre ellos se cita como más significativos:

- La cesión del conjunto de las facultades inherentes al poder directivo de la empresa a sus empleados en tareas de controladores.

De este modo, serían los propios controladores al servicio de AENA y/o sus representantes quienes organizarían el servicio y, por tanto, el trabajo. Precisamente, aquí residiría la principal fuente de las dificultades de AENA para garantizar la continuidad del servicio de tránsito aéreo, pues tendría mermada su capacidad organizativa como proveedor. En este sentido, la SAN 47/2010, en línea con lo que evidencia la EM de la Ley a tal efecto, concluye

«... que el poder de dirección y el control de la actividad laboral, encomendado a la dirección de las empresas, por el artículo 20.1 del ET, se ha desplazado de la dirección de AENA a esta Comisión Permanente, cuyas competencias alcanzan 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...».

Esta *forma de cogestión organizativa* –así lo califica la SAN– aparecería en materias como la configuración operativa de los aeródromos y de sus instalaciones y servicios técnicos. O la fijación del personal necesario para la prestación de los servicios, con su facultad inherente de organización de sus turnos de trabajo, horarios y descansos. Así como, por citar otro ejemplo, el acceso a la profesión de controlador de la circulación aérea, pues tanto el «contenido del curso básico de formación» exigido como requisito de acceso, cuanto el «sistema de selección» de alumnos para dicho curso, debían ser aprobados por una Comisión Permanente –art. 1.3 ICC–. Pero no sólo eso, el convenio colectivo habría igualmente cedido parte del poder de dirección a los controladores individualmente considerados, de modo que para un buen número de decisiones de organización se requeriría el consentimiento del controlador, primando el derecho individual sobre el poder organizativo.

- La posibilidad de obtener una licencia especial retribuida al cumplir los 52 años –o 55 en ciertos casos–.

Esta licencia, que se revela como un auténtico privilegio corporativo-profesional en este ámbito, permitiría al trabajador dejar de trabajar pero cobrando el salario ordinario fijo, al margen de cuál sea la concreta incidencia que tal cese retribuido tenga en la continuidad y viabilidad económica del servicio. Además de lo llamativo que esto resulta en un momento en el que se propone lo contrario, aumentando dos años más la edad ordinaria de jubilación, es evidente que tal situación conecta con la endémica falta de controladores aéreos, que ha servido también históricamente para dotarlos de mayor poder, pues no es fácil su reemplazo. De ahí, que el Convenio Colectivo no sea sólo regulador de las condiciones de trabajo sino también del acceso a la profesión, restringiendo, como en las viejas estructuras gremiales, tal posibilidad, para reforzar la posición de los que ya ocupan la posición de activos.

El segundo grupo de motivos, estaría integrado por las exigencias o imperativos del nuevo marco comunitario. En este sentido, la principal razón esgrimida por el Gobierno, y ahora avalada por el legislador, tiene serias dificultades para cumplir los reglamentos comunitarios del Cielo Único Europeo. Por un lado, el Reglamento 2096/2005/CE, de 20 de diciembre, por el que se establecen requisitos comunes para la prestación de servicios de navegación aérea, establecería el deber de ser capaces de prestar servicios de forma segura, eficaz, continuada y sostenible económica y financieramente. A tal fin, se fijan dos obligaciones básicas de los proveedores:

- El deber de ajustar su actividad, según las pautas de un mercado competitivo, a un nivel razonable de demanda general en un espacio aéreo determinado.
- El deber de establecer y gestionar su organización de acuerdo con una estructura que garantice la continuidad y eficiencia de aquel servicio.

De otro lado, el Reglamento 1070/2009/CE, de 21 de octubre, que modifica el primer paquete reglamentario del Cielo Único Europeo y por el que se establece un sistema de evaluación del rendimiento de los proveedores de servicios de navegación aérea. En este sentido, una primera evaluación realizada por EUROCONTROL respecto de AENA habría arrojado unos pésimos resultados,

tan alejados de la media europea que imposibilitaría, de no ser modificada la situación, el logro de los objetivos que la Comisión Europea fijará para la red de gestión del tráfico aéreo a partir de 2011.

Los Reglamentos reguladores del referido «Cielo Único Europeo» exigirían, en tercer lugar, una diferenciación nítida entre los distintos agentes que intervienen en la navegación. A saber:

- Los órganos reguladores;
- Los órganos de supervisión de la seguridad, y
- Los órganos de gestión de infraestructuras y servicios.

Esta diferenciación habría estado muy difusa en nuestro ordenamiento, porque AENA, como entidad única encargada de la gestión aeroportuaria ⁶ y la navegación aérea, habría venido asumiendo facultades administrativas propias de la Autoridad. Por eso, la nueva regulación buscaría adecuarse a este imperativo comunitario, a través de la diferenciación entre:

- Regulación del Servicio. Un organismo regulador que determine la política aeroportuaria y de navegación aérea y represente al Estado ante organismos internacionales y de la Unión Europea. Este organismo sería la Dirección General de Aviación Civil.
- Supervisión del Servicio. Una Autoridad Administrativa de Supervisión, que vigile y garantice el cumplimiento de las reglas y normas de seguridad. Estas labores corresponderían a la Agencia Estatal de Seguridad Aérea como Autoridad Nacional de Supervisión, que asume también la competencia sancionadora.
- Provisión del Servicio. Acreditación de un conjunto de proveedores de servicios de navegación aérea, como AENA, pero ya no sólo ella, sometidos a la supervisión, inspección y potestad sancionadora de la Autoridad de Supervisión.

En consecuencia, la necesidad de una reorientación no tendría ya sólo una vertiente o dimensión nacional, sino transnacional, pues en juego estaría la eficacia misma de la Red Europea, «dada la importancia de nuestro país» en ella. Por lo tanto, una vez más, la exigencia europea de liberalización y optimización de los servicios públicos en aras de una mayor competitividad, también de eficacia de gestión, habría permitido afrontar el reto de liquidar por la vía más expeditiva la anómala posición estatutaria de privilegio de los controladores, aunque con ello se abra un precedente tan peligroso como cierto: resolver los problemas de mal funcionamiento del servicio, o de la economía, a golpe de Real Decreto-Ley que rebaje los derechos profesionales, aunque sea suspendiendo convenios y pactos ya firmados.

⁶ Como tal ha venido asumiendo igualmente los «costes de los servicios de tránsito aéreo», pues, conforme a la disposición adicional 5.^a de la Ley, tales costes se integran en los costes del gestor aeroportuario. Ahora bien, si el contrato entre el gestor aeroportuario y el proveedor de servicios es el que determina la contraprestación por tal servicio, el gestor puede repercutir a los usuarios del aeropuerto los costes, «cualquiera que sea la naturaleza jurídica de la prestación» –apartado 2–. Pero si el gestor aeroportuario es AENA, los costes, cualquiera que sea la entidad prestadora –naturalmente cuando se abra este mercado a otros proveedores–, se integrarán en la cuantía de la tasa de aterrizaje prevista en el artículo 11 de la Ley 14/2000, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, conforme a lo que establezca cada año la Ley de Presupuestos Generales del Estado.

3.2. La sobreactuación del problema para legitimar los recortes de derechos: el catálogo de las medidas de intervención

Consciente plenamente el legislador de la «violencia» con que ha irrumpido en un marco regulado por un derecho constitucional axial, como es la negociación colectiva, de inmediato trata de «ganar» el favor de la Opinión Pública, y también de los Tribunales, por supuesto, explayándose en argumentos que le otorguen una valoración positiva en relación al juicio de proporcionalidad-necesidad que está seguro iba a afrontar. Pero lo hace construyendo un esquema argumental maniqueo que induce a la sospecha. Así, de forma impropia para una Ley (incluso para un RD-Ley), nos cuenta «con pelos y señales» el fracaso de la negociación y cómo todo ello se debe únicamente a una de las partes, a la aristocracia profesional de USCA, mientras que AENA no habría hecho sino esfuerzos ímprobos por alcanzar un acuerdo «justo» para todos, atendiendo a los derechos de los trabajadores pero también:

- A la garantía de la continuidad del servicio, mediante la recuperación de la capacidad de organización del trabajo.
- Al incremento de la productividad, a fin de ajustar sus costes.

En este contexto, donde la «buena» de AENA ha hecho todo lo que ha podido para resolver el problema y la «mala» USCA se ha resistido a perder sus privilegios, se justificaría la preterición de la solución convencional, que sería la normal, para orientar el modelo por otros derroteros, mucho más unilaterales y absolutistas. En este sentido, cuatro son básicamente los grupos de medidas propuestas para conseguir el objetivo de cambiar el modelo de regulación-gestión-organización del servicio de tránsito:

1. *La recuperación por AENA no ya del poder de dirección* que por imperativo constitucional –art. 38 CE– y legal –art. 20 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (LET)– le correspondería, sino de un poder exclusivo e indisponible, por tanto a ejercer de modo absoluto. Esta recuperación no sólo sería para el periodo transitorio hasta la existencia del II Convenio Colectivo –disp. trans. 1.ª Ley–, sino con carácter general, y ya para todos los proveedores de servicios que puedan existir –art. 2 Ley–. Por supuesto, incluye el reforzamiento del poder de control y disciplina –art. 4 Ley–.
2. *El control de la regulación del tiempo de trabajo*, bien fijando directamente, para un periodo de tres años y para el actual prestador único –AENA–, una concreta jornada –1.750 horas, contando las 80 horas extraordinarias, disp. trans. 1.ª Ley–, bien remitiendo, para el futuro, a una regulación reglamentaria –art. 3 y disp. final 3.ª Ley–.
3. *Una nueva regulación de la formación profesional* en este ámbito a fin de facilitar tanto el acceso de nuevos controladores al servicio, ante la histórica y deliberada escasez de este colectivo, cuanto la verificación de la calidad de la formación impartida –disp. adic. 1.ª, relativa a «medidas extraordinarias»–.
4. *La liberalización del sector* quebrando el monopolio que actualmente mantiene AENA y sustituyéndolo, eso sí, de un modo gradual y bajo control de AENA, por un nuevo modelo

basado en el mercado competitivo, esto es, en la concurrencia, aunque limitada, de otros proveedores –art. 1 y disp. adic. 2.^a Ley–.

Precisamente con esta liberalización se busca profundizar, de nuevo quizás más como deseo que como realidad, en una mayor garantía del objetivo primario de continuidad y viabilidad económica del servicio aéreo. De modo que, haciendo bueno aquello de «aprovechando que el Pisuerga pasa por Valladolid», el nuevo marco regulador español quiere impulsar una evolución de los servicios de tránsito aéreo hacia la creación de un auténtico mercado competitivo de navegación aérea, para lo que propone una reestructuración de nuestro sistema. Una vez más, el concepto clave erigido en la actual realidad es el de «reestructuración» en aras de un modelo de mayor estabilidad. A tal fin propone:

- a) Sustituir los «servicios de control aéreo» por los denominados «servicios de información de vuelo aeródromo» o «sistemas AFIS».

Para aquellos aeropuertos de reducido volumen de tráfico, por tanto bastante menos eficientes, sería factible que el tránsito aéreo se realice mediante los «servicios de información de vuelo de aeródromo» (AFIS), según quedan delimitados por la Organización Internacional de Aviación Civil (OACI). Estos servicios de información de vuelo resultan más baratos porque no requieren controladores, sin merma, claro está, o al menos se supone, de la seguridad de los aeródromos. Por lo tanto, también en este ámbito se propone un «modelo de bajo coste».

- b) Abrir el servicio a la competencia de otros proveedores, creando a tal fin un auténtico mercado de estos servicios.

Conforme a la regulación comunitaria se propone autorizar a otros proveedores de servicios, debidamente certificados por una autoridad europea de supervisión, para que puedan prestar servicios de control de tránsito aéreo en España. Una vez más la introducción de la competencia, por tanto la liberalización del sector, aparece como una receta, casi mágica, para remediar todos los males, mejorando por sí misma sean las condiciones técnicas –calidad– sean las económicas –costes– del servicio. El valor de los mercados reaparece también aquí. Todo ello, naturalmente, sin que suponga una pérdida de posición por parte de AENA ⁷, pues, al contrario, se pretende que esté en condiciones de reorganizar de un modo más eficiente su actividad.

De este modo, AENA podrá reorganizar sus recursos humanos y materiales y garantizar de una manera más eficaz y eficiente la prestación de los servicios de tránsito aéreo en ruta o zona, ámbito en el cual habría acreditado, a juicio del legislador, una excelente cualificación técnica. Esta reserva de cuota de mercado debe asegurarse en todo caso por su «vinculación a la soberanía del Estado». Por lo que no parece que se trate de establecer una competencia plena, al permitir la continuidad de una posición de preferencia –privilegio– de AENA.

⁷ En todo caso, debe recordarse que existen aeropuertos de interés general, así declarados mediante Orden Ministerial, no gestionados por AENA. En este sentido, la disposición final 4.^a de la Ley exime a estos aeropuertos de cumplir las «obligaciones de reserva que les son impuestas en virtud del artículo tercero del Real Decreto 2858/1981, de 27 de noviembre, sobre calificación de aeropuertos».

El objetivo legal de constituir un auténtico «mercado competitivo», que sustituya el actual monopolizado por AENA, chocaría en parte con esta realidad defensiva de su posición preferente, cuando no dominante, «dada su destacada presencia en diversas iniciativas del Cielo Único Europeo, como el proyecto Galileo o el programa SESAR». En todo caso, se cuida de advertir que la reestructuración de nuestro sistema de navegación aérea obligará a AENA a ir adaptándose al nuevo marco jurídico, pero de una forma «progresiva y ordenada en aras de garantizar la continuidad y la seguridad en la prestación de los servicios de tránsito aéreo».

4. LA DIMENSIÓN ORGANIZATIVA-EMPRESARIAL: LA LIBERALIZACIÓN DEL MODELO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE TRÁNSITO AÉREO

4.1. La nueva regulación de la prestación de servicios de tránsito aéreo: claves del nuevo modelo

El primer bloque de medidas que contiene el nuevo marco regulador incluye un conjunto de disposiciones ordenadoras de algunos aspectos básicos de la prestación de estos servicios aplicables al sector en su conjunto. En consecuencia, y a diferencia de lo que sucede con el régimen previsto por la disposición transitoria 1.^a de la Ley, que tiene como destinatario sólo a AENA, la regulación del artículo 1 y siguientes se dirige a ordenar la actividad de todos los proveedores civiles del tránsito aéreo, incluyendo por supuesto a AENA, y tiene como finalidad fundamental garantizar la seguridad y continuidad de este tipo de servicio público esencial, eso sí, como nos recuerda la SAN 47/2010, «partiendo, como no podía ser de otro modo, de la situación en la que se encontraba dicho servicio público hasta la intervención gubernamental...» –fundamento jurídico 15.º–.

Esta precisión es importante porque sólo así, esto es, atendiendo a este dato circunstancial, puede entenderse algunas de las previsiones de esta regulación, en especial la atribución, con carácter de exclusiva e indisponible en términos absolutos, como se verá, del poder de dirección del servicio, marcando algunas diferencias de calado respecto de la norma legal general que debería servir de referencia, el artículo 20 de la LET. No obstante, y como también se verá con algún detalle, tampoco este régimen ha suscitado la más mínima duda razonable de constitucionalidad a la SAN 47/2010, lo que no deja de ser algo llamativo, evidenciando el color más económico y político que jurídico de esta decisión judicial, impecable en algunos razonamientos por otro lado.

La primera cuestión afrontada por la nueva regulación tiene que ver con el fin perseguido de liberalizar el sector, abriendo la provisión o prestación del servicio a un modelo de mercado competitivo. Al tal objetivo, lo primero que se establece es el régimen de diferenciación de funciones y sujetos responsables –art. 1–. Pese a que esta regulación no deja de plantear significativas incertidumbres, como hemos ya evidenciado más arriba, no ha habido impugnación al respecto en el recurso planteado a tal fin por USCA.

De un lado, se declara la competencia del Ministerio de Fomento para la designación de los nuevos proveedores de servicios, siempre que se encuentren debidamente certificados por una autoridad nacional de supervisión de un Estado Miembro de la Unión Europea. En el supuesto concreto

de los servicios de tránsito aéreo de aeródromo, la designación se efectuará a solicitud del gestor aeroportuario, que la cursará con plena autonomía de decisión en función de las características técnicas y económicas del aeropuerto y la normativa aplicable.

De otro, se impone, como elemento esencial de la prestación de los servicios de tránsito aéreo, la obligación de todos los proveedores de garantizar su realización de forma segura, eficaz, continuada y económica y financieramente sostenible. Como contrapartida de la citada obligación se les atribuye en exclusiva y con carácter indisponible, esto es, de orden público económico como se verá, las facultades de organización, planificación, dirección, gestión, supervisión y control, esto es, el poder de dirección, como garantía de efectividad del cumplimiento de su obligación.

Asimismo, se fijan ciertas reglas relativas al tiempo de actividad y descanso del personal dedicado al control del tránsito aéreo. La regulación es deliberadamente poco exhaustiva o detallada, por cuanto se pretende un régimen fijado reglamentariamente en sus aspectos de concreción y desarrollo. Eso sí, previa consulta-negociación con los sindicatos. A tal fin, se habilita al Gobierno para que regule tales extremos –disp. final 3.^a–.

También se ordena el régimen sancionador del incumplimiento de estas obligaciones, aportando una garantía de efectividad ahora no ya en el plano organizativo sino de la potestad sancionadora del Estado –potestad punitiva pública–. A tal fin, la importancia que tiene el cumplimiento por el proveedor de servicios de navegación aérea de las obligaciones de garantizar la prestación segura, continuada y económicamente sostenible, llevaría al legislador no sólo a concretar de forma cierta este régimen infractor sino también, y sobre todo, a reforzarlo. Para ello se reforma el régimen genérico sancionador previsto en la Ley de Seguridad Aérea (Ley 21/2003, de 7 de julio –LSA–).

Por ello, de un lado, en el artículo 4 de la Ley se especifica que todas las obligaciones impuestas en el presente texto legal a los proveedores de servicios de navegación aérea formarán parte de las obligaciones específicas enumeradas en el artículo 37 de la LSA. Por lo tanto, serán sancionables por la Agencia Estatal de Seguridad Aérea (AESA), conforme a lo previsto en el artículo 44 de la LSA ⁸.

De otro, a los criterios de graduación de las infracciones como muy graves previstos en el apartado tercero del artículo 44 de la LSA se añade otra serie de criterios más ajustados a la realidad de los proveedores de servicios de navegación aérea. Por eso, se tipifican como muy graves los incumplimientos que impidan o menoscaben la seguridad o continuidad en la prestación de los servicios.

Al mismo tiempo, y ya en el ámbito de la potestad disciplinaria del empleador, con la finalidad de obligar también al personal al servicio de los proveedores de tránsito aéreo se crea una nueva causa de despido disciplinario. Como tal se tipifica cualquier actuación de su personal que afecte negativamente a la seguridad o menoscabe de forma grave o reiterada la eficacia o continuidad del servicio.

Finalmente, se anticipa una regulación de futuro próximo a fin de exigir desde ya a todos los proveedores de servicios de tránsito aéreo, sin excepción, que ajusten su actividad al nuevo enfoque

⁸ La disposición transitoria 2.^a de la Ley 9/2010, prevé adicionalmente que durante los tres años siguientes a su entrada en vigor, y sin perjuicio de las funciones generales de inspección y supervisión que legalmente tiene atribuidas la AESA, ésta debe supervisar «de forma permanente su grado de cumplimiento por AENA».

preventivo de la seguridad operacional. Este enfoque no estaría todavía formalizado en nuestro ordenamiento, pero se prevé que lo esté en breve mediante la modificación de la LSA. A tal fin, se prevé –disp. adic. 6.^a Ley– que en el plazo de tres meses desde la entrada en vigor de la Ley, el Gobierno apruebe un Proyecto de Ley en el que, a través de la regulación del llamado «Programa de Seguridad Operacional del Estado», se incorpore a nuestro ordenamiento aquel enfoque preventivo y la doctrina de la «cultura justa de seguridad» –«*just culture*»–.

Estas medidas se complementan con las previstas en la disposición adicional 2.^a de la Ley. Este precepto, de un lado, establece una regla de liberalización de la gestión del servicio aeroportuario, abriendo los aeródromos hasta hoy gestionados por AENA a la gestión de cualquier otro proveedor de servicios de este tipo debidamente certificado por la autoridad nacional de supervisión de la Unión Europea –apartado 1–.

De otro, ordena este proceso a través del cual entrarán nuevos proveedores de tránsito aéreo en el mercado español. El proceso se articula en diferentes fases, la primera de las cuales será la implantación inmediata, previos los correspondientes estudios de seguridad, de servicios de información de vuelo de aeródromo (AFIS), conforme a lo previsto en la disposición adicional 2.^a, apartado 3, y culminará con la selección, en función de las características del aeródromo y de los estudios de seguridad pertinentes, de los nuevos proveedores para aquellos otros que se determinen por orden del Ministerio de Fomento.

Para ello se imponen a AENA tres obligaciones esenciales –disp. adic. 2.^a–:

- a) La de abrir el procedimiento de reestructuración del modo de gestión del servicio, a través tanto de la presentación de los estudios de seguridad cuanto del inicio de la selección de nuevos proveedores de servicios de tránsito aéreo.

Para darle concreción y credibilidad a este mandato la norma legal fija unos plazos. Así, en los dos meses siguientes a la entrada en vigor de esta Ley, AENA deberá presentar al Ministerio de Fomento los estudios de seguridad que permitan identificar en qué aeródromos de los que gestiona se empezará a prestar el servicio de tránsito aéreo bajo la modalidad de servicio de información de vuelo de aeródromo (AFIS). Corresponderá, entonces, al Ministerio de Fomento determinar mediante Orden en qué aeródromos se prestará dicho servicio. Estas Órdenes fijarán el plazo previsto para que AENA, o el gestor aeroportuario que la suceda, conforme a la Ley 31/2007, de 30 de octubre ⁹, inicie los procedimientos de selección de los proveedores civiles –disp. adic. 2.^a, apartado 2–.

En función de las características del aeródromo y de los estudios de seguridad se decidirá si tales servicios se prestan bajo la modalidad de control, conforme a la de información de vuelo, o ambas –disp. adic. 2.^a, apartado 3–.

- b) La de garantizar en todo caso el puesto a los controladores que vinieran prestando sus servicios en las dependencias afectadas por el proceso (garantía de continuidad en el empleo).

⁹ Se trata de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

Los controladores de tránsito aéreo que vinieran prestando sus servicios para AENA, cuando se inicie la prestación del servicio por los nuevos proveedores de servicios de tránsito aéreo, *podrán optar*, a su voluntad si bien «*siempre en el marco del Estatuto del Trabajador*» –este inciso ha sido introducido por la Ley *ex novo*, y tiene una redacción ambigua, si bien parece hacer referencia a la regulación laboral de la LET–, entre tres posibilidades:

- Aceptar el puesto de trabajo que debe ofrecerles AENA. Se trata de un deber de colocación, por tanto una garantía de continuidad del empleo.
- Extinguir su contrato, con el derecho indemnizatorio que proceda.
- «Quedar subrogados en el nuevo proveedor de servicios, conforme a las condiciones económicas y laborales aplicables a dicho nuevo proveedor» –disp. adic. 2.^a, apartado 4–.

La tercera garantía que integra este derecho de opción que la Ley reconoce y garantiza al controlador, una vez inicien su prestación los nuevos proveedores civiles, constituye igualmente una novedad de la Ley respecto del RD-Ley. Por su redactado sólo en parte satisface las reivindicaciones del colectivo, en la medida en que exigían la continuidad de las condiciones de trabajo en el nuevo prestador, en los términos que a tal fin se prevén en los supuestos de «subrogación empresarial» ex artículo 44 de la LET. El problema jurídico-laboral más relevante que se suscita es, por lo tanto, determinar si estamos ante una subrogación legal por mandato legal, en términos análogos a lo que ha sucedido en relación a otros supuestos de liberalización de servicios públicos de índole económica, como sucediera en su día con el sector eléctrico, por ejemplo. De ser así el nuevo prestador debería garantizar la continuidad de su estatuto profesional, en tanto no hubiese un nuevo convenio colectivo.

- c) La de continuar prestando los servicios de control de tránsito aéreo hasta el inicio de la prestación de servicios por los nuevos proveedores.

Veremos ahora con mayor detenimiento todas estas cuestiones.

4.2. La apertura del servicio público de gestión del tránsito aéreo al mercado

Por lo que hace a la primera cuestión, la apertura a otros proveedores exige delimitar las funciones que se reservan para el proveedor público. A estos efectos, una vez más conviene llamar la atención sobre el recurso a esa perversa técnica legislativa de afirmar una cosa en el cuerpo legal para luego desacreditarla o deshacerla en la zona más extravagante de la norma legal, en este caso en la disposición adicional 2.^a de la Ley. Así, conforme al artículo 1.1 de la Ley, seguirá prestando AENA:

- Los servicios de tránsito aéreo de control de área y de aproximación.
- Los de información de vuelo, de alerta y de asesoramiento asociados a los volúmenes de espacio aéreo en los que se prestan tales servicios ¹⁰.

¹⁰ La delimitación de estos conceptos aparece en el artículo 2 del Reglamento 549/2004, relativo al marco para la creación de un Cielo Único Europeo.

Por su parte, conforme al apartado 4, las tareas *que no sean de tránsito aéreo*, como la dirección de plataforma, podrán realizarse por el gestor aeroportuario –forma de gestión directa– o encomendarse por éste a los proveedores civiles. Esta norma ha sido considerada, en el mejor de los casos redundante, pues ya está ordenada esta materia en la normativa, e, incluso, generadora de confusión, en la medida en que la dirección de plataforma sí pertenece a los servicios de control de tránsito aéreo según el Reglamento (CE) 549/2004, del Parlamento y del Consejo Europeo, por el que se fija el marco para la creación de un cielo único europeo. Su artículo 2.1 a) permitiría incluirlo dentro de los servicios suministrados con el fin de «a) prevenir colisiones entre aeronaves». La normativa reglamentaria técnica determina que en la plataforma como tal no hay servicio de control, en efecto, sólo en las calles de rodaje dentro de esas plataformas. La normativa técnica, pues, es más precisa y, por tanto, clarificadora.

De este modo, la lectura aislada del precepto parecería dejar sustancialmente inmodificado el estado actual de monopolio o «posición dominante» de AENA. Y sin embargo no es así, pues la finalidad de la Ley, de ahí las críticas vertidas por las asociaciones u organizaciones sindico-profesionales de los controladores aéreos, es básicamente reestructurar todo este entramado a fin de crear una suerte de «mercado competitivo», como se ha dicho. *A tal fin, de un lado, conforme al artículo 1.2 de la Ley, corresponde al Ministerio de Fomento designar, dentro de bloques específicos de espacio aéreo, a proveedores civiles de servicios de tránsito aéreo certificados por una Autoridad Nacional de Supervisión de la Unión Europea.* De otro lado, la disposición adicional 2.^a de la Ley abre la prestación de tales servicios de tránsito aéreo en «los aeródromos gestionados actualmente por AENA» a aquellos otros proveedores privados, para lo que deberá establecerse un procedimiento de selección por AENA o, como indica la Ley y no contemplaba el RD-Ley, «el gestor aeroportuario que la suceda» –disp. adic. 2.^a, apartado 3–.

De este modo, se corregiría la previsión legal del artículo 82 de la Ley 4/1990 de Presupuestos Generales del Estado, cuyo artículo 82, relativo a la creación del Ente Público AENA, le encomienda «en exclusiva» funciones tales como la ordenación, dirección, gestión, explotación y administración de los servicios de tránsito aéreo –asumiendo tanto la función de gestor aeroportuario como de proveedor de servicios de navegación aérea–. De ahí que por razones de legalidad y de constitucionalidad –art. 149.1.20 CE– se considere oportuno eliminar la competencia que ahora la Ley –antes el RD-Ley– atribuye al Ministerio de Fomento para designar otros proveedores civiles.

AENA debía seguir siendo la única prestadora de los servicios de tránsito aéreo, incluyendo los de «ruta», «aproximación», «aeródromo» y los sistemas AFIS ¹¹. Sin embargo, como el propio legislador reconoce en la EM, lo que se pretende es garantizar el protagonismo de AENA en la prestación de «servicios de navegación aérea en ruta», por varios motivos. A saber:

- Por su, pretendidamente, acreditada competencia técnico-operativa.
- Por vincularse de modo más estrecho a la «soberanía del Estado».
- Por su presencia en las iniciativas de modernización del sistema de gestión de la navegación aérea que representa el referido Proyecto de Cielo único Europeo, como fue el «Proyecto

¹¹ Vid. el más que sesgado o interesado Informe «jurídico» realizado por la Asociación Profesional de Controladores de Tránsito Aéreo, p. 1. Vid. en http://www.aprocta.es/actividades-en-marcha/alegaciones-y-enmiendas/files/100225_informe_decreto-1_2010.doc.

Galileo» y está siendo el ambicioso «Programa SESAR» («sistema europeo de nueva generación para la gestión del tránsito aéreo») ¹².

Por el contrario, para los demás servicios, y en aras de la viabilidad económica del sistema, se contempla la «entrada de nuevos proveedores de servicios en el control de tránsito aéreo» –EM, I, penúltimo párrafo–. De este modo, se buscarían dos fines básicamente económicos. El primero, reducir con carácter general los costes del entero sistema de navegación aérea, a través de la enésima introducción en una regulación de servicio público del *modelo mercantil de competencia*, conforme al conocido –y a menudo sin respaldo empírico– dogma neoliberal.

El segundo, fomentar en lo posible un *modelo de organización de estos servicios sobre la especialización «productiva»*, pues con esta apertura AENA podrá centrarse en un determinado tipo de servicios, en la prestación de los citados «servicios de tránsito aéreo en ruta o zona», reorganizando en términos de eficacia y eficiencia «sus recursos humanos y materiales» –EM, I–.

En todo caso, la adaptación de AENA al nuevo marco jurídico debe entenderse gradual y ordenada ¹³, de ahí que se prevea un proceso, con diferentes fases a las que se ponen plazos relativamente cortos y específicos, para alcanzar ese objetivo y que se regula, en sus trazos más básicos, en la referida disposición adicional 2.^a.

Como se verá de inmediato, en el proceso tiene un importante protagonismo AENA, como actual gestor aeroportuario fundamental. En todo caso, tanto el modelo que se diseña, pese a las críticas por su impacto privatizador, cuanto el proceso de cambio o reajuste ha tenido las «bendiciones» de los Tribunales, al menos de momento, dada la legitimidad otorgada por la *SAN 10 de mayo de 2010*.

Por lo que hace a los aspectos básicos del proceso de designación de los nuevos proveedores de servicios certificados, la norma legal establece que se hará:

¹² Para afrontar el complejo desafío que conllevará el brutal aumento de densidad de los aeropuertos europeos en la próxima década, de cumplirse los poco halagüeños augurios de los estudios disponibles –en el 2025 los 20 aeropuertos más importantes en Europa estarán saturados durante 9 horas diarias–, se diseñó el Programa SESAR, que a grandes rasgos pretende promover «una revolución tecnológica» que permita «una reordenación del cielo europeo». SESAR es la vertiente tecnológica del cielo único europeo, adoptado en marzo de 2004, que establece, al menos aparentemente, una organización clara y unos bloques de espacio aéreo transfronterizos. Con estos bloques, la estructura del tránsito ya no se determina en función de las fronteras, sino en función de las necesidades reales, aunque el actual caos de la «nube de ceniza volcánica» ha evidenciado que queda mucho más camino por recorrer a tal fin que el ya recorrido. El programa SESAR toma como referencia el «modelo institucional» que se diseñó para el desarrollo de navegación por satélite conocido como Galileo [Reglamento (CE) n.º 876/2002 del Consejo, de 24 de mayo de 2002, sobre la constitución de una Empresa Común Galileo (Diario Oficial L 138 de 28.5.2002)], objeto de posteriores modificaciones para que la empresa Galileo dejara de existir a 31 de diciembre de 2006, pero dado que la fase de desarrollo se prolongó hasta finales de 2008, las actividades de la Empresa Común se transfirieron a la autoridad de supervisión GNSS. Para ello se ha creado una estructura empresarial cuya misión sea garantizar la integridad del proyecto, su gestión y la obtención de las fuentes de financiación, públicas y privadas. Su regulación está en el Reglamento (CE) n.º 219/2007 del Consejo de 27 de febrero de 2007 relativo a la constitución de una empresa común para la realización del sistema europeo de nueva generación para la gestión del tránsito aéreo (SESAR) (Diario Oficial L 64 de 2.3.2007). Para ver la evolución de sus tres fases –de definición (2005-2007), desarrollo (2008-2013) y despliegue (2014-202)– *vid.* <http://www.sesarju.eu/>. Para una síntesis del proceso el Dossier SESSAR. http://www.cdti.es/recursos/doc/Programas/Cooperacion_internacional/P.Marco_I%20D_de_la_UE/Transporte/31200_21112111200894122.pdf.

¹³ Sin duda deberá modificarse el Real Decreto 905/1991, de 14 de junio, del Estatuto de AENA, cuyo artículo 11.2 establece un extenso catálogo de funciones para este ente público que deberá modificarse cuando esté en pleno funcionamiento el nuevo modelo de regulación-gestión del servicio de tránsito aéreo.

A propuesta del gestor aeroportuario –que ahora es AENA, pero que puede ser otro que le suceda en su función–.

La Ley obliga a incluir en ella 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 –art. 1, apartado 3–. Esta propuesta forma parte de su poder de organización y en su ejercicio no estaría vinculado ni a los informes que la acompañen ni a ningún acuerdo que la preceda, cualquiera que sea la norma en que se amparen. Tal regulación ha recibido críticas.

De un lado, el que se atribuya al gestor determinar el tipo de servicio en la propuesta y no directamente la autoridad competente para la resolución, en la medida en que sólo ésta atenderá correctamente a los intereses generales y no a los particulares de cada gestor. Por eso, amplias voces críticas y algunas Enmiendas en el proceso parlamentario apuntaban a su desaparición, lo que no ha sucedido, manteniéndose el protagonismo del ente gestor aeroportuario.

De otro, merece reproche el que una vez más se apueste por una concepción tan «absolutista» de la competencia, recogida en el artículo 2.2 de la Ley, de modo que en su ejercicio se ponga énfasis prácticamente sólo en la decisión del gestor, de manera que se ignoren incluso eventuales pactos que respondan a las previsiones de la legislación vigente. De este modo, realmente se estaría dando al ente gestor un poder de desvinculación de los acuerdos alcanzados, incluso aunque sean exigibles, vulnerando el principio general de *pacta sunt servanda*, lo que carece de racionalidad.

En efecto, a mi juicio una cosa es que el ente no pueda quedar vinculado por pactos que no se ajusten a la legalidad, o que ciertos informes no sean vinculantes, y otra muy diferente que el gestor alcance un acuerdo dentro de la legalidad, que en modo alguno quedan prohibidos –ni podían estarlo, no obstante la cláusula derogatoria tácita–, y luego pueda desvincularse de él esgrimiendo que tiene en exclusiva el poder de organización. En consecuencia, resulta llamativa, y contraproducente, esta regla legal, por cuanto sitúa en el mismo cesto a todo tipo de acuerdo, incluso aquellos que pudiesen tener un fundamento legal, lo que genera problemas de incoherencia.

- Deberá ir precedida, en caso de afectar a aeropuertos gestionados por la Comunidad Autónoma, de *informe de ésta* –art. 1 apartado 2–. Esta garantía de participación del Autogobierno que gestione un aeropuerto no aparecía en el RD-Ley, por lo que responde a la presión ejercida por los partidos nacionalistas en el proceso de tramitación parlamentaria, y desde luego es el reflejo de una enmienda de mejora técnica, pues nos parece coherente esta vía participativa con su competencia de gestión.
- *La resolución especificará los requisitos técnicos y operativos que el proveedor de servicios deberá cumplir* para iniciar su actividad de acuerdo con la normativa comunitaria¹⁴. De un lado, se ha criticado fundadamente que la especificación se deje para el momento de la

¹⁴ De especial referencia resulta el Libro Tercero del Reglamento de Circulación Aérea –RCA–, aprobado por Real Decreto 57/2002, 18 de enero y el Anexo 11 de la Organización Aviación Civil Internacional (OACI) –art. 2.1.1 y 2.1.3–, donde se fijan, con criterios operativos, los requisitos para cada tipo de servicio. Entre los criterios a tener en cuenta para determinar la necesidad de los servicios de tránsito aéreo están los relativos a la densidad del tránsito, condiciones meteorológicas...

resolución cuando, por tratarse de información relevante para todos los proveedores civiles, debería tratarse de criterios conocidos de antemano, a fin de que cada uno de ellos pueda decidir más adecuadamente su capacidad para dar un tipo de servicio u otro de control de tránsito aéreo. De otro, queda claro que la decisión sobre el tipo de servicio sólo puede estar condicionada por criterios operativos, no por criterios básicamente economicistas y mucho menos políticos, si bien la realidad no parece orientarse en esta estricta dirección.

- El inicio en la prestación por el proveedor designado requerirá *Informe favorable previo por la AESA*. Esta vía de intervención, y por tanto de control, pública de la capacidad de los proveedores para poder prestar el servicio tampoco aparecía en el RD-Ley 1/2010. Para unos se trataría de un paso atrás en la liberalización del servicio, al introducir un nuevo requisito de control administrativo, mientras que para otros es un requisito proporcionado a fin de propiciar una supervisión eficaz por parte de un ente público.

Una vez designado como proveedor civil de servicios de tránsito aéreo para un bloque específico de espacio aéreo queda obligado a garantizar su prestación según ciertas exigencias –art. 2.1 Ley–:

- Segura –principio de seguridad del tráfico aéreo–.
- Eficaz –principio de eficacia de su actividad–.
- Continuada –principio de continuidad del servicio–.
- Sostenible económico-financieramente –principio de eficiencia–.

La obligación comprende igualmente –art. 2.1, párrafo 2.º–:

- El deber de coordinación técnica y operativa con otros proveedores de servicios de tránsito aéreo,
- y la puesta a su disposición de la información necesaria para identificar los movimientos de las aeronaves bajo su responsabilidad.

4.3. De los «privilegios feudales» al «poder absolutista»: el poder de dirección del servicio como orden público económico indisponible

No cabe duda de que, junto a la ampliación del tiempo de trabajo –y la reducción de su precio al convertir en ordinarias las antes pagadas como extraordinarias–, la configuración absolutista y exclusivista del poder de dirección es la cuestión nodal.

Siempre bajo el paraguas de la obligación de garantizar la seguridad y la continuidad de los servicios, la nueva regulación quiere asegurarse que no se va a volver a producir la situación de «desmadre organizativo» anterior. Así, recordará que «corresponde en exclusiva» al proveedor civil de

servicios de tránsito aéreo (TWR) «la organización, planificación, dirección, gestión, supervisión y control de la prestación de dichos servicios» –art. 2.2 Ley–. Ninguna mención se hace a la gestión de las materias propias del personal técnico-operativo del proveedor, como se le solicitaba desde las organizaciones corporativas, una vez más reclamando el uso de las normas internacionales, conforme a las cuales la configuración operativa del servicio es una competencia profesional reservada al controlador –Anexo 1 de la OACI, relativo a las licencias de personal)–.

La Sección Sindical Estatal CGT/AENA ha criticado este precepto por abrir la vía a una privatización extrema del servicio. Una privatización que incluso podría afectar a las decisiones normativas y de seguridad que debieran ejercer estos «proveedores privados». El Ministerio de Fomento abriría, así, la vía para la privatización del *suelo y del vuelo*, identificando una vez más la modernidad con un determinado modelo de gestión, el propio del mercado competitivo. Esta crítica de dejación de funciones es excesiva, pues no puede olvidarse la finalidad legislativa de reforzar las competencias propias de la autoridad reguladora y de supervisión.

A tal efecto, el proveedor civil de servicios de tránsito aéreo queda facultado para adoptar las medidas que en cada caso resulten necesarias para asegurar la continuidad del servicio y su viabilidad económica, como son éstas:

- a) Configuración operativa en función de la demanda de tráfico aéreo y de 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) Decidir su organización directiva mediante la identificación y valoración más adecuada de los *puestos directivos* encargados de las funciones de seguridad, calidad, protección y recursos financieros y humanos.
- d) Selección y «formación de unidad» y «continuada» de los controladores.
- 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*».

Por lo que refiere a esta última facultad, conviene evidenciar que, de este modo, la Ley pretende reforzar el carácter de potestad reglada y no disponible, aunque tradicionalmente el poder disciplinario se haya entendido, en el ámbito empresarial, a diferencia de lo que sucede en el empleo público –art. 94 EBEP–, como renunciabile. El inciso de remisión a la normativa aplicable se incorpora en el proceso parlamentario y busca asegurar que el poder de control por imperativo legal no sea ilimitado o ejercicio de forma arbitraria, lo que carecería de fundamento.

Pero este correctivo no es suficiente para las asociaciones profesionales, que pretendían una remisión concreta al procedimiento establecido convencionalmente, a fin de mantener el régimen

de favor colectivo, así como una especificación del tipo de incumplimiento, apelando al modelo ya referido de la «*just culture*» de Eurocontrol. Conforme a este enfoque sería necesario atender al menos a dos criterios para el ejercicio del poder disciplinario. De un lado, la necesidad de reforzar subjetivamente la exigencia de responsabilidad, de modo que ningún trabajador podría ser sancionado por una incidencia de seguridad sin ánimo de dolo, ni negligencia grave ni imprudencia temeraria. De otro, separar con nitidez el ejercicio de potestades dirigidas a exigir la responsabilidad disciplinaria de aquellas otras dirigidas a informar de cuantos sucesos se produzcan y que puedan incidir negativamente en el tráfico aéreo, aunque pudiera tratarse de meros «incidentes», a fin de aprender de esos «errores» y obtener lecciones para la mejora de los procesos de seguridad, pero sin ánimo disciplinario¹⁵.

Volveremos en un instante sobre el tema, al analizar el régimen sancionador reforzado establecido en el artículo 4.2 de la Ley.

Con carácter general, la previsión legislativa del artículo 2.2 no sería más que una especificación de la regla de reconocimiento del poder de dirección realizada por el artículo 20 de la LET a todos los empleadores. Este precepto ya recoge la necesidad del referido carácter «regular» del ejercicio del poder. La especialidad de esta regla de atribución del poder de dirección es doble. Por una parte, la mayor concreción de éste, a través de una suerte de «*técnica de desglose*» de las facultades que integran el poder de dirección empresarial. Por otra, el reconocimiento del carácter absolutamente indisponible, esto es, de *orden público económico*, del mismo.

De este modo, el artículo 2.3, no satisfecho con la atribución en exclusiva, va a remarcar que tales facultades de organización del servicio *son indisponibles para el proveedor civil de servicios*. De ahí que aún insista, por si hubiese alguien «duro de oído» –o lento de lectura–, en que «ningún puesto de trabajo u órgano podrá tener atribuida o desempeñar ninguna función que limite... el ejercicio de dichas facultades». Para la SAN esta medida es proporcionada, por tanto constitucional, pues su

«... finalidad es fortalecer el poder de dirección de los proveedores de servicios civiles de tránsito aéreo en un sector en que ha sucedido exactamente lo contrario, cogestionándose... 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...» –fundamento jurídico 15.º–.

En suma, se trataría no sólo de una medida razonable sino también

«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».

¹⁵ Una cuestión clave interrelacionada con este tema es el relativo a la investigación de accidentes aéreos, de ahí que tenga una dimensión colectiva y pública, no sólo individual o disciplinaria. *Vid.* Directiva 2003/42, relativa al sistema de Notificación de Sucesos, que obliga a notificar cualquier suceso que pueda afectar a la seguridad del tráfico aéreo, con el fin de aprender del error y mejorar los procesos, a efectos de prevención de accidentes e incidentes, y no tanto de sanción.

Es evidente que la construcción argumental de la sentencia es maniquea, por cuanto contrasta su argumento con un modelo radical opuesto que no se contempla, y maquiavélica, porque termina justificando todo en aras del fin que se persigue, la continuidad del servicio, sin más matizaciones o ponderaciones. En este sentido, es más que evidente que el poder de dirección no puede ser incontraolado o difuso, y no se plantea esta alternativa, pero eso no significa que sea indisponible o innegociable, de modo que se prive a la autonomía colectiva de un espacio que no puede reservarse ya en exclusiva al empleador, conforme entendían las viejas Ordenanzas y mantienen un buen número de convenios colectivos en la actualidad.

Sólo se hace una salvedad a la exclusividad y carácter *absoluto* del poder: «sin perjuicio de las atribuciones inherentes a las licencias de controlador de tránsito aéreo de conformidad con lo establecido en el Real Decreto 1516/2009, de 2 de octubre, por el que se regula la licencia comunitaria de controlador...». Esta cautela no aparecía en el RD-Ley y responde a la necesidad de diferenciar la «gestión organizativa» del servicio de su «gestión técnica». En este sentido, ha de quedar claro que una cosa es el poder de dirección y otra distinta la competencia de *gestión técnico-operativa* del servicio. Ésta, por imperativo tanto de respeto a las competencias profesionales como de seguridad, debe quedar en manos del controlador.

A título de ejemplo se dice que las capacidades de los aeropuertos o sectores, la configuración operativa en función de la demanda, la disponibilidad de los equipos o las condiciones meteorológicas, deben ser una decisión técnica y, como tal, una potestad asignada por la OACI y por el RCA –Reglamento de la Circulación Aérea– a los titulares de una licencia de tránsito aéreo. Una exigencia de separación de espacios de decisión y acción que vendría en el artículo 58 de la Ley de Navegación Aérea –Ley 40/1960, si bien modificada en diversas ocasiones, la última en 2010–, precepto que avalaría la introducción del referido inciso en la Ley, pues dispone que

«Para el ejercicio de funciones, en vuelo o en tierra, en el ámbito de la aviación civil, que afecten al control del espacio aéreo, al tránsito y al transporte aéreo, será necesario estar en posesión de un título, licencia, autorización o certificado que faculte específicamente para ejercer esas funciones.

Las condiciones para su obtención y las atribuciones, obligaciones y responsabilidades de sus titulares se determinarán de acuerdo con las normas del Derecho comunitario europeo, los tratados, convenios internacionales y normas de organismos internacionales de los que el Estado español sea parte y con lo dispuesto en esta Ley y en sus normas de desarrollo»¹⁶.

Estas atribuciones se definen, como se indicó, por la OACI y por el RCA. En estas normas técnicas otorga libertad de decisión al controlador en función del tráfico y las condiciones del momento. En este sentido, debería quedar claro que el poder de dirección no podría interferir en el deber de competencia técnica del controlador, si bien aquí quedará planteado el problema clásico del

¹⁶ El controlador, por tanto, no ejerce una función empresarial por delegación del empleador, sino propia, sólo técnica. A diferencia de lo que prevé, por ejemplo, el mismo artículo 59 de la Ley de Navegación Aérea, que deja bien claro cómo «El Comandante de la aeronave es la persona designada por el empresario para ejercer el mando. Podrá acceder al puesto de Comandante cualquier ciudadano que tenga la nacionalidad de un Estado miembro de la Unión Europea y se halle en pleno disfrute de sus derechos civiles y en posesión del título de Piloto y licencia de aptitud correspondiente al tipo de aeronave utilizada». En consecuencia, en este caso hay no sólo funciones técnicas sino de dirección de empresa.

ius resistitiae del trabajador respecto de una eventual decisión empresarial que incida en la operatividad técnica del servicio de tránsito aéreo.

4.4. El reforzamiento del poder de control y disciplinario: la indebida mezcla del orden laboral y el orden público-administrativo

Para probar que el legislador va en serio, nada mejor que reforzar el poder de sanción de las conductas que no se ajusten a las obligaciones establecidas en la regulación vigente. Por eso, quien no se ajustase a este modo de ejercicio verá cómo:

- Es sometido a la potestad sancionadora conforme a las previsiones del artículo 4 de la Ley en relación a los artículos 37 y 44 de la LSA.
- Se le revoca la designación obtenida.

Por lo que hace a las garantías frente al incumplimiento, esto es, a las garantías de efectividad, el referido artículo 4 de la Ley establece diferente tipo de *responsabilidad* en atención al sujeto infractor, al tiempo que introduce criterios de agravación de las infracciones. Así, de un lado, atribuye a las obligaciones impuestas a los proveedores de servicios de tránsito aéreo la consideración de obligaciones específicas de los proveedores de servicios de navegación aérea a los efectos de lo establecido en los artículos 37 y 44 de la LSA. De otro, estas infracciones se considerarán muy graves si el incumplimiento ha afectado de modo concreto a la seguridad o continuidad de la prestación del servicio, porque las haya impedido o menoscabado de algún modo relevante –art. 4.1 Ley–.

Asimismo, los incumplimientos de su personal se calificarán:

- Como muy graves cuando afecten negativamente a la seguridad o menoscaben de forma grave o reiterada la eficacia o la continuidad de la prestación de los servicios, dando lugar a las sanciones determinadas en la LSA y a las responsabilidades civiles que procedan –art. 4.2–. Se trata de la responsabilidad por hecho de tercero.
- *Serán causa de despido disciplinario* por parte del proveedor de servicios de tránsito aéreo. La tramitación del expediente previo a tal fin podrá ir acompañada, según especifica la Ley y siempre que así se fije en el acuerdo de incoación, de la usual medida cautelar de suspensión provisional de empleo y sueldo –art. 4.2, párrafo 2.º–. En la medida en que estamos ante una relación laboral de empleo público sería de aplicación tanto el EBEP como la legislación laboral.

El colectivo de profesionales afectados la aplicación de concepto de «*just culture*», desarrollado y aplicado por EUROCONTROL y EASA (Agencia Europea de Seguridad Aérea), al tiempo que han sido recomendados por la OACI. Con ello, se quería marcar una nítida diferencia, como se ha dicho, entre «errores humanos» y «negligencias graves». Sólo éstos, y no aquéllos, deben ser sancionados.

Una dualidad de enfoques –control de mejora y control disciplinario– que también el I CC de controladores recoge. En este sentido, el artículo 7.2 prohibía a AENA sancionar como consecuencia de «accidentes o incidentes ATS (Servicios de Tránsito Aéreo) o de acciones relacionadas con las atribuciones técnicas ATS de los CCA».

A este respecto, conviene recordar que la producción de un accidente aéreo en el que pueda concurrir fundamentalmente un error profesional debido a la fatiga o a la saturación en modo alguno puede llevar a eximir de responsabilidad. En este sentido, hoy se recuerda el mayor accidente aéreo sufrido en España, el de Los Rodeos, con un saldo de 583 víctimas mortales. En efecto, el informe de la Comisión de Accidentes puso de manifiesto el papel preponderante en el accidente del cansancio de las tripulaciones, así como las limitaciones en orden al tiempo de descanso en Holanda, pero también, aunque en menor medida, una falta de descanso de los controladores ¹⁷.

En este sentido, el principal argumento crítico, el relativo a la seguridad y a la continuidad del servicio, incide en que ha sido el régimen favorable de descansos el que ha propiciado que no se haya producido ningún accidente, ni incidente, notificados claro está –de los no notificados no sabemos, por supuesto, ni nos enteraremos–, en el que haya habido implicación de un eventual fallo del controlador. Se dice que gracias a esos descansos bien ordenados se ha producido un 100 por 100 de seguridad, de modo que ninguno de los notificados a la CEANITA (Comisión de Estudio y Análisis de Incidentes de Tránsito Aéreo) tendría como causa la fatiga del controlador, cuando existiría en el resto de países una cuantiosa información de accidentes e incidentes ocurridos por incidencia de la fatiga de este colectivo, al ser mucho más rígidas sus regulaciones en orden al tiempo de descanso. Y no deberían ser las razones de índole económica sino de seguridad las que dominaran esta materia.

No obstante, y como veremos a la hora de analizar la jornada que se establece, parece difícil justificar que haya mayor seguridad cuando se trabaja más horas pero muy bien pagadas, que es lo que ha venido ocurriendo desde 1999 hasta hoy, y menos cuando se trabajan las mismas horas pero «menos bien» pagadas, como ahora se pretende. En todo caso, el legislador no parece haber aceptado esta dicotomía, o al menos no la refleja de modo expreso en la formulación legislativa. Por eso, desde este planteamiento crítico-corporativo, se denuncia que la nueva regulación entraría en contradicción con este enfoque dual, amparado en una consolidada normativa internacional y en una aquilatada experiencia.

Paradójicamente, la Ley, a raíz del proceso parlamentario, habría asumido tal enfoque como vía de progreso a seguir en el inmediato futuro ¹⁸. Pero para el presente la redacción legal mantendría una redacción ambigua, que dejaría un margen extremadamente amplio al ejercicio del poder disciplinario, lo que contrastaría tanto con el carácter restrictivo que éste debe tener como con el juego del derecho a la presunción de inocencia, tan desconocido en la práctica actual por la influencia de los medios de comunicación. Sin embargo, desde una perspectiva crítica no corporativa, es evidente que a través de ese enfoque

¹⁷ Vid. http://es.wikipedia.org/wiki/Accidente_de_Los_Rodeos.

¹⁸ La disposición adicional sexta (Enfoque preventivo de la seguridad e introducción de la doctrina de la cultura justa de seguridad) remite a una regulación legal de futuro. Esta disposición adicional es una novedad respecto de las previsiones del RD-Ley, que no hacían referencia de ningún tipo a esta cuestión.

asentado en la gestión no disciplinaria del error, asumido plenamente por el convenio colectivo –art. 7.2–, se corre el riesgo de crear una suerte de *privilegio de inmunidad técnica* para el controlador aéreo.

Así lo habría entendido la SAN 47/2010, que critica la renuncia convencional que supone para AENA tal previsión. La empleadora habría renunciado con él a sus potestades en materia disciplinaria, por lo que el referido artículo 7.2 del ICC sería sólo una *cláusula de blindaje* para los controladores «ante cualquier tipo de actuación profesionalmente reprochable relacionada con estos eventos (accidentes e incidentes relacionados con la gestión técnica del servicio), que es indudablemente central para su actividad profesional». Una situación abdicativa que se agravaría todavía más si se tiene en cuenta que en virtud del artículo 18 del Estatuto del Controlador AENA habría igualmente renunciado al sistema de registro de grabación automática, salvo muy limitadas excepciones, perdiendo «cualquier capacidad de control operativo real de la calidad del servicio... siendo irrelevante, a estos efectos, que pueda examinarse cuando se haya abierto expediente disciplinario, puesto que el requisito constitutivo para poder abrir... cabalmente expedientes disciplinarios pasa precisamente por poder controlar previa y legalmente la actividad profesional...» –fundamento jurídico 13.º–.

Asimismo, la SAN rechazó el argumento de USCA según el cual, el párrafo segundo del artículo 4.2, vulneraba tanto el principio de presunción de inocencia como el de non bis in ídem, al posibilitarse que en el acuerdo de incoación del expediente disciplinario, el proveedor civil de servicios pudiera disponer la suspensión provisional de empleo y sueldo. El primer argumento se rechaza porque el derecho a la presunción de inocencia no sería aplicable en las relaciones laborales, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional que, a su vez, había rectificado su doctrina –*vid.* STS 11.11.2004 y STCO 30/1992–. Se agotaría en el ámbito penal.

No obstante, también es conocido que aparece en el ámbito del poder sancionador de la Administración, e incluso del poder disciplinario, si bien en este caso también el presupuesto es la constatación de un «incumplimiento contractual» y no un «juicio de culpabilidad o inocencia».

El segundo argumento se rechazaría trayendo a colación la doctrina judicial que rechaza la naturaleza sancionadora de la suspensión de empleo y sueldo, pues se trataría únicamente de una medida cautelar, cuyos efectos desaparecen caso de ser estimada la pretensión –STSJ País Vasco, 4 de junio de 2006–. En este sentido, es de utilidad la remisión que se hace a la consideración del poder disciplinario, en cuanto que, citando a la STSJ de Andalucía/Sevilla, de 19 de julio de 2001, que a su vez cita la STS, 4.ª, de 2 de noviembre de 2000:

«... 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 el 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...».

En este argumento debemos coincidir, salvo las matizaciones realizadas, con la Sala. Pues esa previsión está en el artículo 95 del EBEP, por lo que sería un privilegio de todo punto inaceptable que no se estableciese para este colectivo.

5. LA DIMENSIÓN JURÍDICO-LABORAL DEL NUEVO RÉGIMEN DEL SERVICIO: CLAVES DE UN ESTATUTO PROFESIONAL ¿ESPECIAL O EXCEPCIONAL?

5.1. Una cuestión previa: el carácter laboral de la relación de empleo público de los controladores

Entre los argumentos a esgrimir para legitimar esta intervención de recorte de los derechos laborales de los controladores, incluyendo la suspensión de una parte muy importante de su convenio colectivo –aunque de vigencia prorrogada–, está el relativo a la condición pública de su relación, que haría especialmente exigente recuperar la vigencia plena del principio de legalidad. Si en el ámbito privado rige con plenitud el principio de autonomía colectiva, el elemento diferencia de una relación de empleo público sería la sujeción a los dictados de la Ley y, por tanto, al mayor relieve que en su regulación adquiere la componente «estatutaria», la predeterminación de su régimen por Ley. Ahora bien, tanto el legislador como la Audiencia Nacional parten de una extrema sujeción de esta relación laboral de empleo público a las exigencias más típicas del otro modelo de ordenación de empleo público, el funcional-estatutario, de modo que a menudo se deja pasar la diferencia todavía existente entre el régimen laboral y el régimen funcional y sin ignorar el proceso de convergencia consolidado por el EBEP, cuyos requerimientos, por cierto, sólo se traen a colación en lo que perjudica a los controladores pero no en lo que establece una serie de garantías, como por ejemplo sus derechos de negociación colectiva.

AENA es una entidad pública empresarial desde 1991. Por lo que sus relaciones se sujetan básicamente a la legislación laboral en materia de personal.

Aunque la propia regulación convencional busca la dimensión diferencial, evidenciando su carácter «estatutario», su regulación responde básicamente a los parámetros de un *Estatuto Profesional-Contractual de los Controladores de la Circulación Aérea* (ECCA). Los funcionarios controladores se integraron en dicho Ente a través de diversos pactos y, en consecuencia, la legislación laboral y, por ende, la negociación colectiva, ejercen un poder regulador de primer orden. EL artículo 7 del EBEP dispone que el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas – y AENA no lo es, sino una Entidad Pública Empresarial, si bien le resulta aplicable en virtud del art. 2.1 EBEP– se rige, además de por la legislación laboral y por las demás normas convencionalmente aplicables, por los preceptos de este Estatuto que así lo dispongan. La primacía, pues, del Derecho Social del Trabajo no es discutible, por lo que es en su ámbito, modulado por ser una relación de empleo público, cierto, donde debe llevarse a cabo el juicio de adecuación de la nueva regulación al Derecho.

5.2. «La madre del cordero»: las reglas relativas al tiempo de actividad y descanso del personal dedicado al control del tránsito aéreo

Una de las claves principales para entender la sustitución por Decreto-Ley –luego por Ley– de la voluntad de las partes en la regulación de las condiciones de trabajo de los controladores reside, precisamente, en la dislocada ordenación que se había hecho del tiempo de trabajo, hasta el punto de considerar, por parte de la SAN, fraudulenta esta regulación, por cuanto se habría orientado únicamente a aumentar el precio de las horas de trabajo de los controladores. Por eso, en garantía de la

seguridad de la prestación de los servicios de tránsito aéreo y el necesario descanso de los controladores civiles del mismo se dispone un régimen básico de tiempo de actividad y descanso. A estos efectos, la regulación diferenciará el régimen transitorio para los controladores de AENA –disp. trans. 1.^a– y el régimen previsto con carácter general –art. 3–, sin perjuicio de la remisión a un desarrollo reglamentario para fijar los aspectos más concretos –disp. final 3.^a–. En todo caso, ambas regulaciones aparecen, pues, como provisionales, por cuanto la situación deberá quedar sujeta, finalizado el periodo transitorio, a una regulación reglamentaria específica, lo que resulta harto discutible.

En este apartado estudiaremos el régimen general, y en el próximo analizaremos el régimen propio de AENA. Por lo que hace al régimen básico regulador del tiempo de trabajo al que deben ajustar sus regulaciones todos los proveedores de servicios, no sólo AENA son:

- La jornada a turnos tendrá una duración no superior a doce horas por servicio.
- El número de horas extraordinarias no será superior a 80 al año, de conformidad con la LET.
- El tiempo de descanso durante la jornada será de un 25 por 100 del tiempo de duración de la jornada diurna – desde las 8:00 hasta las 23:59 h locales– y de un 33 por 100 de la duración de la jornada nocturna –desde las 0:00 hasta las 7:59 h locales–. No obstante, en las llamadas «*torres de control monoposición*» los controladores tendrán un descanso de una hora por servicio.

Por lo que hace a la «jornada a turnos», para la SAN 47/2010 el límite legal respetaría el establecido en el artículo 34.3 de la LET, y no contradiría «frontalmente» el que establece el artículo 36.1 del I Convenio Colectivo –fundamento jurídico 15.º–. Ahora bien, conviene recordar que el precepto estatutario establece el periodo de descanso diario, situándolo en un mínimo de 12 horas, pero al mismo tiempo entiende que el número de horas ordinarias de trabajo efectivo «*no podrá ser superior a nueve diarias, salvo que por convenio colectivo o, en su defecto, acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se establezca otra distribución del tiempo de trabajo diario, respetando en todo caso el descanso entre jornadas*». En consecuencia, la posibilidad de que la jornada ordinaria diaria pueda ser mayor a nueve horas depende de la autonomía colectiva y no de la determinación unilateral del empresario, como ahora parece desprenderse del tenor legal.

Por su parte, el artículo 36.1 del I CC, relativo a la duración y distribución de los servicios, autoriza una jornada máxima de 12 horas tanto para el turno de «Día» como para el turno de «Noche», limitándola a un máximo de ocho horas para el turno de «mañana o tarde». Por su parte, el artículo 36.2 del I CC atribuye a la negociación, para cada dependencia, entre AENA y USCA, la fijación de la «modalidad de turno de aplicación y la duración concreta de los servicios». Como puede verse, el Convenio de los Controladores no hacía más que recoger la previsión de la LET en esta materia, de modo que la concreción del máximo de jornada, dentro del límite máximo de 12 horas, corresponda a la negociación colectiva, incluido el acuerdo directo entre empresa y los representantes de los trabajadores –en el caso USCA, por más que éste sea sindicato de la «*aristocracia profesional*», como se ha dicho–.

Para la SAN 47/2010 no hay, una vez más, problema alguno, como se ha indicado, para extender a todos los turnos el máximo legal. Primero porque existe un número muy escaso de controlado-

res aéreos, por lo que la disponibilidad de personal es limitada, obligando a ampliar las jornadas de trabajo. Por lo tanto, un razonamiento de tipo fáctico, y económico, determina el razonamiento jurídico. Segundo porque, en cualquier caso,

«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*» –fundamento jurídico 15.º–. Una vez más, pues, el Tribunal no ve ningún tipo de problema ni en el fondo, ni en la forma, ni en la fuente reguladora, ni en los tiempos de vigencia...

La simplicidad, con el debido respeto al Tribunal, de esta visión evidencia que no estamos tanto ante argumentos jurídicos, como aparenta, sino más bien ante una toma de posición apriorística en contra del modelo regulador, «cogestionario» sin duda, de las condiciones de trabajo de este colectivo, «aristocrático» sin duda también. A este respecto, convendría recordar algo elemental que creo ha ignorado la Sala, y es que a diferencia de lo que se prevé para los funcionarios, respecto de los cuales son las Administraciones Públicas las que establecerán la jornada general y las especiales –art. 47 EBEP–, estando obligadas en todo caso a negociar esta materia –letra m) art. 37.1 EBEP–, para los empleados laborales públicos regirá la legislación laboral, que remite, como se ha visto, a la negociación colectiva, y no a la potestad reglamentaria. En este sentido, entiendo que la remisión a la potestad reglamentaria es contraria al modelo hoy vigente, por tanto incoherente y, en consecuencia, restringe un derecho de rango fundamental, por lo que adolece del vicio de inconstitucionalidad a mi juicio.

Por otro lado, la regulación actual, y a la espera de lo que pueda prever la norma de desarrollo, no diferencia la jornada atendiendo a las peculiaridades que sin duda presenta la modalidad del trabajo a turnos. De este modo, se apartaría de un modo de actuar extendido en este sector. Así, el Informe Eurocontrol «Gestión del trabajo por turnos en el ATM europeo» («Managing Shiftwork in European ATM») del año 2006 establece, entre otras recomendaciones, las siguientes:

- Los trabajadores por turnos deberán tener más días libres al año.
- Deberían evitarse las rotaciones desfavorables, dando preferencia a las llamadas rotaciones «hacia delante» (mañana-tarde-noche).
- La programación de turnos debería ser transparente y predecible.

De ahí que la negociación colectiva estableciese para este tipo de jornada un régimen mucho más favorable, y que se previera una mayor capacidad de negociación para los representantes mayoritarios del colectivo profesional, pues se comprometía AENA a negociar con USCA la modalidad de descanso diurno de aplicación en las dependencias que opten por ciertos tipos de turno –art. 35, 2.2 CC en relación art. 33, apartados 2.1 c) y 3.1 c) del mismo cuerpo convencional–, así como los periodos de descanso nocturno. En este caso, los acuerdos «a los que se pudieran llegar tendrán que ser validados, antes de su aplicación, por la Comisión Permanente del Convenio» –art. 35.2.3 I CC–.

En suma, es posible que el régimen pactado sea extremadamente rígido por exigir acuerdos colectivos permanentes y «localizados». Pero un régimen que ignore la negociación radicalmente resulta también desproporcionado.

Por lo que hace a las horas extraordinarias sabido es que también asume una importancia central en la reacción legislativa para corregir los desmanes cometidos en estos años a través de la negociación colectiva, con el juego combinado del modelo «minimal» –mínimo– de jornada laboral «ordinaria» vía convenio y el modelo abierto o prolongado de jornada laboral «extraordinaria». El carácter mínimo de esa jornada para los controladores obligaba a pactar prolongaciones 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» –dice la SAN–:

«desborda los límites legales de horas extraordinarias establecidos en el artículo 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 autorización de la CECIR»

Debe recordarse que el convenio colectivo establecía, de un lado, un límite a la realización de horas extraordinarias, prohibiendo, de conformidad con el dictado legal, que realizasen más de ochenta horas extraordinarias anuales, «sea cual sea el carácter de éstas, con excepción de las de fuerza mayor, que no estarán incluidas en el cómputo» –art. 44 I CC–. De otro, la retribución para las horas extraordinarias era «sólo» de un 75 por 100 de incremento sobre el precio de la hora ordinaria. A tal fin, se proponía una fórmula de cálculo en la que figuraban todos los conceptos retributivos y por su cuantía bruta anual –artículo 136 CC–. En consecuencia, queda claro que una vez más el caos se debe más que al convenio a los *Acuerdos de Prolongación de Jornada*, esto es, a los Pactos de Empresa, por lo que realmente son éstos los que debieron declararse nulos y no provocar una reacción que se llevara por delante la práctica totalidad del convenio, al menos lo más relevante –la doctrina del equilibrio interno, aunque matizada en los últimos años por la jurisprudencia, debería llevar a su desvirtuación plena–.

Que la SAN 47/2010 entienda que una situación de este tipo no hubiera resuelto el problema, generando además vacíos de regulación, no es más que un argumento forzado por la posición predefinida a favor de la intervención legal. En todo caso, es evidente que respecto de las horas extraordinarias la previsión legal «es irreprochable» –SAN 47/2010, fundamento jurídico 15.º–.

Finalmente, respecto al tiempo de descanso, tanto el RD-Ley como la Ley han reducido ese tiempo a un 25 por 100 y un 33 por 100, respectivamente. La crítica que se ha hecho a esta medida es que no responde a razones de racionalidad y equilibrio entre motivos de seguridad –del tráfico– y motivos económicos –rentabilidad–, sino al predominio de éstos sobre aquéllos. De ahí que se pidiera que se ampliara a un 33 por 100 y a un 50 por 100, que es la prevista en el I Convenio Colectivo –art. 35–, regulación elaborada conforme a la normativa internacional y atendiendo a la necesidad de disponer del tiempo adecuado tanto para la salud como para la recuperación de las capacidades de concentración necesarias para esta actividad. En este sentido, asignar una hora de descanso por servicio en una «torre monoposición» en jornadas de 12 horas atentaría contra la seguridad del tránsito aéreo. De ahí que se busque una diferenciación de la jornada de este colectivo, de modo que se distinga de los demás empleados públicos por ser muy especial su actividad.

Ni que decir tiene que tampoco esta previsión suscita la más leve «sospecha» de ilegitimidad para la Audiencia Nacional que, por enésima vez, concluye que estamos ante una regulación «proporcionada y razonable». Y ello atendiendo a que

«... por una parte... 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 disposición 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...»¹⁹.

Una vez más los argumentos fuertes se vinculan a que la intervención tiene un sentido transitorio, hasta que una nueva norma más equilibrada sustituya este régimen inclinado hacia las razones del servicio. Pero esa norma, en relación a la jornada, no será un convenio, sino un reglamento, sujeto no a negociación previa en esta Ley –sí en el EBEP– sino tan sólo la «consulta» con un amplio «rosario» de interlocutores. En consecuencia, el Tribunal se despreocupa del impacto en los derechos y condiciones de trabajo hoy para confiar un mejor trato a una norma futura, pasando mientras tanto el merecido «purgatorio» por haber tenido un régimen tan favorable anteriormente.

En realidad, el discurso se sitúa en términos análogos a los de personal médico en el ámbito de los Servicios Públicos de Salud, y ya hemos visto cómo la solución de la Ley no es la reducción de sus jornadas sino su ampliación, por razones análogas: la necesidad de garantizar la continuidad del servicio a un coste razonable.

Este régimen básico requiere un cumplido desarrollo, producido el cual deberá ser derogado. A tal fin, ya vimos cómo la disposición final 3.^a de la Ley remite a la potestad reglamentaria tal tarea reguladora. Así, mediante Real Decreto «y previa consulta a los sindicatos más representativos a nivel estatal y a las organizaciones profesionales sectoriales», se regulará el tiempo de actividad y descanso de los controladores. Un primer comentario que sugiere esta regla es el contraste de su texto con el recogido en la EM, que hace referencia no a la consulta sino a la negociación y no a los sindicatos estatales y a las organizaciones profesionales sino tan sólo a los sindicatos más representativos a nivel estatal –EM, II, párrafo 4, in fine–.

Este desajuste entre la EM y el cuerpo legal se explica por los avatares sufridos por el texto normativo en el proceso legislativo a que el RD-Ley se vio abocado. En efecto, la disposición final 3.^a del RD-Ley no hacía referencia más que a la intervención sindical por parte de las organizaciones de esta guisa «más representativas a nivel estatal», con lo que dejaba a un lado a los sindicatos mayoritarios en el colectivo y en gran medida los causantes de este «caos organizativo-laboral». El momento más reflexivo de la Ley ha llevado a introducir la interlocución de este sindicalismo autónomo y «aristocrático», si bien introduce alguna ambigüedad de relieve, porque no alude a los sindicatos de tipo profesional sino

¹⁹ Esta última previsión, coherente o lógica por otro lado, no estaba en el RD-Ley, por tanto es novedad.

a las «organizaciones profesionales sectoriales», lo que permitiría dar cabida no sólo a los sindicatos específicos sino también a asociaciones profesionales creadas en este ámbito y de gran influencia.

Es evidente, a mi juicio, que, en el marco del reparto constitucional y legal de competencias negociadoras, no es la asociación profesional propiamente la llamada a esta audiencia, sino los sindicatos que acrediten representatividad suficiente en el sector de los controladores aéreos, y que sin duda será USCA. Así lo aprecia también la SAN 47/2010, que evidencia cómo en la «ley se contempla la audiencia a las organizaciones sindicales sectoriales» –fundamento jurídico 15.º, último párrafo–.

Pero con ser este aspecto relevante, no es el más significativo. La cuestión más notoria es la devaluación de la competencia de los sindicatos a simple «consulta», cuando debería ser un derecho estricto de negociación, por las razones legales antes esgrimidas. Esta cuestión es especialmente problemática y llama la atención que la Audiencia Nacional la haya obviado por completo, sin una mínima referencia. En este sentido, el Grupo Parlamentario Popular planteó una Enmienda en la que tal previsión aparecía condicionada a la falta de convenio:

«En caso de que no se alcanzara un acuerdo de convenio entre AENA y los representantes sindicales de los controladores de la circulación aérea, el Gobierno, mediante real decreto y previa consulta a los sindicatos más representativos a nivel estatal, regulará el tiempo de actividad y descanso de los controladores de tránsito aéreo»²⁰.

La opción de política del derecho más que técnica del Tribunal se expresa con toda nitidez en este ámbito. Así, sin que realmente se lo pidieran, la Sala considerará:

«... necesario... 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 sólo 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... 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 artículo 34.7 ET, sólo que aquí con más garantías, puesto que la decisión viene impulsada desde el legislador».

Esta regulación será de aplicación general a todos los proveedores, por obvios motivos jurídicos –igualdad de regulaciones– y económicos –igualdad de costes para todos los competidores–. Todos ellos deberán ajustar el tiempo de actividad, descanso y turnos del personal a este régimen, para cuya aprobación, sin embargo, no se ha fijado fecha concreta. Como es natural, dependerá de la evolución del proceso de negociación con los diferentes interlocutores, con perspectivas bien diferentes.

El incumplimiento de las reglas relativas al tiempo de trabajo –y descanso– se considerarán infracción aeronáutica a los efectos de la LSA. Esta infracción será grave cuando haya afectado de

²⁰ Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. Serie A: Proyectos de Ley. Sesión de 22 de marzo 2010. http://www.senado.es/legis9/publicaciones/html/textos/A_058-04.html.

manera «grave y reiterada» a la continuidad en la prestación del servicio y muy grave cuando haya afectado a la seguridad –disp. final 3.^a, apartado 2–.

El problema mayor que aquí se plantea, a mi juicio, es la dualidad de servicios de inspección, en la medida en que deberían ser infracciones de orden laboral igualmente. Por lo que una vez más nos encontramos ante territorios fronterizos entre los diferentes cuerpos de inspección que parece resolverse en detrimento de la ITSS.

5.3. El régimen laboral transitorio de los controladores aéreos de AENA: la sustitución de la voluntad colectiva por la voluntad unilateral

5.3.1. Planteamiento general

En la dimensión estrictamente jurídico-laboral de la nueva regulación, el bloque de cuestiones que más críticas ha suscitado por las organizaciones profesionales ha sido, como es natural, el bloque de medidas que comprende un conjunto de modificaciones, con una vigencia transitoria, de ciertas condiciones laborales de los controladores aéreos *para garantizar la capacidad de AENA de cumplir con su obligación de prestación segura, suficiente y continuada de los servicios de control de tránsito aéreo*. Se trataría de un régimen provisional hasta que se implemente la reforma liberalizadora y, por lo tanto, continúe siendo el proveedor único.

Por tanto, a diferencia del resto de las medidas, este régimen sólo tiene como destinatario al hoy único proveedor civil del tránsito aéreo, si bien dejará de serlo una vez sea efectivo el nuevo régimen liberalizador. En tal sentido, y en aras del principio jurídico de proporcionalidad que debe regir una intervención tan incisiva en la regulación laboral, el legislador habría cuidado de «imponer» exclusivamente *«aquellas modificaciones que resultan inexcusables para asegurar que AENA sea capaz de cumplir»* con su deber de prestación y «por el tiempo mínimo imprescindible», que sitúa en tres años desde la entrada en vigor de la Ley. Otra cosa es, como veremos, que lo haya conseguido porque algunas de las medidas sí atribuyen un poder exorbitante a AENA, con lo que se fija un injustificado régimen excepcional a su favor y en detrimento de los controladores. Jugaría así la «ley del péndulo»: del trato de desmesurado favor a éstos se transitaría hacia un régimen no menos desmesurado de favor hacia el empleador.

En efecto, a mi juicio, el carácter transitorio dado a la nueva regulación –«sólo» por tres años y en tanto no haya II Convenio–, y la existencia de control judicial para toda decisión empresarial, no legitimaría de modo apriorístico e indiscriminado, como sí parece aceptar, erróneamente en mi opinión, la SAN, esta regulación en todos y cada uno de sus puntos. De ahí que, en mi opinión, la SAN no haya hecho una adecuada ponderación entre los derechos e intereses en juego, por las razones que iré desgranando al comentar cada medida. Expondré a continuación los aspectos de este régimen jurídico transitorio –disp. trans. 1.^a–, articulando de un modo conjunto la regulación legal con la valoración judicial, a fin de poner de relieve cómo a menudo la sentencia incurre en un grave prejuicio político-económico, haciendo pasar como conclusión –la proporcionalidad de la interven-

ción legal suspensiva del derecho a la negociación colectiva— lo que no es sino una concepción pre-determinada. Sólo en determinados casos el juicio de la Audiencia Nacional sí obedece a parámetros de tipo jurídico. Veámoslo.

5.3.2. *La suspensión del «privilegio» de cesar anticipadamente en la relación con continuidad de la percepción del salario fijo*

La Ley establece la suspensión del «derecho» a obtener esta «Licencia Especial Retribuida» (LER). Esta singular situación, que combina cese de actividad con salario, está regulada en el artículo 166 del I Convenio Colectivo. Aunque se ha dicho que se trata más de una muy generosa modalidad de «jubilación anticipada», realmente no es así, estamos ante una singular, ciertamente, *situación de prejubilación*. El Convenio Colectivo es inequívoco al respecto. Así, de un lado, expresamente afirma que estamos ante una situación «previa a la jubilación» —art. 166.1—. De otro, reconoce una garantía de mantenimiento de la «situación de servicio activo» del controlador durante la LER, aunque sin ocupar ningún puesto —art. 173 CC—. De ahí que siga existiendo la obligación de cotizar por AENA, con el fin de que «la prestación de jubilación a la edad establecida sea de idéntica cuantía a la que hubiera percibido el CCA de no acogerse a esta licencia» —art. 171 CC—.

La regulación convencional preveía dos supuestos diferentes para acceder a tan «privilegiada» situación de mantenerse en activo, cobrando el salario pero, eso sí, sin trabajar de modo efectivo. A saber:

a) Que el controlador haya cumplido 55 años, si:

- Al menos 10 años ha trabajado bajo la modalidad de turnos y
- Los dos últimos previos a la solicitud ha permanecido en servicio activo en puestos de AENA.

b) Que haya cumplido 52 años, si:

- *Cuenta con al menos 30 años de antigüedad como controlador*
- Al menos 10 de esos años ha trabajado a turnos y
- Los dos últimos ha permanecido en activo en puestos de AENA.

Como puede comprobarse, la diferencia entre un supuesto y otro está en la antigüedad como controlador. Por eso, la LER no sería, para sus beneficiarios, un privilegio profesional, ni siquiera un premio por antigüedad, sino una necesidad operacional impuesta por la buena práctica en materia de seguridad aérea, por el elevado desgaste psicofísico que conlleva esta profesión. Así lo probaría el que el porcentaje de salario va a variar en función de los años de servicios en régimen de turnos, conforme a la tabla recogida en el artículo 169 del I CC. Si se solicitaba con 10 años de trabajo a turnos tenía derecho a percibir el 75 por 100 del Salario Ordinario y Fijo (SOF), incrementándose en un 3 por 100 por cada año de trabajo a turno acreditado, hasta llegar al 100 por 100 del SOF si se acredita 17 años o más. Este derecho contaba con diferentes garantías, tanto de actualización retri-

butiva como de continuidad en la situación de activo sin servicio efectivo, pues una vez iniciada no podía ser suspendida ni denegada –art. 167 CC–.

En suma, en esta situación, un controlador podía acogerse a dicha LER, retirarse de la actividad de control de frecuencia de tránsito y dedicarse a otras tareas o, si así lo decide, continuar en la referida actividad de control de frecuencia si pasaba los reconocimientos médicos correspondientes. Como puede verse, la justificación de tan beneficiosa medida se situaba en el gran desgaste, más de tipo mental ²¹ que físico, que provoca esta actividad profesional, y que, por lo tanto, exigiría adoptar medidas que facilitaran el recambio de este personal a edades maduras pero no prolongadas. En todo caso, como se ha visto, no siempre se garantizaba el 100 por 100 del salario, pues dependía de la antigüedad en la prestación de servicios a turnos.

Pues bien, desde la entrada en vigor del RD-Ley ningún controlador puede acogerse a la LER. Por tanto, no se producirá ninguna nueva incorporación, haya sido o no solicitada a la entrada en vigor de ésta –eficacia retroactiva–, a dicha situación, que permite a los controladores dejar de trabajar una vez cumplidos los 52 años de edad y continuar percibiendo el salario ordinario fijo hasta alcanzar la edad de jubilación, sin que haya otra condición de racionalidad –necesidades del servicio, conformidad del empleador–. De ahí que en condiciones tan favorables se considere un genuino «privilegio corporativo-profesional», esto es, una «ley singular» sin la debida justificación objetiva o funcional, sin más amparo jurídico que el poder negociador de este colectivo y su representación «corporativo-profesional».

La negación de nuevas incorporaciones a tan singular situación durante el plazo de tres años desde la entrada en vigor de la presente Ley resulta del todo imprescindible para que AENA pueda seguir disponiendo de un número suficiente de controladores para cumplir con sus obligaciones como proveedor de estos servicios, entretanto concluye el proceso de reforma dirigido a la apertura de la prestación de servicios de navegación aérea a nuevos proveedores certificados. Es más, de no impedirse temporalmente la salida de los controladores de AENA hacia la referida situación de licencia especial retribuida, se pondría en grave riesgo la continuidad y seguridad de la prestación de los servicios de tránsito aéreo y con ella la viabilidad del servicio. En consecuencia, entiendo que aquí sí lleva razón la SAN 47/2010 cuando entiende que se trata 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».

Este periodo de suspensión de la licencia no se considera «tiempo muerto», sino que debe ser un «tiempo activo de negociación», de modo que durante el mismo debe establecerse su nuevo régimen jurídico mediante convenio colectivo. Precisamente, y para abrir el clima de confianza que exige toda

²¹ Cfr. Federación Internacional de Trabajadores del Transporte (ITF). «*Stressed and Fatigued on the Ground and in the Sky*» («*Estresado y fatigado en la tierra y en el cielo*»). Londres, 2009. Se trata de un Estudio mundial de las condiciones laborales de los trabajadores del mundo de la aviación realizado entre 2000 y 2007, atendiendo a los cambios en este sector.

negociación colectiva de buena fe, *las partes negociadoras del II Convenio Colectivo de los Controladores de Tráfico Aéreo* han acordado firmar un documento conjunto dirigido a la dirección de AENA y al propio colectivo de los controladores de circulación aérea para articular un proceso de negociación posible, independiente de los desacuerdos surgidos y que garantice el servicio y la paz social. Para ello recomiendan la normalización de las relaciones laborales «que deben enmarcarse en un clima de diálogo y consenso en la aplicación de las medidas transitorias» previstas en la legislación, al tiempo que recuerdan la existencia de procedimientos de solución de conflictos adecuados para llevar a cabo una gestión empresarial eficaz, así como para resolver las discrepancias que pudieran surgir en la aplicación de los mismos ²².

No obstante, y para intentar evitar los desmanes de la regulación suspendida, la Ley establece, innovando el contenido del RD-Ley, una serie de condiciones:

- El carácter causal de esta situación. El paso a la situación de licencia especial retribuida desde los 52 hasta los 57 años debe obedecer a una razón. En concreto, a la falta de capacidad psicofísica del controlador. Esta situación conllevaría no el cese retribuido, como antes, sino la asignación de funciones no operativas de control de tránsito aéreo.
- Cuando se alcancen los 57 años de edad será de aplicación el régimen previsto en el apartado 2.º de la disposición adicional 4.ª, por lo que han de interpretarse conjuntamente. Esta disposición fue introducida por la Ley 9/2010, pues no aparecía en el RD-Ley. Regula con carácter general los límites al desempeño de funciones operativas por razones de edad –también la situación de reserva activa y la situación de jubilación–. Como advierte la SAN 47/2010, se trata en todo caso de medidas vinculadas a las «*exigencias de excelencia de las capacidades psicofísicas de los controladores*».
- Las retribuciones que se pacten para las situaciones de licencia especial retribuida, o de reserva activa, deberán respetar lo pactado en convenio colectivo previo informe favorable del Ministerio de Economía y Hacienda. Esta exigencia reproduce las previsiones de todas las leyes de presupuestos que se han venido sucediendo en materia y su ausencia viciaría de nulidad, como se ha indicado, el acuerdo, aunque hayan fracasado hasta la Ley todos los controles existentes para que se garantizara dicha previsión legislativa.
- De no lograrse un convenio colectivo transcurrido el periodo de tres años se aplicará el régimen de la licencia especial retribuida legalmente fijado de forma transitoria. Para la SAN 47/2010 se trataría de una «cláusula de cierre, que constituye un incentivo a la negociación colectiva que, si no se alcanzan colectivamente acuerdos, se aplicará la regulación legal» –fundamento jurídico 14.º–.

5.3.3. Fijación de la jornada laboral de los controladores de tránsito aéreo en la media de los tres últimos años, esto es, en 1.670 horas anuales

En tanto no se lleve a cabo el desarrollo reglamentario al que remite la disposición final 3.ª de la Ley, todos los empleados públicos que desempeñen funciones de control de tránsito aéreo al ser-

²² Cfr. <http://www.aviaciondigitalglobal.com/noticia.asp?NotId=12585&NotDesignId=4>.

vicio de AENA «deberán realizar de manera inexcusable la jornada necesaria para garantizar la continuidad y sostenibilidad de dichos servicios». A estos efectos, la Ley añade que dicha jornada *no podrá superar la media de la realizada de modo efectivo por los controladores durante el año 2009*. Esta jornada ascendería a 1.670 horas. Este periodo de trabajo efectivo descuenta las 80 horas extraordinarias previstas estatutariamente –el RD-Ley no lo hacía– e incluye:

- Los periodos de descanso durante la jornada.
- Las guardias localizadas.
- Los tiempos requeridos para cubrir posibles incidencias.

Como puede comprobarse, la Ley establece dos reglas básicas. Un *tope mínimo*, que define a través de un concepto jurídico indeterminado: la jornada necesaria para garantizar la continuidad del servicio, esto es, la que marque la empresa por razones del servicio. Y un *tope máximo*: no podrá superar la media del año 2009. De este modo, puede comprobarse que la jornada será inferior a la realizada otros años.

Una mirada retrospectiva, esto es, histórica, pone de relieve una involución notable con esta regulación legislativa. En la década de los años 70 la jornada, fijada por el Ministerio de Transportes, era de unas *1.711 horas*²³. El 30 de diciembre de 1981 se firmó un Acuerdo entre el Ministerio de Transportes, del que por esa época dependían directamente los controladores como funcionarios, y los representantes de los controladores, si bien formalizado a través de una «*norma de régimen interior en las dependencias del servicio de control de la circulación aérea*», en virtud del cual se fijaba una jornada máxima semanal de 35 horas, sin que pudiera exceder de 42, y una jornada máxima anual de *1.584 horas* [punto 6 a) de la Circular]. En 1989 se firmaría el PROTOCOLO DE ACUERDO por el que se fijaba ese máximo anual en *1.200 horas*.

Es evidente que una reducción de este calibre es completamente inaudita en todo el mundo, de ahí la necesidad de otro PACTO DE EMPRESA, firmado el 1 de julio de 1999, en virtud del cual se acordaba la prolongación de la jornada hasta un 50 por 100, eso sí, de forma voluntaria y bien pagada, pues se retribuía cada hora adicional a razón de 2,65 veces el precio de la ordinaria. En consecuencia, tan exigua jornada laboral en modo alguno respondió a la «penosidad» y/o complejidad del trabajo, puesto que hubo una «masiva incorporación de los controladores a los acuerdos de prolongación de jornada», sino a una oportunidad de enriquecimiento –a todas luces injusto en sentido estricto– del colectivo, encareciendo los costes del servicio desorbitadamente. Precisamente, el análisis comparado de las jornadas laborales realizadas de modo efectivo por los controladores nos arroja el siguiente panorama –recogido en la EM de la Ley y «como hecho probado» en la SAN 47/2010–:

- 2007: 1.799 horas.
- 2008: 1.802 horas.
- 2009: 1.750 horas.

²³ Precisamente éste es el máximo de horas de trabajo para el resto del personal de AENA, según el artículo 57 del V Convenio Colectivo aplicable a este personal –BOE 16 de enero de 2010–.

La SAN es especialmente crítica en este punto, sin duda el nudo gordiano del problema, por encima de la pintoresca, aunque nada desdeñable, cuestión de la Licencia Especial Retribuida (LER). Tanto que incluso llega a sugerir que la previsión convencional responde a un plan deliberado para enriquecer a los controladores, en un contexto doblemente deficitario, del número de controladores aéreos y de jornada oficial. Conocida y aceptada por ambas partes esta ecuación –escasez de personal y jornada laboral exigua–, la continuidad del pacto de las 1.200 horas sólo pudo hacerse:

«... 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 de julio de 1999, que se ha venido actualizando anualmente hasta el 30 de abril de 2010» –fundamento jurídico 13.º–.

De ahí, que no sólo concluya su carácter de cláusula convencional abusiva, por ser expresión de un profundo desequilibrio contractual y regulador, lo que ya la viciaría de nulidad, sino también irracional en el plano organizativo y de gestión, porque responde a una decisión o: «... medida organizativa carente de cualquier justificación racional... que imposibilitaba la cobertura mínima del servicio...».

Nada dice, en cambio, de la posibilidad de diferenciar entre los distintos tipos de jornada, como sí hacía el Convenio Colectivo. Éste establecía una marcada diferencia entre la «jornada a turnos» y la «jornada ordinaria».

En este sentido, la primera modalidad de jornada limitaba su duración a las 1.200 horas máximas anuales, sin poder superar las 120 mensuales –art. 29 CC–, y la ordinaria era de 37 horas y media. Pero que nada diga expresamente no quiere decir que no sea posible. Más aún. Entendemos que por las peculiaridades de la profesión y por las exigencias legales en aras de la salud de estos trabajadores, y también para la mayor seguridad del servicio –que es la de los indefensos ciudadanos usuarios–, debe mantenerse una diferencia significativa, como medida organizativa para la prevención de los diferentes riesgos implicados en este sistema de trabajo. No debería seguirse la «ley del péndulo», de modo que un exceso se «resolviera» con otro.

Ahora bien, tan importante o más que el número de horas a trabajar es fijar la retribución de las mismas. El apartado 2 de esta disposición transitoria 1.ª nos proporciona los parámetros básicos para conocer su régimen, remitiendo a la regulación convencional que, sin embargo, queda suspendida por la Ley –primero por el RD-Ley–. De este modo, a diferencia del RD-Ley, la Ley 9/2010 establece algunas reglas respecto de la retribución de la jornada laboral de los controladores al servicio de AENA. Con carácter general, remite a la determinación por la fuente profesional, la negociación colectiva, que en todo caso debe respetar la necesidad de contar con «previo informe favorable del Ministerio de Economía y Hacienda».

Ahora bien, una vez más, el legislador no se limita tan sólo a remitir a la negociación colectiva, sino que establece una serie de condiciones a los que necesariamente debe adecuarse esa negociación, buscando su «normalización» respecto de los empleados públicos en general. Tales parámetros son:

- La retribución de partida será la prevista en el I Convenio Colectivo Profesional (1999), actualizándose al año 2010, de conformidad con los porcentajes de incrementos retributivos

establecidos para el personal al servicio del sector público en la Ley de Presupuestos Generales del Estado de cada año.

Entendemos que también le afectará la reducción prevista para todos los funcionarios, si bien se trata propiamente de «sector público», con lo que no queda claro.

- Para el personal en activo al servicio de AENA a 5 de febrero de 2010, podrá acordarse en la negociación colectiva *«un complemento personal transitorio por adaptación a la nueva jornada»*. Este complemento no se contempla como absorbible.
- En todo caso, el acuerdo de contenido económico alcanzado a través de la negociación colectiva *«estará supeditado a la consecución de los objetivos de adecuación de las tasas de navegación aérea»*. Se trata, una vez más, de la verdadera clave de la reforma, y que no es otra, conforme a la disposición final 2.^a de la Ley ²⁴, que nuestros costes se ajusten en todo caso a la medida europea.

Estas reglas, dos de ellas limitadoras de la negociación y otra de garantía para los controladores, se han considerado igualmente *«proporcionadas y razonables»* por la SAN 47/2010, pues el *«sacrificio, exigido a los trabajadores, es el mínimo posible, respetándose, incluso, las posibles diferencias, que pudieran haberse introducido anteriormente»* –fundamento jurídico 14.º–.

5.3.4. *Los nuevos poderes excepcionales de AENA para la modificación de las condiciones de trabajo hasta la publicación del nuevo convenio*

Por idéntica razón de garantía se faculta a AENA, en tanto no se acuerde y publique un nuevo convenio colectivo, para:

Acordar el *«desplazamiento temporal»* fuera del centro de trabajo de sus empleados, conforme al artículo 40 de la LET.

En este caso, la regulación legal prevé ciertas limitaciones –garantías– para los empleados públicos afectados por estas medidas, los controladores aéreos. En este sentido, el poder de movilidad geográfica que reconoce queda condicionado:

- A la acreditación de la necesidad de la misma para asegurar la seguridad y continuidad en la prestación del servicio.

²⁴ Según la disposición final 2.^a de la Ley, durante los años 2010 a 2012 AENA propondrá *«una reducción progresiva de la tasa de ruta de forma que la misma pueda quedar establecida para el año 2013 en la media que resulte aplicable a los cinco principales proveedores de servicios europeos»* (apartado 1). A tal fin, el Gobierno queda comprometido –obligado– a incluir en el Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado para los años 2011 y 2012 las *«pertinentes previsiones de reducción de la tasa de aproximación congruentes con la eliminación de su déficit y con el objetivo de su equiparación a la media de los cinco grandes países de la Unión Europea»*.

- La duración del desplazamiento no puede ser superior a un año.
- Se reconoce el derecho a la indemnización correspondiente.

Nótese que se habla de la modalidad de desplazamientos –forma de movilidad que en el Convenio Colectivo se regulaba bajo el régimen de «comisiones de servicios» por «interés de AENA» ex artículos 119 y siguientes y en el que se diferenciaba según la duración de la Comisión fuese mayor o menor de 6 meses– y no la de traslados. No obstante, hemos de entender que en estos casos es de aplicación el artículo 40 de la LET de forma plena. En este sentido, quedaría igualmente suspendida la previsión del artículo 88 del I CC que consideraba los traslados, excepto los derivados se sanción por el empleador, como estrictamente voluntarios para los controladores, aunque concurriera una causa empresarial. De esta opinión es la SAN, aunque para este caso concreto no se la hayan pedido en el recurso al no suscitarse directamente el tema del traslado, que entiende se trata:

«... nuevamente de una medida proporcionada y razonable, en un contexto de escasez de controladores, que justifica cumplidamente el traslado [se insiste en que ni el RD-Ley ni la Ley hablan de "traslado" sino de "desplazamiento", por lo que responde a cosecha propia de la Sala], cuando concurren causas objetivas, no quede al arbitrio del controlador; como sucede en el artículo 88 del I Convenio Colectivo, ni tampoco de los proveedores civiles al poder controlarse judicialmente los traslados»

Precisamente, éste es uno de los «derechos individuales» del controlador que la SAN 47/2010 destaca para evidenciar *el desequilibrio contractual en perjuicio del proveedor del servicio y a favor de la posición individual del controlador*. De ahí que, más allá de lo pedido, entiende necesario restaurar la regulación laboral común.

Cambiar la jornada por necesidades del servicio o por la variación de los horarios operativos de las dependencias, así como la hora de entrada de un turno en el centro de trabajo, de hasta una hora, siempre que no excedan de dos las veces que se realice en un año natural.

Más de una manera apriorística, por tanto amparada en razones económicas y de índole político que jurídico, la SAN entiende que esta previsión sobre el cambio de jornada y el régimen de turnos responde a un «modo muy matizado» de intervención por parte del legislador. Las razones que esgrime son las siguientes:

- Cualquiera que sea el alcance del poder concedido al empresario «será siempre controlable judicialmente» –control a posteriori–.
- Se trata de un «sacrificio proporcionado, puesto que la rigidez del sistema, regulado en los artículos 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... constituye un obstáculo insalvable para garantizar la seguridad y continuidad del servicio...».
- Se trata, en todo caso, de una «herramienta más... para facilitar... la promoción del denominado «caos aéreo», puesto que la programación de turnos depende del pacto AEN-USCA en cada dependencia...».

De nuevo, esta materia ha servido para amparar el duro juicio de reproche que la SAN 47/2010 ha hecho al Estatuto Convencional del Controlador, acusándolo de frustrar una de las funciones que la Constitución asignaría a la Negociación Colectiva, cual es, como también se ha evidenciado, la adaptación en todo momento de la prestación de servicios a lo que en cada tiempo requiera el mercado y en aras del deber de colaborar en la competitividad de las empresas. A mi juicio, sin embargo, se trata de una medida que sí es exorbitante, porque desconoce por completo las previsiones del artículo 41 de la LET, salvo la exigencia de causa, cuya vigencia, en tanto no se negocie un nuevo convenio, debería haber sido restaurada mediante la técnica de la remisión, como se ha hecho al artículo 40 de la LET. Que el I Convenio exigiese acuerdo con los representantes para la modificación y eso pueda resultar excesivo, rígido, no significa que quepa prescindir del régimen básico establecido en la LET, creando un régimen excepcional, no especial.

Aprobar y publicar los turnos por meses naturales y con una antelación de 10 días.

Por la especificidad de este trabajo, la modalidad de trabajo a turnos es de las cuestiones que más conflictividad plantea en la regulación del régimen laboral de este colectivo profesional. La Ley atribuye a la empresa, en defecto de nuevo convenio, la aprobación y publicación de los turnos, que deberá hacerse o programarse por meses naturales y publicarse con una antelación de diez días. A estos efectos, al menos cabe hacer dos comentarios. De un lado, respecto a la aprobación del sistema de turnos, se ha de decir que ya el RD-Ley, ahora derogado, atribuyó a AENA la competencia para sustituir los turnos de servicio ya establecidos «por una nueva programación» ajustada a lo previsto en la norma de rango legal. Una atribución que tenía un plazo concreto: en los 30 días naturales siguientes a la entrada en vigor del RD-Ley. Por lo tanto, ya ha debido tener lugar tal sustitución, por lo que carecía de sentido mantener la regla. La facultad de fijación de los turnos le es atribuida con carácter general a partir de ahora y en tanto no se negocie un nuevo convenio colectivo.

El cambio, en consecuencia, es radical. Pues el artículo 36.2 del I CC, ahora suspendido de vigencia por la Ley, establece que:

«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»

De otro, y respecto a la antelación para publicar esos turnos, la norma legal ha fijado un plazo reducido, de tan sólo 10 días. De este modo, la normativa española se habría alejado de las recomendaciones que parecen emanar de diferentes organismos internacionales, como EUROCONTROL, que recomienda la publicación de los turnos con al menos 30 días, garantizando así una programación transparente y predecible²⁵. También aquí el cambio es radical respecto de la previsión convencional y recuerda aquello de cómo los «excesos se pagan». En efecto, aún reconociendo el propio

²⁵ Cfr. Informe Eurocontrol, «*Managing Shiftwork in European ATM*» («Gestión del trabajo por turnos en el ATM europeo»). 2006. Buena prueba de la influencia de este colectivo es que todas sus alegaciones para corregir el RD-Ley fueron recogidas literalmente por algunos parlamentarios en el proceso de tramitación—por ejemplo el Grupo Parlamentario Mixto—, aunque la práctica totalidad fueron rechazadas.

colectivo que la recomendación se sitúa en el conocimiento previo del turno en torno a un mes de antelación, la comentada «aristocracia obrera» que los representó en el proceso de negociación colectiva situó esta antelación en 90 días.

Así, el artículo 41.1 del CC ahora suspendido establecía:

«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»

Esta regulación convencional ha sido calificada expresamente por la SAN de «extremadamente rígida», pues no sólo sería excesiva la anticipación de la publicación del turno sino que está condicionada al visto bueno de la Comisión Permanente o a la libre voluntad de los trabajadores para su modificación, aunque concurren razones del servicio que la justifiquen. De ahí que esta materia haya sido una de las consideradas como claro reflejo de cómo el convenio ha multiplicado geométricamente no sólo el poder de contratación de USCA y el de los controladores aéreos individualmente considerados, sino también su poder de presión laboral. Por lo que concluye, una vez más apriorísticamente y más basada en que será transitoria que en un razonamiento jurídico fino y ponderado, en el carácter proporcionado de la medida, 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...» –fundamento jurídico 14.º–.

Pero precisamente ahí reside el problema. Es evidente que todas las medidas son transitorias, pero la cuestión jurídica es dilucidar si en ese periodo –de al menos tres años– puede introducirse un régimen legislativo tan incisivo y diferenciado de las previsiones convencionales. A mi juicio, hubiera sido más adecuado que el legislador atendiera las recomendaciones internacionales, que sitúa ese plazo en el entorno de un mes. No obstante, y a diferencia de lo sostenido respecto del poder de modificación de la jornada, que es de todo punto exorbitante por las razones expuestas, creo que en este caso el principio de conservación de la norma legal debe llevar a aceptar su licitud, sin perjuicio de evidenciar su inadecuación para construir un mejor equilibrio entre los derechos de los empleados controladores y el poder de gestión del empleador, cuyos intereses son los únicos atendidos aquí.

Acomodar los periodos de disfrute de permisos, vacaciones y licencias, a la obligación de garantizar la seguridad, eficacia y continuidad de la prestación del servicios, quedan sujetos a la autorización de AENA.

Una vez más hallamos el reconocimiento de un poder de organización ejercido únicamente sobre la base de la típica genérica limitación de los derechos laborales por imperativo de las necesidades del

servicio, que en este caso se concretan en deberes u obligaciones tan genéricos como la «seguridad», eficacia y «continuidad». Y de nuevo la SAN 47/2009 parte de lo que debería ser una conclusión tras el razonamiento legal oportuno, por cuanto considera que la «*medida es proporcionada, puesto que no se concede ningún poder exorbitante a la entidad*». Sin embargo, para alcanzar este juicio entiendo que el parámetro de referencia debe ser la regulación legislativa actual para los empleados públicos en régimen laboral y no el desmesurado, cierto, convenio de aplicación hasta el momento, pues es evidente que en ese caso toda medida legal será proporcionada, pues nadie duda del carácter exorbitante de la mayoría de las reglas convencionales. Pero eso no da legitimidad a la Ley para establecer un régimen avasallador de cualquier espacio de autonomía, individual o colectiva.

En efecto, conviene recordar que los controladores no son funcionarios, sino que están vinculados por una relación de empleo público en régimen laboral. Lo que significa que «para el régimen de jornada de trabajo, permisos y vacaciones del personal laboral se estará a lo establecido en este Capítulo –del EBEP– y en la legislación laboral correspondiente» –art. 51 EBEP–. Pues bien, esa remisión hace que sea de aplicación el artículo 38.2 de la LET, conforme al cual el período o períodos de su disfrute de las vacaciones «se fijará de común acuerdo entre el empresario y el trabajador, de conformidad con lo establecido en su caso en los convenios colectivos sobre planificación anual de las vacaciones». Previsión a la que hay que añadir la relativa a la publicación anticipada del calendario de vacaciones, que deberá ser conocido «dos meses antes, al menos, del comienzo del disfrute» –artículo 38.3 LET–.

Pues bien, en este contexto legal abierto a la fijación mediante acuerdos del periodo vacacional, el artículo 54.2 del I CC de los controladores establece que el periodo vacacional se programará «*de común acuerdo entre AENA y el CCA afectado, con tres meses de antelación. Una vez programados no podrán modificarse, salvo acuerdo con el CCA afectado*». Asimismo, el artículo 55.2 del I CC prevé que dicho periodo podría disfrutarse

«en cualquier época del año, por quincenas, no pudiéndose excluir ningún periodo 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»

Qué duda cabe que, cierto, se trata de un régimen vacacional favorable para el controlador, pero siempre dentro de las posibilidades previstas por el legislador con un carácter general, al remitir al acuerdo con la empresa, nunca por una imposición de una parte, ni la empleadora ni la laboral, el controlador. Por tanto, no se trata de reglas extrañas al sistema, aunque es verdad que dado el elevado poder contractual de estos profesionales, lo que no sucede con carácter general para los trabajadores, estarán en adecuadas condiciones para negociar con AENA un régimen vacacional adecuado a sus preferencias. Si acaso, la rigidez se situaría en el carácter absoluto que atribuye el convenio al consentimiento del controlador para una eventual modificación por motivos justificados.

La posición de la SAN es bien distinta. Para ella estamos ante un régimen que «favorece rígidamente a los controladores». Así, tanto la eventual intangibilidad de lo acordado como la posibilidad de disfrutar de vacaciones durante todos los meses del año –realmente el art. 54.11 CC sólo obligaba a su concesión desde 1 de abril al 31 de octubre– resultaría:

«... poco razonable en un sector en el que las necesidades del tráfico aéreo se concentran en determinados periodos del año, para favorecer esencialmente el servicio, tratándose, por tanto, de un sacrificio proporcionado y controlable, en cualquier caso, por la jurisdicción» –fundamento jurídico 14.º–.

El control jurisdiccional, por tanto a posteriori, sirve por enésima vez de excusa para legitimar el ejercicio de un poder de organización sin previsión alguna en torno al modo y posibilidad de participación del acuerdo, individual y colectivo, para este periodo transitorio. En consecuencia, es evidente, con el debido respeto a la Sala, que sí se ha dado un poder exorbitante a AENA, creando un espacio de excepcionalidad, incluso respecto de los funcionarios públicos –que habitualmente pueden elegir al menos entre junio y septiembre, e incluso se les permite dejar días para otros periodos de tiempo diferentes al año–, que carece de justificación. Hubiese bastado, una vez más, con remitir a la legislación aplicable a los empleados públicos laborales con un carácter general para establecer un régimen ponderado, equilibrado.

Verificar o constatar la eventual 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.

Es obvio que se trata de tarea típica del poder del control del empleador, que se inserta de plano en su poder de dirección ex artículo 20 de la LET. Pero las anomalías, casi como una suerte de «casa de los horrores organizativos», presentes en este ámbito parece que habría supuesto también un desplazamiento de la misma al propio controlador y/o a sus representantes. A estos efectos, el régimen convencional ahora suspendido evidenciaba un sentido extremadamente protector de los derechos de continuidad en el empleo del controlador, si bien las previsiones no resultaban del todo extravagantes, en la medida en que otros sectores del empleo privado cuentan con algunas garantías análogas.

Así, por ejemplo, el artículo 162 del I CC prohibía despedir al controlador tanto por «ineptitud sobrevenida» –letra a) artículo 52 LET– como por «falta de adaptación a las modificaciones» de carácter técnico o tecnológico operadas en su puesto –letra b) del artículo 52 LET–. En estos casos, AENA quedaba obligada a adoptar, «de acuerdo con USCA», las medidas de formación y readaptación profesionales *que, en cada caso, se decidan*. Como se sabe, tal posibilidad esta prevista sólo para el supuesto de la letra b) del artículo 52 de la LET (inadaptación a los cambios técnicos), que llevaría a suspender el contrato, aunque con derecho a cobrar el salario equivalente a la retribución media que percibiese. Es evidente que la regulación convencional mejora sustancialmente las previsiones de la legislación estatutaria laboral, pero en este punto no pueden entenderse, a mi juicio, en modo alguno como desorbitadas puesto que es frecuente en la negociación colectiva dar a estos casos el tratamiento suspensivo y no extintivo.

Quizás por el sentido mínimo de la intervención legal, la Ley no se centra en una regulación de todos los aspectos implicados, dejando abierto el poder de control a todos «los efectos que procedan». En cambio, se dedica singularmente a una cuestión organizativa, la que suscita el proceso de asignación de una nueva tarea que no conlleve función de control cuando concurren determinadas causas de inadaptación a la tarea de control. A este respecto, de nuevo es interesante traer aquí el juicio de la SAN 47/2010, que considera no vulnerado:

«... en ningún caso, el artículo 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 artículo 52. a) ET, puesto que... procederá establecer su paso a un nuevo puesto no operativo, señalándose únicamente que se retribuirá conforme a las funciones allí desempeñadas» –fundamento jurídico 14.º–

En este sentido, la causa singular que fija es alcanzar determinada edad. Este criterio ha sido considerado por la SAN 47/2010 como expresión de un «dato objetivo de capacidad».

5.3.5. *La apertura al sistema ordinario de contratación laboral: un espacio no indisponible para la negociación colectiva*

Finalmente, se reconoce a AENA la potestad de contratación de controladores de nuevo acceso bajo cualquiera de las modalidades previstas en la LET –disp. trans.1.ª, apartado 4–. Esta previsión llama la atención en la medida en que no hace sino reflejar una regla general prevista en el artículo 15 de la LET. Asimismo es llamativo que expresamente establezca que tal facultad podrá ser ejercida «desde la entrada en vigor de esta ley», lo que evidenciaría un sentido constitutivo y no declarativo de esta regla. La norma legal encontraría un cierto sentido práctico si se tiene en cuenta que el I Convenio Colectivo tan sólo contempla dos modalidades de contratación, el contrato en prácticas –art. 2 del Estatuto del Controlador– y el contrato indefinido – art. 3 del Estatuto del Controlador–. De este modo, se aprecia el modelo restrictivo que aspira a establecerse para la contratación de controladores en AENA, de forma que sólo habría dos fases en el proceso de acceso: en prácticas e indefinido.

Par la SAN 47/2010 esta previsión legislativa es plenamente compatible con el modelo convencional, por cuanto el Convenio Colectivo:

«no afecta en modo alguno la posibilidad de utilizar otras modalidades contractuales lícitas, que no se prohíben en el convenio, debiendo subrayarse, a estos efectos, que ni en la demanda, ni en su ampliación, ni en el acto de juicio, se denunció que este precepto vulnera concretamente ningún precepto convencional» –fundamento jurídico 14.º–.

En este punto conviene hacer algunas precisiones. De un lado, es cierto que el convenio colectivo no prohíbe otras modalidades de contratación temporal, por lo que la interpretación debería respetar el margen de contratación legalmente previsto. Ahora bien, de otro, no menos cierto es que, conforme a la normativa general y a la jurisprudencia mayoritaria, la negociación colectiva puede limitar las modalidades de contratación, en especial las temporales, por lo que a falta de una declaración expresa que estableciera su carácter de orden público económico, como se ha hecho respecto del poder de dirección en general, entendemos que sí cabe la limitación convencional. En consecuencia, el sentido de la norma convencional sí es restrictivo, de ahí que sólo aluda a esas dos modalidades y, en consecuencia, el II Convenio Colectivo podrá, sin que ello resulte un régimen de favor inaceptable o una cesión o renuncia de poder no legítima, limitar las modalidades de contratación a aquellas que impliquen un empleo de calidad, acorde con las exigencias de este tipo de profesiones.

5.4. Situaciones especiales de los controladores por razones de inadecuación al puesto: límites operativos, reserva activa y jubilación

Directamente conectada a esta cuestión aparece, si bien no ya sólo para el personal controlador de AENA, sino con carácter general, la regulación de diversas situaciones por las que pueden atravesar los controladores a partir de una cierta edad y que se recoge en la ya referida disposición adicional 4.^a, apartado 1 de la Ley. Conforme a esta regla, los controladores de tránsito aéreo *deberán someterse de manera continuada a controles psicofísicos* de acuerdo con la normativa aplicable, al objeto de que el empleador pueda constatar el mantenimiento de su capacidad para realizar funciones operativas de control de tránsito aéreo. Ahora bien, cualquiera que sea su condición psicofísica, los controladores dejarán de realizar «funciones operativas de control de tránsito» aéreo al *cumplir los 57 años de edad* –disp. adic. 4.^a, apartado 2–. En esta situación pueden darse dos posibilidades bien diferentes:

- 1.^a Que el proveedor pueda ofrecerle un puesto alternativo sin ejercer funciones operativas. Esta situación de novación del puesto de trabajo dará derecho a una retribución de acuerdo con las tareas que efectivamente realice, y no con arreglo a las desempeñadas anteriormente, «porque dicha retribución sí que puede considerarse desproporcionada y sin causa» –SAN 47/2010–. Se trata de algo parecido a la «segunda actividad» prevista en profesiones de especial riesgo, como en el ámbito de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado.
- 2.^a Que el proveedor no pueda ofertar un puesto de este tipo. En este caso pasará el controlador a la situación de reserva activa. En esta situación la retribución será fijada mediante la «negociación colectiva» –disp. adic. 4.^a, 2, párrafo 3.º– y es incompatible con cualquier otro trabajo remunerado, siguiendo de alta en la Seguridad Social –disp. adic. 4.º, 2, párrafos 4.º y 5.º–.

De nuevo el cambio respecto de la regulación convencional frente a la que se reacciona legalmente es significativo. Conforme al artículo 163 del I CC se establecía el «límite de edad operativa» en los 55 años. No obstante, el controlador podía continuar en la situación de servicios operativos si así lo solicitaba y superaba *«la oportuna revisión psicofísica»*.

En consecuencia, la continuidad en servicios operativos quedaba configurada, nuevamente, como un derecho del controlador, no condicionado a la decisión empresarial, siempre que estuviese en buena situación psicofísica. En cambio, ahora, el controlador no tiene posibilidad de continuar en servicios operativos a partir de los 57 años, sea cual sea su condición psicofísica, ni tampoco de continuar en servicio activo en sentido estricto si la empresa no tiene posibilidades de puestos alternativos. Para la SAN 47/2010 estamos ante una previsión plenamente legítima por cuanto la fijación de esa edad límite

«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» –fundamento jurídico 14.º–

Un argumento que reforzará posteriormente, entendiéndolo no sólo razonable esa edad para marcar el límite de operatividad, sino también el que tenga derecho a un puesto alternativo, vincu-

lando su retribución a esa actividad efectivamente hecha, conforme a lo dispuesto en el artículo 39 de la LET. Al tiempo que ve «lógico también que se pase a reserva activa hasta la jubilación forzosa, cuando no se puede ofrecer un trabajo adecuado, lo que será controlado jurisdiccionalmente y que la retribución de la reserva activa se pacte colectivamente...» –fundamento jurídico 15.º–.

Respecto a la fuente reguladora, conviene advertir que no se remite a la negociación colectiva con los sindicatos más representativos, según la regla general para la regulación de esta relación laboral ¿especial?, sino a cualquier modalidad convencional y cualesquiera que sea la vía representativa –unitaria o sindical–, dado el recurso a conceptos genéricos –«negociación colectiva»; «representantes»–.

Por lo que hace a la condición de incompatibilidad, la norma prevé que lo sea respecto de todo trabajo remunerado, sea por cuenta propia sea por cuenta ajena, salvo que se trate de la realización de trabajos bien de formación bien de inspección aeronáuticas en el ámbito de la Unión Europea. De lo contrario, se extinguirá la relación contractual «por renuncia del trabajador». Finalmente, la previsión de la continuidad de su situación de alta en Seguridad Social va acompañada de la garantía de una igual cotización social, de modo que se mantiene la misma situación que antes de entrar en reserva activa.

Esta situación de reserva activa se prolongará hasta cumplir la edad de jubilación forzosa. Una edad que, conforme al régimen general previsto en el EBEP, se fija en los 65 años –disp. adic. 4.ª, apartado 3–. Esta previsión en nada altera el régimen anterior, pues el artículo 175.1 del I CC ya fijaba esa edad de jubilación obligatoria a los 65 años, sólo condicionada a que concurriera en el controlador el periodo de carencia mínimo exigible para causar el derecho a pensión de jubilación –artículo 175.2. I CC–. Lo que suscita la cuestión relativa a si es exigible en este caso la segunda condición hoy recogida en la remozada disposición adicional 10.ª de la LET. El que se trate de una relación de empleo público no debería afectar a esta exigencia, derivada del Derecho Comunitario, pues tiene una naturaleza laboral y no funcional, único caso en el que se admite la legitimidad del legislador para establecer edades de jubilación forzosa.

6. LA DIMENSIÓN JURÍDICO-PROFESIONAL DE LA REGULACIÓN: MEDIDAS EXTRAORDINARIAS EN MATERIA DE FORMACIÓN PROFESIONAL

Otra especificidad de la regulación convencional de esta relación laboral de empleo público es el desbordamiento del marco estrictamente laboral para afectar no ya sólo al poder de organización como hemos visto, sino también a las condiciones de acceso a la profesión de controlador aéreo. Precisamente, una clave diferencial de este tipo de sindicalismos profesionales reside en su interés por controlar también una parte significativa de la ordenación de la profesión. Entre los aspectos más relevantes de esta dimensión está, por supuesto, el relativo a la formación que da acceso al ejercicio de la profesión. Uno de los problemas fundamentales en este sector ha sido el de la escasez de controladores que, entre otras razones, obedecería también al estrecho control que USCA mantenía en relación a los cursos de formación que daban acceso a ejercer la profesión en AENA.

Por eso, y con vistas una vez más a dar efectividad al principal objetivo de la Ley, la prestación segura y continuada de los servicios de tránsito aéreo, se faculta a la AESA para llevar a cabo «*cualquiera de las siguientes medidas extraordinarias*» –disp. adic. 1.^a–. Estas medidas se agrupan en dos, formativas – que también son previstas en la disp. adic. 3.^a Ley–, y de certificación de prestación de servicios de este tipo. La finalidad perseguida es introducir mayor transparencia y control de la formación a impartir para estos profesionales.

Por lo que hace a las primeras, se faculta a la AESA para aprobar de manera inmediata, conforme a la normativa comunitaria, *los planes urgentes de formación* que sean necesarios para la obtención de las habilitaciones, licencias y anotaciones de unidad de controladores de tránsito aéreo que se requieran. Los planes de formación que presenten los centros de formación deberán incluir cursos teóricos y prácticos, ejercicios de simulación, si procede, determinando su duración y el sistema de evaluación mediante exámenes o mediante evaluación continuada. Estos planes preverán la convalidación de conocimientos básicos de personal técnico aeronáutico tales como pilotos y controladores, *debiendo garantizarse en todo caso una adecuada evaluación de sus conocimientos y capacidades* –disp. adic. 3.^a, apartado 1.a)–.

Esta garantía de control de la calidad de la competencia técnica del controlador a través de la correspondiente evaluación ha sido introducida por la Ley 9/2010, por lo tanto no se incluía en el RD-Ley 1/2010. Conforme al planteamiento de la asociación profesional que estén en la base de esta reforma de mejora la previsión del RD-Ley 1/2010 era contraria tanto a la normativa comunitaria como a la estatal en materia. En el primer caso contradiría lo previsto en la Directiva 2006/23/CE, del Parlamento y del Consejo Europeo, 5 de abril, relativa a la licencia comunitaria del controlador aéreo.

Esta Directiva, que constituye un componente esencial de la legislación sobre el «Cielo Único Europeo»²⁶, pretende garantizar el máximo nivel de competencia, y por lo tanto de responsabilidad, de los profesionales del control del tránsito aéreo. Con ello no sólo se quiere reconocer su papel esencial, y específico, para la seguridad aérea, sino también «incrementar la eficiencia de la organización de las tareas, en el marco de la creciente colaboración a escala regional entre proveedores de servicios de navegación aérea» –Considerando 2–.

Se reconoce en la normativa comunitaria que la prestación de servicios de navegación aérea necesita no sólo de personal altamente cualificado sino de un permanente control de esa cualificación, por lo que se entiende que el medio más adecuado es la licencia comunitaria, que actúa como una especie de diploma comunitario. A tal fin, entre los objetivos de la Directiva están:

- Ampliar a la formación la aplicación del marco institucional que establece la legislación sobre el cielo único europeo. La formación debe considerarse como un servicio similar a los servicios de navegación aérea, sujeto a posibles inspecciones e investigaciones.

²⁶ Como ya se ha evidenciado, el espacio aéreo europeo sigue siendo uno de los espacios de circulación más congestionados del mundo. Actualmente la fragmentación del sistema de gestión aérea en islotes nacionales con normas, procedimientos, mercados y niveles de rendimiento propios constituye el principal obstáculo para que este sector realice avances considerables. Por lo tanto, es preciso armonizar las condiciones de acceso a la profesión y de ejercicio de controlador de tránsito aéreo. En estas circunstancias, el paquete «Cielo único europeo» se propone luchar contra esa fragmentación mediante una serie de iniciativas. Una de ellas es la licencia comunitaria de controlador de tránsito aéreo que hará posible dictar normas comunitarias que garantizarán niveles de seguridad superiores.

- Aportar garantías adicionales para el mantenimiento de un elevado nivel de aptitud, mediante la introducción de requisitos de auditoría, entre otros, y de un sistema de autorización de examinadores.

La profesión de controlador de tránsito aéreo ocupa, pues, un lugar clave en la cadena de la seguridad. Por este motivo, la licencia, que forma parte de una política de seguridad comunitaria más amplia propugnada por el paquete de medidas ²⁷, exige que se revisen o refuercen diversos aspectos de la seguridad en la gestión del tráfico aéreo y que se introduzcan normas muy rigurosas en el sistema de formación. En consecuencia, es evidente que el conocimiento necesario para ejercer la profesión de controlador debe acreditarse mediante la correspondiente evaluación, exigiendo en todo caso una formación específica y diferenciada respecto de otro personal técnico aeronáutico, como pueden ser los pilotos.

La norma comunitaria fue transpuesta al ordenamiento español por el Real Decreto 1516/2009, de 2 de octubre –BOE 16 octubre, número 250–. Entre otras cosas, se fijan las condiciones para obtener el certificado como proveedor de formación que acredite la competencia de la organización para impartir la formación a los alumnos controladores y a los controladores de tránsito aéreo y garantizar un nivel alto de seguridad en la prestación del servicio. De ahí, que el artículo 29 del Real Decreto prevea que la prestación de los servicios de formación a los controladores de tránsito aéreo, así como el procedimiento de evaluación, estén sujetos a certificación por la autoridad nacional de supervisión competente.

Entre los centros formativos autorizados para dar esa formación están –disp. adic. 3.^a, relativa a la formación de personal de tránsito aéreo, apartado 1, párrafos 1 y 2–:

- La sociedad estatal Servicios y Estudios para la Navegación Aérea y la Seguridad Aeronáutica, S.A. Ésta, como actual proveedor de formación de tránsito aéreo, deberá presentar a la AESA los planes de formación que resulten necesarios para dotar al sistema del personal requerido para llevar a efecto las finalidades legales.
- AENA deberá presentar a la AESA los planes de formación de unidad y de formación continuada que resulten necesarios para complementar los promovidos por la mencionada Sociedad Estatal de Servicios y Estudios para la Navegación Aérea.
- Los restantes proveedores civiles de formación inicial podrán presentar asimismo los planes de formación que estimen oportunos una vez hayan sido debidamente certificados como proveedores civiles de formación. Para estos planes formativos, a diferencia de lo que se prevé para AENA, que está obligada a ello, la inclusión de ciertos sistemas de convalidación

²⁷ La Organización de Aviación Civil Internacional (OACI; <http://www.icao.int/>) ha adoptado diversas disposiciones sobre las licencias de controlador de tránsito aéreo, entre las que figuran requisitos de carácter lingüístico. Por su parte, la Organización Europea para la Seguridad de la Navegación Aérea (Eurocontrol; <http://www.eurocontrol.int/>) ha adoptado también requisitos reglamentarios de seguridad en el ámbito de la formación y la concesión de licencias. A pesar de la profusa normativa internacional, la expedición de licencias sigue proyectando una imagen muy heterogénea en los Estados miembros de la Unión Europea.

de conocimientos y experiencia del personal técnico aeronáutico –pilotos y controladores– es meramente potestativa –disp. adic. 3.^a, apartado 2–.

Las medidas de certificación previstas –realmente es redundante porque ya existe la regulación al respecto– son dos:

- Certificar nuevos proveedores de servicios de tránsito aéreo conforme a los reglamentos comunitarios, empleando un procedimiento preferente y simplificado que, en todo caso, *deberá garantizar el cumplimiento de los requisitos establecidos por la normativa de aplicación* (nuevo inciso introducido por la Ley 9/2010).
- Certificar como proveedores de formación de servicios de información de vuelo de aeródromo (AFIS) a los actuales proveedores de formación de control de tránsito aéreo y convalidar los cursos de formación que hayan impartido ajustándose a la normativa comunitaria. A tal fin debe acreditarse previamente *la suficiencia y actualización de la enseñanza a impartir, conforme a la puntualización realizada por la Ley y no prevista en el RD-Ley*.

En ambos casos el refuerzo de garantías de calidad de la formación ha sido el fruto, como se indicó más arriba, de la adecuación de la nueva regulación legislativa a las exigencias establecidas en la materia por la normativa comunitaria y su transposición al ordenamiento español. El conjunto de estas medidas son complementarias respecto de las ya previstas en el ordenamiento jurídico y que puedan considerarse de necesaria aplicación, entre otras, la establecida en el artículo 4.4 a) de la LSA –desplazamiento del control aéreo del Ministerio de Fomento al de Defensa–²⁸. La disposición adicional 1.^a, apartado 2, exige tanto a AENA como al personal a su servicio facilitar la inmediata aplicación de lo previsto en aquel precepto, «sin que ningún puesto de trabajo, órgano directivo u organización pueda dificultar o impedir su efectividad».

De lo contrario, se entenderá como incumplimiento a sancionar de conformidad con lo dispuesto en el ya referido artículo 4 de la Ley, que refuerza las potestades sancionadora y disciplinaria en esta materia, «sin perjuicio de las demás responsabilidades, civiles o penales, a que haya lugar». Es evidente que estas responsabilidades se rigen por su legislación específica pero la Ley 9/2010 ha querido recordar el carácter imperativo de este deber. De ahí, que haya sido criticada esta previsión legislativa por desplazar las normas de gobierno ordinario de conflictos socio-profesionales por las «militarizadas».

Las características propias de ciertos territorios, como los insulares –Baleares, Canarias– o los que se sitúan geográficamente fuera del continente europeo, pero jurídicamente territorio nacional y europeo –Ceuta y Melilla–, será un aspecto a tener en cuenta de modo necesario para la adopción de las citadas medidas extraordinarias, y siempre bajo el prisma de la necesidad de garantizar al máximo

²⁸ Corresponderá ejercer la competencia para el control de la circulación aérea general no al Ministerio de Fomento, como sucede con carácter de regla, sino al Ministerio de Defensa, como sucede si hay conflicto armado, en todo supuesto en el que «el Presidente del Gobierno decida que esta competencia sea ejercida por el Ministerio de Defensa, por concurrir circunstancias extraordinarias que así lo aconsejen».

la seguridad y la continuidad del servicio –disp. adic. 1.^a, apartado 3–. Esta atención diferenciada al hecho insular –o periférico– también constituye una novedad de la Ley 9/2010.

A fin de reforzar las razones que avalarían una medida tan drástica como esta, que priva de un derecho social fundamental –la libertad sindical en relación al derecho a la negociación colectiva–, el legislador reparará en dos argumentos más. Uno de tipo económico, que se ligan al «interés de la economía nacional», o lo que es lo mismo, la versión económica de las célebres «razones de Estado» y otro jurídico, asociado a los derechos fundamentales de las personas.

En el primer caso, estas medidas se relacionaran, cómo no, con la situación de crisis que atraviesa nuestra economía. A tal fin se insiste en su dimensión estratégica para salir de aquélla. El objetivo de la garantía de la prestación segura, eficaz, continuada y económicamente sostenible de los servicios de tránsito aéreo responde, a su vez, a un objetivo más amplio que es la garantía del adecuado funcionamiento del sector aeroportuario. Éste, por su carácter dinamizador, es esencial para el desarrollo y funcionamiento del resto de los sectores productivos y, especialmente, del sector turístico. No se puede olvidar que la gestión adecuada de los aeródromos está directamente condicionada por la del tráfico aéreo, por cuanto la ineficiencia de los sistemas de tránsito aéreo afecta de manera inmediata a la capacidad aeroportuaria, al importe de las tasas de navegación aérea, a los costes soportados por las compañías aéreas y, finalmente, al precio que pagan los pasajeros por volar.

En el plano jurídico, y por si aún necesitara «más madera» para legitimar la quema de la regulación convencional de privilegio mantenido hasta ahora, se destaca que, «como objetivo ulterior, no por ello de menor importancia, se encuentra la garantía del derecho fundamental a la libre circulación de los ciudadanos». Este derecho no podría verse menoscabado por las disfunciones y rigideces de un concreto modelo de prestación de servicios de navegación aérea como el existente en AENA. A mi juicio, este derecho está traído «por los pelos», «a mayor abundamiento», y no busca más que encontrar un derecho fundamental en el que amparar restricciones a otro derecho fundamental –la libertad sindical en relación a la negociación colectiva–, pero sin que realmente acertemos a encontrar un fundamento razonable en este caso

7. EL JUICIO DE OPORTUNIDAD-PROPORCIONALIDAD DE LA MEDIDA: ¿NO HABÍA OTRA ALTERNATIVA?

«Cada mañana voy al mercado donde se compran mentiras y con esperanza me pongo en la cola de los vendedores»

BERTOLT BRECHT

Una vez expuestos con detalle los aspectos básicos de la reordenación del servicio de tránsito aéreo realizado por la nueva regulación estamos en mejores condiciones de valorar su ajuste constitucional, de ahí que haya preferido tratar este tema al final del análisis y no al principio, como quizás podría pensarse. En efecto, como se ha evidenciado, la SAN presupone la plena legitimidad de la intervención por vía legal en el ámbito de la negociación colectiva, lo que no es discutible, y consi-

dera que respeta el principio de proporcionalidad, por cuanto sería necesaria y adecuada. De entre las múltiples alternativas de que disponía el legislador para llevar a cabo este necesario reajuste, el recurso a una legislación que redistribuye el poder regulador entre Ley y Convenio Colectivo, recorriendo el espacio de éste a favor de aquél –con lo que se invierte la tendencia general de las últimas dos décadas, caracterizadas por el repliegue de la Ley a favor de la negociación colectiva–, le parece adecuado a la SAN.

Sin embargo, no hace un análisis detenido de las alternativas, que sin duda le quedaban tanto al legislador como al propio sujeto empleador, AENA. En este sentido, era posible plantear, al menos como opción, las siguientes vías:

1. Acudir a otros instrumentos de negociación colectiva.
2. La limitación legal de la ultractividad del Convenio, de modo que quedara abierto el régimen laboral.
3. La previsión de un arbitraje obligatorio, al estilo del previsto tanto para situaciones especialmente enconadas de huelga en el Real Decreto-Ley 17/1977 o para la sustitución de Ordenanzas Laborales – disp. trans. 6.^a LET–.
4. La modificación de las condiciones sustanciales de trabajo ex artículo 41 de la LET.
5. La impugnación judicial del convenio colectivo, así como de los acuerdos colectivos de empresa.

Aunque no es el momento de entrar aquí en los pros y contras de cada una de estas vías, sí conviene poner de relieve que la Ley tenía un espacio o un margen más amplio que la regulación directa, invasora, del ámbito acotado por el convenio. Es más que evidente la desconfianza tanto del legislador, pese a la mejora que en este punto ha supuesto la Ley respecto del RD-Ley, como de la Audiencia Nacional en el derecho a la negociación colectiva de este grupo profesional. Entre otras razones, la SAN argumentará que la legitimidad de la opción legislativa derivaría de la incapacidad de la negociación colectiva para cumplir en este ámbito con su función económica. Pues para la SAN la negociación «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...».

En este sentido, concluye, quizás con algo de exceso, 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*» –fundamento jurídico 13.º–.

Pero la SAN se atreve a ir más allá y denuncia una «negociación colectiva en fraude de ley», porque se ha pactado, en el artículo 29 del I CC, «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...» –fundamento jurídico 14.º–. Una situación que, como es evidente, no puede entenderse sino como una situación de profunda anomalía jurídica económicamente irracional, por tanto: «... 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...».

Además introduce otro argumento, relativo al vacío regulador que se generaría de establecerse la nulidad de lo convenido, como hipótesis más plausible. En este sentido:

«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... (...)»

De ahí que concluya que es el único remedio razonable para garantizar el derecho de circulación de los ciudadanos, asegurado por el artículo 19 de la CE. La Sala entiende que es, finalmente, proporcionada, 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... en peligro como consecuencia de la negociación colectiva controvertida».

El repaso por las diferentes medidas le lleva a concluir que es ajustada. A mi juicio, y por lo que se ha comentado en cada aspecto, la solución debe ser matizada en diferentes aspectos. En realidad, su análisis está política-económicamente sesgado al primar el argumento de la exclusividad del poder y la viabilidad económica.

En realidad, todo el análisis parcial reproduce el esquema general que ha aceptado, de modo que presume el fraude negociador –pero sabemos que el fraude no se presume, sino que debe demostrarse– y también su instrumentación al servicio del poder de contratación que da el riesgo de «caos aéreo» que gestionaría la representación para beneficiar sus intereses: la rigidez del sistema de organización del trabajo a turnos, cuya gestión queda en manos del pacto colectivo o individual, no sería sino una «herramienta más, pactada en el convenio, para facilitar, en su caso, la promoción del denominado "caos aéreo"...». El riesgo de caos aéreo se convierte en el poder máximo para los controladores, dominando la acción gubernamental. De ahí, que la SAN asuma como propio el objetivo del legislador de desapoderar a USCA de esta arma y atribuirle al sujeto que puede controlar mejor, a AENA –y a los restantes proveedores de servicios cuando actúen, pues no por casualidad necesitarán que se les acredite administrativamente–.

En suma, a la Audiencia Nacional le molesta muchísimo –como a la mayoría de los ciudadanos claro está– el poder alcanzado por los controladores –como el logrado por los pilotos–, y trata de buscar argumentos que legitimen su propósito de corregir esa situación, volviéndolo a un modelo dominado por la organización empresarial que asume el servicio público. Claro es este ejemplo extraído de una afirmación fundamental para la determinación del fallo:

«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...»

De ahí su insistencia en que el convenio colectivo le abría a USCA nuevas modalidades para desplegar un poder efectivo de presión laboral a fin de obtener las reivindicaciones pretendidas, por muy desproporcionadas que estas pudieran ser. Así:

«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» –fundamento jurídico 13.º–.

Es evidente que, sin perjuicio del espacio de razón que lleva por el cúmulo de beneficios desmedidos de este convenio –más bien de los acuerdos de empresa–, no se hace ahí un juicio jurídico ponderado –recuérdese que el desmedido precio de las horas extraordinarias no está en el convenio sino en los acuerdos; y que buena parte de las reglas de favor cuentan con previsión estatutaria general–, sino más bien se pone el acento en la viabilidad económica y en la necesidad de permitir una gestión más rentable por parte de los proveedores. Aunque el precio haya sido un sacrificio muy significativo del derecho a la negociación colectiva y, por tanto, de la propia libertad sindical. La desnaturalización del modelo regulador más allá de razones de índole estrictamente vinculadas a coyunturas económicas desfavorables y el intento por devolver, sea a la potestad reglamentaria –el tiempo de trabajo–, sea a la potestad organizativa del empresario, la regulación de condiciones de trabajo básicas no puede contar con un aval general por parte del Derecho, como sí ha hecho la SAN.

8. REFLEXIÓN FINAL: ¿«LA MANCHA DE MORA ROJA CON MORA VERDE SE QUITA»?

«Refiriéndome ahora a casos más concretos, digo que cierto príncipe que prosperaba ayer se encuentra caído hoy, sin que por ello haya cambiado de carácter ni de cualidades. Esto dimana, a mi entender, de las causas que antes expliqué con extensión al insinuar que el príncipe que no se apoya más que en la fortuna cae según que ella varía».

Capítulo XXV: «Dominio que ejerce la fortuna en las cosas humanas, y cómo resistirla cuando es adversa». *El Príncipe*. N. MAQUIAVELO.

Llegamos al final de este estudio de la Ley 9/2010 y de la SAN 47/2010 que le ha dado sus «bendiciones», haciendo buena la aventura emprendida por el príncipe Valiente contra los «caballeros de la Torre de Control» –controladores aéreos– y la pervivencia de privilegios profesionales arrancados a la «débil» AENA por un poderoso sujeto de la «aristocracia profesional», USCA. Y es el momento no de repetir lo ya dicho –porque si se escribió bien no conviene reiterarlo, y si no tampoco merece la pena martirizar más al sufrido lector–, sino de extraer alguna conclusión general de esta situación que, como se ha indicado, lejos de constituir «un caso único», tan sólo anticipó un proceso más general, y es la tentación del príncipe de convertirse en «absoluto», él y los «suyos», y atribuir poderes de regulación que recorten derechos, con la excusa de tratarse de privilegios profesionales hoy insostenibles en un mundo en el que sólo el valor de la competitividad tendría cabida. Incluso en un servicio en el que otros valores como la seguridad de las personas, la salud de los trabajadores y el respeto a modelos más participados de gestión, deberían ser atendidos.

Que había anomalías intolerables que exigían corrección es evidente. Pero también hay que preguntarse por qué no se corrigieron antes y qué responsabilidad habría que pedir a quienes han tolerado por decenas de años esta situación. Sin embargo, construir el análisis jurídico evaluador de una regulación tan directamente invasora de un espacio de regulación colectiva desde un enfoque maniqueo, de «buenos» y «malos», pone de relieve que la posición adoptada responde más a una opción política –la necesidad de cambiar el modelo de organización cogestionada por otro absolutista empresarial– y económica –garantizar a toda costa la competitividad de nuestro sistema reduciendo sensiblemente los precios del servicio–, que social y, por tanto, jurídica.

Nunca he creído, como dije, que «la mancha de una mora con otra verde se quite». Una profunda anomalía jurídica y económica no puede corregirse con otra anomalía legal. Y, en todo caso, de ser cierto el refranero popular, sólo con una nueva negociación, aún condicionada legalmente, puede normalizarse la situación.

En este sentido, si se me permite una última licencia literaria, quizás sea útil evidenciar que este refrán nos recuerda que las ricas moras silvestres tienen la contraindicación de lo difíciles que son de quitar sus rastros sobre la ropa, de forma que se necesita fregar con otro de estos frutos, verde, para poder lavarla. Así, hay cosas que cuando se pierden o estropean sólo pueden ser reemplazadas por otra nueva de la misma especie. Particularmente, se usa este refrán para referirse, en un lenguaje figurado, al *mal de amores*, de modo que un «desamor» se cura con un nuevo amor. Si aplicamos esta metáfora al «amor de las normas», conforme a un enfoque que ya he seguido alguna vez, si bien en el marco de «novelas» de este género, es evidente que no es con el «desamor de la ley» a la negociación colectiva, aún de este colectivo privilegiado de profesionales –que requieren de una gran especialización y tienen una elevada responsabilidad, no se olvide a fin de no criminalizarlo–, como se puede resolver este desaguisado, sino con el «amor de los (buenos) convenios». Una «mala» –por nociva para el equilibrio de intereses-negociación con otra «buena» –verde, limpia, equilibrada, transaccional...– se quita.

En suma, es reconstruyendo un clima de confianza como se progresa, no sobre la venganza, el rencor y la arbitrariedad. Ni que decir tiene que ni las decisiones políticas ni las económicas pueden primar y superponerse a los criterios técnicos y operativos. Esta constatación no debe servir, sin embar-

go para consolidar una posición de dominio y privilegio por parte de los profesionales que tienen el poder que da la competencia técnica, ni de sus organizaciones para actuar como una «aristocracia profesional», ni cada controlador como un «caballero» enfeudado en su torre. Pero tampoco podemos legitimar despojos transitorios de derechos básicos de todos los trabajadores, como la negociación colectiva, ni aceptar aventuras de airados «príncipes Valientes» ni contrariados «soberanos» o «gobernantes» maquiavélicos, que ven en la autoridad –incluso de la Ley– el único modo de resolver conflictos colectivos que requieren de «justas lides», sí, pero basadas no en las «artes de la guerra» entre poderes jurídicos sino en las «artes de la negociación» y la «paz social» que el método de concertación ofrece, también «entre caballeros». Pero por ambos lados vinculados a las reglas de juego predeterminadas Constitucionalmente.