

tadas en el CES se reduce a una consulta previa al nombramiento del mismo. En el mismo sentido, debemos recordar como los Plenos de algunos CES deberán ser consultados previamente a la separación o cese del Presidente del mismo, en nuestro Consejo el artículo 21.3 sólo obliga al Consejo de Gobierno a oír al Pleno⁵⁹.

Hasta aquí hemos pretendido realizar un breve análisis comparativo entre la normativa reguladora del CES andaluz y el resto de las normas que han configurado los CES en nuestro país. En nuestra opinión el CES de Andalucía nace con ciertas limitaciones con respecto a otros Consejos, la oportunidad de recoger un buen número de experiencias previas de funcionamiento de otros Consejos autonómicos, no ha sido aprovechada para reforzar su estructura y competencias. A partir de aquí, corresponderá a la voluntad política de la administración andaluza y a la capacidad de influencia de las organizaciones en él representadas, resolver las inconveniencias de una norma reguladora incompleta e impulsar un desarrollo adecuado de este nuevo órgano de participación institucional.

⁵⁹ Artículo 21.3 de la Ley 5/1997: "El Presidente, además de las causas enumeradas en el punto uno de este artículo, salvo la establecida en el apartado f), cesará por decisión del Consejo de Gobierno, a propuesta de los Consejeros de Trabajo e Industria y de Economía y Hacienda, oído previamente el Pleno".

LAS RELACIONES LEY-CONVENIO COLECTIVO EN UN SUPUESTO CONCRETO: LA RECIENTE MODIFICACIÓN DE LA LEY DE NAVEGACIÓN AÉREA (RDL 6/1.999 DE MEDIDAS URGENTES DE LIBERALIZACIÓN E INCREMENTO DE LA COMPETENCIA) Y EL V CONVENIO COLECTIVO DE IBERIA L.A.E. Y SUS TRIPULANTES PILOTOS

JOSÉ ANTONIO CABRERA FERNÁNDEZ¹

ÍNDICE:

1. Planteamiento del tema
2. Marco Jurídico de la libre circulación de trabajadores en la Unión Europea y la necesidad de la condición de nacional para el acceso a determinados empleos en la administración pública, o que supongan el ejercicio de autoridad (Excepción del Art. 39.4 TCEE versión consolidada):
 - 2.1. Sentido último de la expresión empleos en la Administración Pública;
 - 2.2. Delimitación de los empleos sujetos a reserva a los que les sería de aplicación la excepción.
3. Los tradicionales vínculos derivados de la condición de nacionalidad en el transporte aéreo: La situación normativa anterior; 3.1. Ley de Navegación Aérea; 3.2 Convenio Colectivo de Iberia; 3.3. El proceso de adaptación de la legislación Española a la Normativa de la Unión Europea sobre reconocimiento de títulos y licencias aeronáuticas civiles.
4. La reciente modificación de la LNA: 4.1. Su contexto sociopolítico; 4.2. Modificaciones introducidas.
5. Naturaleza y efectos de la modificación legal de la LNA sobre convenios colectivos vigentes al momento de su entrada en vigor: 5.1 El Artículo 3 del RDL 6/1.999 de Medidas Urgentes de Liberalización e Incremento de la Competencia. Norma de derecho necesario absoluto; 5.2 Efectos de la modificación de la LNA: Derogación parcial de los convenios vigentes.

¹ Abogado. Alumno de Tercer Ciclo de la Facultad de Derecho de U. de Granada. Este trabajo se realiza dentro del Curso de Doctorado organizado por el Dpto. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada «Relaciones Ley-Convenio Colectivo» que ha dirigido la Profesora Titular. Dra. D^a Sofía Olarte Encabo.

1. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

En la versión consolidada del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, Tercera Parte, Título Tercero, art. 39, aparece la libre circulación de los trabajadores como un derecho de contenido económico y social, si bien con la importante excepción de los empleos en la Administración Pública.

Para centrar el asunto, partimos del hecho de que cuando se llevaba a efecto en España la última huelga de Pilotos de la Compañía Iberia Líneas Aéreas de España S.A., coincidiendo con el auge de dicho conflicto y con clara intención de incidir en él, se dicta el Real Decreto Ley 6/1.999 de 16 de Abril, de Medidas Urgentes de Liberalización e Incremento de la Competencia y dentro de este, un par de Artículos que un lector poco avezado, no sabe bien por qué se incluyen en esta norma, y que modifica los arts. 59 y 60 de la Ley 48/1.960 de 21 de Julio, sobre navegación aérea.

Vamos a tratar de determinar en primer lugar cómo afecta al personal al servicio del transporte aéreo la regulación de la libre circulación de trabajadores realizada por el Tratado Constitutivo de la CE y en general en el acervo comunitario. En segundo lugar la incidencia de dicha modificación legal en el V Convenio Colectivo de la compañía Iberia Líneas Aéreas de España S.A.

El nudo de la primera de las cuestiones planteadas consiste en determinar el alcance de la excepción del art. 39.4 del Tratado Constitutivo de la CE —versión consolidada—, que declara la inaplicación del contenido de dicho Artículo a los empleos de la Administración Pública, entendiéndose ésta en un sentido bastante amplio, que no tiene por que coincidir con lo que habitualmente consideramos Administración.

Dentro de este concepto amplio de Administración Pública, tradicionalmente se ha debatido si en servicios públicos de transporte marítimo y aéreo, se permitiría la libre circulación de trabajadores sin ningún tipo de trabas como la exigencia del requisito de nacionalidad en puestos que no impliquen una participación directa o indirecta en el ejercicio del poder público y en las funciones que tienen por objeto la salvaguarda de los intereses generales del estado o de otras entidades públicas, existiendo jurisprudencia consolidada al respecto en sectores y actividades concretas².

² (Entre otras, SENTENCIA del TJCEE de 2-7-1.996. Comisión /Grecia Asunto C-700/1994. Recurso de Incumplimiento).

2. MARCO JURÍDICO DE LA LIBRE CIRCULACIÓN DE TRABAJADORES EN LA UNIÓN EUROPEA Y LA NECESIDAD DE LA CONDICIÓN DE NACIONAL PARA EL ACCESO A DETERMINADOS EMPLEOS EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, O QUE SUPONGAN EL EJERCICIO DE AUTORIDAD (EXCEPCIÓN DEL ART. 39.4 TCE VERSIÓN CONSOLIDADA)

2.1. Sentido último de la expresión “empleos en la Administración Pública”

La Administración Pública realiza sus actividades (aunque no siempre) mediante el colectivo funcional, regulándose fundamentalmente por el Derecho Administrativo. No obstante, cuando la Administración es titular de una empresa mercantil, las relaciones jurídicas dimanantes, despliegan sus efectos en el ámbito jurídico privado, el tipo de empleado que se encarga de ellas no participa del ejercicio del poder público, ni su función es la salvaguarda de los intereses generales del estado, si no que realizadas dentro de un sector productivo en concreto, se rigen por un principio de rentabilidad.

El problema al que nos remitimos aquí, reside en determinar en qué actividades del ámbito económico, en la prestación de un servicio público, podría actuar la Administración revestida de autoridad pública³, por lo que estaría dentro del ámbito de la reserva que estudiamos. El problema subsiguiente sería determinar en que empleos concretamente, se ejercitaría la facultad de *imperium*⁴.

Han existido diversos pronunciamientos al respecto, pero por resaltar uno con ciertas similitudes al tema que nos ocupa, este sería la Sentencia del TJCE de 17-12-80 y dimanante de la anterior resolviendo la cuestión planteada, la de 26 de Mayo de 1.982⁵. En estas resoluciones, el Tribunal expresa su postura

³ En sentido contrario MONEREO PÉREZ y VIDA SORIA «La condición de nacionalidad en el acceso del personal a los empleos público». M.A.P Madrid 1.991. Se puede convenir razonablemente que cuando la Administración aparece efectuando una actividad de gestión controladora de empresas económicas (empresas públicas) de carácter comercial o industrial, la actuación administrativa inusualmente implicará el ejercicio de potestades públicas pertenecientes a la soberanía nacional. En tales actividades de la Administración ésta ya no estará investida de las facultades de *imperium* que caracterizan a las funciones públicas y a los servicios administrativos estrictos.

⁴ Existen una serie de limitaciones a las potestades públicas económicas que derivan de la aplicación de la normativa comunitaria en materia de paridad de trato de las empresas públicas y privadas y de control de concentración de empresas y monopolios comerciales GÓMEZ MUÑOZ «Libre Circulación de Trabajadores en el Empleo Público» CES Madrid 1.996.

⁵ Esta Sentencias se dictan a raíz de recurso interpuesto por la Comisión de las CE, contra Reino de Bélgica y en dichos recursos se enfrentan dos concepciones diferentes de esta excepción a la libre circulación de trabajadores. La de la Comisión que mantiene que la noción de...” empleo en la administración pública”... es de carácter comunitario, que solamente se podría determinar por referencia a los criterios materiales sacados de

sobre qué empleos de los que se le plantean, están dentro de la reserva que crea el apartado 4º del art. 39 del Tratado (versión consolidada), en los términos siguientes:

1º El apartado 4º del art. 39 del TCE (versión consolidada) contiene una excepción a la libre circulación de trabajadores en el ámbito comunitario, que es de aplicación a una serie de empleos que están relacionados directa o indirectamente con el poder público (mediante relación de solidaridad) y con funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses del estado (intereses generales)⁶ y de las demás colectividades públicas⁷.

las atribuciones que comporta el empleo ocupado en la administración y de las actividades realmente ejercidas por el titular de dicho empleo.

Como consecuencia de esto, los estados miembros solo deberían poder restringir el acceso de los extranjeros en los casos de que se tratase de empleos que ponen a los titulares en situación de participar directamente en el ejercicio de autoridad.

Para el Gobierno Belga, los objetivos del tratado dejan intacto el poder del estado para fijar los límites del sector público, reservándose los gobiernos las condiciones del acceso de los extranjeros a la función pública. Este rechazo está anclado en las constituciones de los estados miembros, por lo que la interpretación sugerida por la Comisión iría contra los textos constitucionales, la excepción del actual y consolidado art. 39.4 del TCE consagra este rechazo.

En esta línea continúa afirmando el gobierno belga, que incluso una interpretación idéntica de todos los estados miembros de la disposición motivo de la discusión no impediría que la noción empleo en la administración pública varíe en cada estado en función del sector público. Respecto a los criterios de interpretación de este punto 4º del art. 39 del TCE versión consolidada, la Comisión mantiene que la interpretación histórica no juega ningún papel en el derecho comunitario, y que las normas comunitarias tienen prelación sobre las normas nacionales, asimismo el art. 8 del reglamento 1612/68 no abogaría por ninguna interpretación extensiva de la excepción que comentamos, sino que procede de la misma inspiración y debe ser aplicado con los mismos estrictos términos. Asimismo y en cuanto a los términos utilizados por los arts. 39 y 45-1 del TCEE las derogaciones que aportan deben ser interpretadas de forma restrictiva conforme a las reglas de interpretación que se desprenden de la jurisprudencia y en función de las finalidades del tratado.

La Comisión concluye reconociendo que existen graves problemas para poder construir una definición precisa y limitativa de la función pública. Existe una zona gris que se debería ir reduciendo caso por caso teniendo en cuenta los progresos de la integración europea. También existen otros empleos en los que es evidente el ejercicio de autoridad pública y por último empleos que no conllevarían este ejercicio, aunque estén relacionados con el ejercicio de autoridad pública se trata de actividades marginales, que siempre podrían ser separadas de dichos empleos, es aquí donde surgen los verdaderos problemas.

⁶ Asunto "Sotgiu" Sentencia del TJCE de 12-2-1974, en sus conclusiones el Abogado General Mayras estableció que los intereses generales eran aquellos intereses nacionales que afectaban a la seguridad interior y exterior del estado. Para GÓMEZ MUÑOZ "El concepto comunitario de administración...", op. citada tras la Sentencia 149/79 de 18 de Diciembre de 1980, que comentamos, la fórmula de los intereses generales es que estos sean suficientes para legitimar la reserva en determinados órganos, no necesariamente dotados de poderes de autoridad pública o de imperium o en determinados empleos en estos órganos donde se persigan fines de interés público particularmente cualificados.

⁷ En palabras de la propia Sentencia del TJCE de 17-12-1980:

2º La identificación de los casos a los que es de aplicación la excepción al principio de libre circulación de los trabajadores que estudiamos, plantea dificultades, ya que los Estados han asumido funciones de carácter económico y social que no son asimilables a las funciones típicas que la Administración Pública ha venido realizando. Sin embargo a los trabajadores que desempeñan estas nuevas funciones, en la mayoría de los casos no les es de aplicación la excepción al principio de libre circulación.

3º La extensión de la excepción a estos otros empleos competencia del Estado o de otros organismos de derecho público, paraestatales, o de participación del Estado (empresas públicas o mixtas) pero en los que no se realizan tareas que competen específicamente a la Administración Pública, sustrería de la aplicación de los principios recogidos en el Tratado, un gran número de empleos, lo que supone un trato discriminatorio a los nacionales de otros estados miembros.

4º Por último el Tribunal vuelve a insistir en que el recurso a disposiciones de orden jurídico interno para limitar el alcance de las disposiciones de Derecho Comunitario tiene como efecto atentar contra la eficacia y la unidad de este Derecho, por tanto, este principio también ha de aplicarse a la excepción recogida en el art. 39.4 TCE versión consolidada.

Asimismo el Tribunal en esta Sentencia ofrece como solución para los casos de personal de régimen estatutario, que planteaban los gobiernos Alemán y Británico precisamente esta facultad, de que mediante las reglamentaciones apropiadas, los estados reservaran el acceso a esos empleos que conllevaran el ejercicio del poder público y de tales responsabilidades incluso en el interior de una misma carrera, de un mismo servicio o de una misma escala.

Globalmente se puede afirmar que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la CE, respecto al concepto de empleos en la administración pública, ofrece una solución parcial y mantiene una postura que no satisface las distintas concepciones nacionales de Administración Pública. En definitiva no delimita que empleos están dentro y cuales fuera del campo de la excepción, ni tampoco establece reglas generales para delimitarlos.

Sin embargo y sin variar la concepción del ámbito de la excepción y por ende del concepto de administración pública que va implícito en la misma, conforme al criterio casuístico adoptado, y con independencia de que se esté o no de acuerdo con él, podemos decir que se precisa dicho concepto, para otra serie de empleos que se someten al Tribunal. Así en la SENTENCIA del TJCE de 2-7-1996 (Comisión /Grecia Asunto C-290/1994. Recurso de Incumplimiento)⁸, en la que se exponen una serie de casos a los que no comprende la

Tales empleos suponen, en efecto, por parte de sus titulares, la existencia de una relación particular de solidaridad con respecto al Estado, así como la reciprocidad de derechos y deberes que son el fundamento del lazo de nacionalidad.

⁸ Dentro de este concepto amplio de administración pública, tradicionalmente se ha debatido si en los sectores públicos (servicios públicos) de distribución de agua, gas y electricidad, en los servicios operativos de salud pública y en los sectores de la enseñanza

excepción de referencia, y por tanto no se pueden reservar a los nacionales en exclusiva. Existen pues una serie de supuestos no comprendidos en la excepción, a los que se les puede asociar el común denominador de no participar del *imperium* ni tener esa característica de solidaridad en la defensa de los intereses del estado.

2.2. Delimitación de los empleos sujetos a reserva a los que les sería de aplicación la excepción

Como ya ha quedado reflejado anteriormente, hay que partir de la existencia de contraposición de intereses entre los Estados y la tesis mantenida por la Comisión. Aquellos pretenden extender la excepción al máximo de situaciones posibles, y definir conceptos desde su legislación interior, incluidos textos constitucionales, todo esto supone que sea muy difícil avanzar en los fines que en este ámbito consagra el propio tratado.

En esta delimitación de los empleos sujetos a reserva existen diferentes concepciones, a las que de alguna forma ya hemos hecho referencia. La primera de ellas es la denominada *organicista o institucional*, que es la defendida por algunos de los Gobiernos de los Estados miembros y pretenden una aplicación extensiva de la reserva. Para esta posición, se entienden empleos sujetos a reserva del art. 39.4 de TCE (versión consolidada) todos los que se prestan al servicio de la Administración. La institución administrativa junto con su personal forman una entidad indivisible, por lo que no es posible discriminar *ab initio* cuales están comprendidos dentro de la reserva y cuáles no, en principio todos representan en mayor o menor grado el interés del estado.

Los gobiernos de los socios comunitarios han defendido tal tesis, para evitar que se elabore por vía jurisprudencial un concepto de Admón. Pública lejos de las instancias políticas comunitarias o nacionales donde puedan ejercer su influencia⁹.

Otra teoría es la llamada *funcionalista*, basada en la doctrina del Tribunal de Justicia, ya que este ha rechazado por sistema los argumentos de la denominada concepción *institucional*. Se basa en una definición restrictiva de la noción de empleo público que se centra en las funciones que realizan los empleados o agentes públicos, frente a un concepto nacional o comunitario del carácter de la Administración Pública. En ella se subraya el sometimiento de los ordenamientos nacionales al comunitario y la necesidad de aplicar de manera homogénea el Derecho Comunitario en los estados miembros.

pública, los transportes marítimos y aéreos, los ferrocarriles, los transportes públicos urbanos y regionales, la investigación civil y correos, telecomunicaciones y radiotelevisión, así como en la ópera y en las orquestas municipales, se permitiría la libre circulación de trabajadores sin ningún tipo de trabas como la exigencia del requisito de nacionalidad en puestos que no impliquen una participación directa o indirecta en el ejercicio del poder público y en las funciones que tienen por objeto la salvaguarda de los intereses generales del estado o de otras entidades públicas. (Entre otras SENTENCIA del TJCE de 2-7-1996. Comisión / Grecia Asunto C-290/1994. Recurso de Incumplimiento).

⁹ En este sentido JAEGER M. «La notion d'emploi dans l'administration publique».

Para un sector doctrinal, y desde un planteamiento más bien teórico, el criterio de definición de los empleos en la Administración Pública sería *mixto u orgánico-funcional*, consistente en la determinación de la naturaleza jurídica del empleador como guía o índice para la delimitación de los empleos sujetos a reserva¹⁰. Este criterio plantea problemas, ya que el concepto de personalidad jurídica pública y privada no poseen el mismo alcance en los diversos países de la UE, por lo tanto no parece útil a los efectos de delimitación de este tipo de empleos.

La Sentencia del TJCE Asunto 149/79 de 17 de Diciembre de 1980, es interesante pues aporta una definición bastante precisa a estos efectos, del concepto de interés del Estado y del de «participar» directa o indirectamente del Estado.

En relación con el concepto de participación indirecta en los poderes públicos y salvaguarda de los intereses generales, se está refiriendo a un grado de participación propio de un orden superior, es decir participación en un organismo que careciendo de poderes de autoridad pública, desarrolla actividades en las que entran en juego particulares intereses del Estado¹¹. La cuestión también se plantea respecto a una serie de empleos de nivel intermedio, que están bajo la dirección jerárquica de otros, que directamente ejercen potestades públicas, existiendo dos posiciones al respecto:

a) Por un lado está la referida tesis *organicista o institucionalista*, criticada por el Tribunal con motivo del asunto 149/79 antes profusamente comentado, defendida por los gobiernos, concretamente de Bélgica, Francia, Alemania e Inglaterra.

b) Frente a ésta, la tesis *funcionalista* (defendida por el Tribunal), considera que quienes prestan sus servicios bajo la dependencia directa de quien ejerce estas potestades, estaría participando de modo indirecto de las mismas y de la defensa del interés general protegido, en la medida de que su función, resulta de inexcusable utilidad para que se puedan llevar a cabo las tareas propias del órgano.

No existen criterios claros para delimitar el alcance de la denominada «participación indirecta». Para cierta doctrina se parte de la Sentencia del Tribunal de 26 de Mayo de 1982, complementaria de la del asunto 149/79, ésta Sentencia en su conclusión 7, pone de manifiesto que la excepción del art. 48.4 del Tratado, conforme a los párrafos 12 y 19 de la Sentencia de 17 de Diciembre de 1980, incluye a los empleos que tienen una relación con actividades específicas de la Administración Pública en cuanto esta investida del ejercicio del poder público y de la responsabilidad de la salvaguarda de los intereses generales del estado.

¹⁰ Este criterio es adoptado por GÓMEZ MUÑOZ en «Libre Circulación de Trabajadores...» Op. citada, refiriéndose a LAFUENTE BENACHES «Las nociones de administración pública y de personalidad jurídica en el derecho administrativo» en VV.AA. Administración instrumental (coord. Pérez Moreno) pág. 960 y ss.

¹¹ Cfr. Traina D. «Liberta de Circolazione nella Comunità...» pág. 369

Por tanto el criterio se obtendrá del examen de dicha relación. Es decir, consiste en determinar si la persona por causa de su empleo, participa o no de determinada información directamente relacionada con el ejercicio del poder público (tradicionalmente se pone el ejemplo de la secretaria personal de un ministro), o si la actividad de la persona se realiza en áreas en las que los intereses generales afectados tuviesen especial trascendencia para el estado, defensa, investigación militar, energía nuclear, acceso a información privilegiada en los Bancos Centrales, justificaría la exclusión de los no nacionales, por causa de participación indirecta en el ejercicio del poder público.

No sería el caso de personal administrativo, que en su actividad no participa ni directa ni indirectamente del poder público. Por ejemplo, el personal que aunque trabaje en la oficina del ministro, su trabajo es de carácter meramente auxiliar, sin que implique participación de ningún tipo en el ejercicio de potestades públicas.

En definitiva habrá de estarse a un cierto criterio funcional, examinando las funciones del empleo en cuestión, con aplicación de algunas reglas que se desprenden de las interpretaciones realizadas por la jurisprudencia. Para un sector de la doctrina se entiende que se ha invertido la carga de la prueba, en el sentido de que los Gobiernos de los Estados miembros, tendrán que probar la relación, de un empleo en concreto, con las actividades específicas de la Administración Pública¹².

3. LOS TRADICIONALES VÍNCULOS DERIVADOS DE LA CONDICIÓN DE NACIONALIDAD EN EL TRANSPORTE AÉREO: LA SITUACIÓN NORMATIVA ANTERIOR

3.1. La Ley de Navegación Aérea

En fecha 23 de julio de 1.960 se publicó en el BOE, la Ley 48 /1960 de 21 de Julio sobre Navegación Aérea (en adelante LNA). Esta Ley, que consta de 159 Artículos, divididos en 19 Capítulos, mas cinco Disposiciones Finales y dos Disposiciones Transitorias, nace con una pretensión muy ambiciosa, puesto que pretende regular todos los aspectos de la actividad, desde el espacio y tráfico aéreos, hasta la las hipotecas sobre las aeronaves, el contrato de transporte de viajeros o mercancías, indemnizaciones por accidentes o pérdida de

¹² «Para un empleo concreto y en contra de las previsiones normales, existe una relación con actividades específicas de la administración pública, (solo) en estos casos, los estados miembros podrán mantener el requisito de la nacionalidad, para el acceso a dichos empleos, con el control del tribunal de justicia». «Comunicación de la Comisión concerniente a la libre circulación de los trabajadores y al acceso a los empleos en la Administración Pública de los Estados miembros. La acción de la comisión en materia de aplicación del apartado 4 del artículo 48» DOCE, núm. C 72/2 de 1 8 de Marzo de 1.988

equipaje, régimen de sanciones...etc. Contenido adaptado a la realidad española del tráfico aéreo en 1.960¹³.

Concretamente al personal aeronáutico le dedica el Capítulo X, que comprende los arts 55 a 66. Sin embargo existen otros artículos que ordenan las obligaciones y deberes de ese personal, en los que se define que es personal de vuelo y personal de tierra y la exigencia de titulación necesaria para el ejercicio de cualquier función técnica, propia de la navegación aérea, tanto civil como militar.

Respecto al tipo de relación de carácter laboral, que liga a este personal con sus empresas, se hace mención en el art. 63 al sometimiento a una hipotética reglamentación especial, convenios colectivos sindicales, o en su defecto a las normas comunes del Derecho laboral español. Este artículo sigue vigente en la actualidad, por lo que hemos de traducir por reglamentaciones especiales, las normas de carácter administrativo, de policía o de seguridad aérea, puesto que no tienen cabida ordenanzas laborales ya derogadas. Tampoco existen los convenios colectivos denominados sindicales (actualmente convenios colectivos estatutarios), siendo esa terminología propia de la época franquista, donde si existieron como tales, debiendo entender el sometimiento al derecho laboral común, como referido a todo el derecho laboral español posconstitucional y vigente, LET y normas concordantes. No obstante cabría argumentar que se trata de una Relación Laboral Especial, nunca regulada por Reglamento.

En los arts.59 y 60, (redacción derogada) se definen que características tiene el puesto de Comandante de la aeronave. Su designación se hace por el empresario, siendo su función primordial, ejercer el mando. A pesar de la dicción legal, la designación ha tenido de siempre múltiples limitaciones, algunas devienen de la propia ley, como veremos, pero otras han venido derivadas indirectamente del corporativismo que pudiese existir entre los pilotos de algunas compañías aéreas, como es el caso de Iberia Líneas Aéreas de España S.A., hasta ahora de amplia participación estatal, perteneciente al SEPI (constituido con empresas del antiguo INI) y actualmente en fase de privatización¹⁴.

¹³ Esta cita esta tomada de MONEREO PÉREZ, VIDA SORIA, «La condición de nacionalidad en el acceso del personal a los empleos públicos» pág. 70, Ministerio para las Administraciones Publicas, Madrid 1.991.

En esta Ley 48/1960, sin animo de ser exhaustivo, se pretendió regular básicamente los siguientes aspectos de la actividad: a/ Soberanía, espacio aéreo, Leyes aeronáuticas, reglas generales para su aplicación b/ Las aeronaves, clasificación, documentos, registros, prototipos c/ Aeropuertos y aeródromos d/ El personal aeronáutico e/ El contrato de transporte f/ Accidentes y seguros aéreos. g/ Gravámenes y créditos privilegiados. h/ Sanciones.

¹⁴ La compañía Iberia Líneas Aéreas de España S.A. tiene configurado su accionariado de forma que la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales SEPI, es propietaria del 93,84 % de sus acciones y los trabajadores del restante 6,16% (página Web oficial de Iberia <http://www.iberia.es>) Sin embargo la privatización de la compañía esta próxima, ya se conoce, y han llegado a un acuerdo al respecto, las empresas que van a ser las principales accionistas y que constituirán el Consejo de Administración de la misma.

Como decimos las primeras cortapisas vienen de la propia ley, que exigía la nacionalidad española para desempeñar este puesto, lo que posiblemente en el año 1960 se pudiese basar en la legalidad vigente, pero indudablemente con el transcurso del tiempo quedó desfasado. Otra curiosa limitación que establece dicho artículo, es la exigencia de haber cumplido la edad mínima de 25 años para el desempeño de tal cometido¹⁵.

Relacionado directamente con la exigencia del requisito de nacionalidad, está el tema de la atribución al comandante de autoridad, en el ejercicio de su mando, que deberá ejercitar, en todo caso, dentro del ámbito de su responsabilidad, es decir la aeronave y su tripulación, los viajeros, el equipaje, la carga y el correo, desde que se hace cargo para emprender el vuelo, hasta que haga entrega de aeronave, pasajeros, correo y carga, a una autoridad competente o al representante de la empresa.

La LNA aparte de las funciones reseñadas de dirección de las aeronaves, les encomienda una función de policía de circulación aérea, que consiste en cumplir los reglamentos y normas permanentes y eventuales, para conseguir una rápida y segura circulación tanto en vuelo como en tierra.

El poder sancionador que se le atribuye al comandante de la aeronave es el de apercibimiento y multa de hasta 500 pts (art. 152 de la LNA).

Asimismo, como contrapunto a lo anterior y entre las conductas sancionables en las que podría resultar incurso el comandante (art. 156 de la LNA), se relacionan 17 supuestos¹⁶.

¹⁵ En el año 1960, la mayoría de edad, estaba establecida por la Ley de 13 de Diciembre de 1.943 en 21 años, si bien dicha ley no ordenaba la reforma del art. 320 del Código Civil (originario), que establecía esta en los 23 años, aunque de hecho lo derogaba. La reforma de este artículo del Cod. Civil, se hizo con posterioridad por la Ley de 22 de Julio 1972, que mantuvo extemporáneamente la mayoría de edad en veintiún años. Actualmente por el artículo 12 de la Constitución la mayoría de edad está establecida en los dieciocho años. (LASARTE C. Comentario al art. 12 de la Constitución. Perteneciente a Tomo II Comentarios a la Constitución Española de 1.978 V.V.A.A. dirigidos por ALZAGA VILLAMIL O., Edersa 1996 Madrid).

No se puede considerar discriminatorio este requisito de haber cumplido 25 años, además de poseer la titulación necesaria, para el acceso al puesto de comandante, ya que precisamente por haberse mantenido el mismo tras la modificación del artículo, cuando la mayoría de edad está en los dieciocho años, pone en evidencia que no se vincula a este hecho, si no que responde a otras causas razonables de las que habla el TC como justificante de que se pueda infringir la prohibición de discriminación por razón del nacimiento. En este sentido es interesante la STSJ de Andalucía Sala de lo Social-Sede de Sevilla, de 5-5-1.997, Ponente Sr Bravo Gutiérrez, que trata del rechazo a la adscripción al RETA de un mayor de dieciséis años emancipado, por incumplir el requisito de tener dieciocho años cumplidos.

¹⁶ Sin embargo en esta misma Ley de Navegación Aérea y en su art. 64 se establece la necesidad de permiso paterno para contratar a los menores de 21 años pero mayores de 18 años. Esta parte del precepto habría sido derogada directamente por la Disposición Derogatoria 3ª de la Constitución Española de 1.978, por contraria al Artículo 12 de la misma.

El concepto de autoridad conlleva imperio, mando sobre los subordinados¹⁷, es un concepto jurídico indeterminado, no existe en nuestro derecho ni en el derecho de la UE una definición de autoridad. Como ya ha quedado reflejado, se actúa con autoridad cuando se afectan determinados intereses generales que la administración está destinada a salvaguardar.

Realmente el concepto de autoridad que recogía la LNA en su redacción anterior, es un concepto vacío de contenido, ya que solo se cita en el art. 60 sin que se le atribuya ningún tipo de facultad propia de una autoridad. Indudablemente entre las responsabilidades del comandante de la aeronave está la actuación con la diligencia debida y el cumplimiento de determinados Reglamentos. La conducción de una aeronave civil obliga al cumplimiento de una serie de reglas técnicas, de navegación, seguridad etc... y también la dirección de un equipo humano, pero todo esto, que comporta una grave responsabilidad, no es ejercicio de autoridad, tal como he venido configurando dicho concepto.

3.2. Convenio Colectivo de Iberia

El V Convenio Colectivo entre la empresa Iberia Líneas Aéreas de España y sus tripulantes pilotos, consta de XI capítulos 9 anexos y una disposición transitoria. Dicho convenio fue publicado en el BOE de 1 de Marzo de 1.994, y desde entonces ha sufrido una serie de modificaciones, la primera el 19 de Enero de 1996, que se publico en el BOE el 9 de Marzo de 1.996. Posiblemente este convenio en si mismo merecería un estudio detallado, por la serie de peculiaridades que tiene, pero en esta ocasión debemos detenernos en determinados aspectos del mismo.

Conforme establece el referido Convenio Colectivo, entre las diversas definiciones de conceptos, se define en el art. 19 al Piloto, como un tripulante técnico que debe desempeñar las funciones de pilotaje que la empresa le asigne,

El art. 156 de la Ley de Navegación aérea, relaciona diecisiete supuestos diferentes de posible sanción al comandante de la aeronave. Se trata de conductas consistentes en: Tripular aeronaves sin las licencias del personal en forma reglamentaria, permitir que los subordinados presten servicio en estado de embriaguez o bajo los efectos de estupefacientes, abandonar la aeronave, su carga o pasaje antes de la terminación del vuelo, desobedecer ordenes de policía de circulación aérea, realizar vuelos acrobáticos, rasantes, o sobre zonas prohibidas. También esta norma contiene una serie de prohibiciones curiosas, como la de impedir que se tomen fotografías a bordo sin autorización, arrojar o permitir el lanzamiento de objetos o lastre, sin causa justificada. Hay que hacer notar que la sanción consiste en multa de 100.000 Pts, que puede llevar aparejada la suspensión o pérdida del título de comandante lo que le da una discrecionalidad tan grande, que permite caer en la arbitrariedad.

¹⁷ Es de esencia a la autoridad la idea de imperium o poder, en palabras de B. JOUVENEL el imperativo es el mando empleado por toda autoridad. Genuinamente el tipo de autoridad pública es, de ordinario o naturalmente un imperativo de dirección u ordenación. MONEREO PÉREZ, VIDA SORIA «La condición de nacionalidad...», op. citada, pág. 26.

y se le equipara a efectos internos de la compañía a Técnico Graduado Superior, sin que de dicha equiparación se deriven consecuencias salariales...es claro que las cantidades que perciben los pilotos son muy superiores a las de los referidos Técnicos.

En el art. 20 siguiente se define el puesto de Comandante, como el Piloto «que posee el título, la licencia, las calificaciones correspondientes al tipo de nave utilizada y considerado apto por la Dirección de Operaciones para ejercer el mando, es designado expresamente para ejercerlo por la empresa, excluyéndose del convenio a efectos de nombramiento, derechos y deberes inherentes al cargo».

Para una mejor comprensión de lo que vendrá, es conveniente definir también la figura del Copiloto, que es el piloto distinto al comandante, y que lo sustituye en el mando cuando es necesario (art. 21).

Los pilotos en general, se clasifican por niveles a efectos económico-administrativos y se ordenan conforme a un escalafón, en base a una serie de criterios, basados fundamentalmente en la antigüedad técnica y administrativa, el nivel alcanzado, la función de comandante o copiloto reconocida, con indicación de la antigüedad en la función. En caso de coincidencias, de fecha, calificaciones y aptitudes, el criterio de prelación es la antigüedad administrativa y la edad.

En relación con el ingreso en la compañía, la primera regla que consagra el convenio, es que el mismo, se efectuará siempre a continuación del último piloto del escalafón y por el último nivel, independientemente de la causa de dicho ingreso.

Respecto al acceso al puesto de Comandante (suelta de comandante), hace referencia a ello el art. 38. El acceso a los cursos y pruebas previos se hace por riguroso orden de antigüedad.

Aunque el paso de un piloto a comandante se designa por la compañía, entre los que reúnan los requisitos determinados por aquella, ha de respetarse la antigüedad efectiva en la función de copiloto.

Por tanto a la vista de los arts 59 y 60 Ley 48 /1960 de 21 de julio de Navegación Aérea en redacción anterior al RD 6/1.999 de 16 de Abril y de los arts. reseñados del V Convenio Colectivo en su primera redacción publicada en Marzo de 1.994, los requisitos para acceder al puesto de Comandante de aeronaves de Iberia, era a grandes rasgos el siguiente.

- a) Había que tener nacionalidad española (art. 59 de la LNA),
- b) Ser piloto y tener la titulación y habilitación necesarias, y haber entrado en el escalafón de pilotos de la compañía a continuación del último piloto de la relación y por el último nivel
- c) Una vez ubicado como copiloto (realizando funciones de pilotaje art. 21) en un avión del grupo 1 (art. 22), por orden de antigüedad se accede a los cursos de comandante
- d) Superados dichos cursos, se designan los comandantes por la Compañía, entre los que cumplan los requisitos, pero respetándose el orden de antigüedad efectiva en las funciones de copiloto (art. 38).

Por tanto el acceso a la condición de comandante, ha estado muy limitada por el convenio, como se puede apreciar. A pesar de que los comandantes están excluidos del convenio a los efectos de derechos y deberes del cargo, también de nombramiento (art. 20), es claro que el nombramiento aunque lo decide la compañía, esta tendría que hacerlo conforme a criterios objetivos predeterminados en la norma convencional, no basando la decisión *in fine* en la antigüedad.

Esta exclusión del convenio está relacionada con el carácter de autoridad que el art. 59 de la LNA les atribuye, puesto que el convenio no es competente para regular esa materia. La función del comandante como cargo de confianza de la compañía es la de desempeñar cualquier función de pilotaje o mando a bordo de la aeronave. En esto del mando se produce una coincidencia terminológica también con la redacción anterior del art. 59 de la LNA, siendo de ahí, posiblemente, de donde ha tomado dicho término, el V Convenio. La atribución de autoridad al puesto de comandante en las aeronaves civiles, es desde otro punto de vista, un concepto de autoridad vacío de contenido, ya que coincide lo que por ley se considera contenido de esa función de autoridad, con lo que el convenio considera objeto del trabajo a desempeñar, en definitiva la propia función de pilotaje o mando.

3.3. El proceso de adaptación de la Legislación Española a la Normativa de la Unión Europea sobre reconocimiento de títulos y licencias aeronáuticas civiles

Paralelamente a lo anterior y como consecuencia de la entrada de España en la UE, se ha producido un proceso de adaptación de distintos aspectos de la L.N.A. a los Tratados y normativa comunitaria. La exigencia del art. 58 de dicha Ley para el ejercicio de cualquier función técnica propia de la navegación aérea (de estar en posesión de un título que faculte específicamente para dicha función) y por lo que se refiere a la actividad de pilotaje, este precepto se desarrolla en el RD 959/1990 de 8 de Junio sobre títulos y licencias aeronáuticos civiles, en el que se establecen cada uno de los títulos y licencias y los requisitos exigibles para su obtención. Dicho Real Decreto fue desarrollado por la O.M. de Obras Publicas y Transportes y Medio Ambiente de 14 de Julio de 1.995, en la que se establecen los procedimientos para la obtención y el mantenimiento de los citados títulos y licencias, así como las habilitaciones correspondientes.

Por otra parte la Directiva 91/670/CEE del Consejo de 16 de Diciembre de 1.991, dentro del objetivo general de ampliar la política común de transportes en el ámbito de la aviación civil, pretende facilitar la movilidad del personal técnico de vuelo dentro de la Unión.

Los requisitos para la obtención de licencias de personal técnico de vuelo varían entre los Estados miembros. Como quiera que las habilitaciones necesarias para la obtención de licencias no están establecidas a nivel comunitario, los Estados miembros conservan la posibilidad de fijar dicho grado de habilitación,

con el objeto de garantizar la máxima seguridad de las aeronaves matriculadas dentro de su territorio.

Pero conforme establece el art. 3 de la referida Directiva, los Estados miembros deberán aceptar sin dilaciones cualquier licencia expedida por otro Estado de la Unión¹⁸.

Respecto a lo que llama pilotos privados, titulares de una licencia expedida en un Estado miembro, válida para pilotar aeronaves matriculadas en la Unión Europea, limita dicho reconocimiento general a aeronaves privadas certificadas para un solo piloto, y para vuelos visuales efectuados de día. Sin embargo el art. 4 admite la aplicación del párrafo 1 del art. 3 (es decir la aceptación lisa y llanamente de todas las licencias expedidas por otro Estado de la UE) para los casos en que dicha aceptación se solicite en base a *requisitos equivalentes* a los del Estado Miembro de Acogida. Se admite en este caso la posibilidad de que, sometida una licencia para su aceptación al Estado Miembro de Acogida, y a éste le subsistieren dudas, podrá someter a una prueba complementaria, lo antes posible, al titular de la licencia.

En cumplimiento de esta Directiva se publicó la O.M. del Ministerio de Obras Públicas y Transportes de 30 de junio de 1.992, sobre aceptación de licencias expedidas en los Estados Miembros de la Unión Europea al personal que ejerce funciones en la aviación civil. Pero la Comisión Europea emitió un dictamen el 6 de Marzo de 1.996 en relación con esta O.M., en el que se critica que la misma pretenda incorporar una Directiva en base a lo establecido en el art. 84.2 del Tratado (donde se establece la necesidad de mayoría cualificada en el Consejo para la adopción de medidas apropiadas para la navegación marítima y aérea) y no con fundamento en los arts. 39 (antiguo 48), 43 (antiguo 52) y 49 (antiguo 59) del Tratado que regulan la libertad de circulación de trabajadores, de establecimiento y de servicios, debiéndose haber referido a la ciudadanía comunitaria de los poseedores de las licencias, no al carácter comunitario de estas. Como consecuencia de lo anterior, se dictó una nueva Orden Ministerial de 4-3-1997 que vino a adecuar el reconocimiento de las licencias de pilotos de aeronaves, emitidas por países de la Unión Europea a ciudadanos de la misma. En esta OM se establece que cuando las licencias respondan a requisitos equivalentes a los exigidos para la obtención de las licencias españolas, serán aceptadas, conforme a una serie de procedimientos ya establecidos (O.M. Ministerio de Obras Públicas y Transportes de 30 de junio de 1.992). Pero cuando las licencias no se correspondan a esos requisitos equivalentes, se establecen dos procedimientos para obtener el reconocimiento, uno consistente en superar un examen sobre diferencias de legislación y procedimientos opera-

¹⁸ La propia Directiva define, en su art. 2, lo que se entiende por licencia, se trata de un documento válido que autoriza a su titular a realizar funciones en calidad de personal técnico de vuelo, siendo este personal encargado de realizar funciones esenciales para la conducción de la aeronave, aplicándose esta definición, a los pilotos, navegantes, y mecánicos de a bordo.

tivos nacionales, seguidos de una prueba en vuelo, y el otro procedimiento consistente en superar un período de aptitud teórico-práctica en empresa autorizada a estos efectos por la Dirección General de Aviación Civil.

Por todo ello debemos entender que el proceso de adaptación no está cerrado, porque como se refleja en el tenor literal de la propia Directiva comunitaria comentada, es necesario un procedimiento comunitario de aceptación de licencias y habilitaciones del personal técnico de vuelo, debiéndose adoptar las medidas que establezcan requisitos armonizados en materia de licencias y programas de formación, de manera que todos los Estados miembros reconozcan cualquier licencia que responda a dichos requisitos.

Como consecuencia de dicha Directiva, concretamente en el caso de la legislación española que la desarrolla y que ha pasado por diversas vicisitudes, ha de quedar claro, que con carácter general, para ser piloto o comandante de una compañía aérea, de un país miembro de la Unión Europea, no se exige el requisito de la nacionalidad del país donde esté matriculada la compañía, basta la ciudadanía europea. Algo parecido, aunque todavía no idéntico, a pesar de lo pretendido por la propia Unión Europea, sucede con las licencias y habilitaciones necesarias para el desempeño de dicha función de piloto o comandante. En este caso sólo se han de aceptar de manera automática, las que se solicitan en base a *requisitos equivalentes*, quedando en principio en manos del estado de acogida valorar dicha equivalencia, si bien se han desarrollado procesos para solución de conflictos que se puedan plantear.

Concluimos este apartado, con el pleno convencimiento de que ni los estados miembros, ni las compañías aéreas en ellos abanderadas, pueden impedir a ningún ciudadano europeo, debidamente habilitado, aunque no sea nacional del país de abanderamiento, ni obtenido el título o habilitación correspondiente en el mismo, su concurrencia a las pruebas para el acceso a un puesto de trabajo de navegante aéreo en general y más concretamente de piloto o en su caso comandante.

4. LA RECIENTE MODIFICACIÓN DE LA LEY DE NAVEGACIÓN AÉREA

4.1. Su contexto sociopolítico

El 16 de Abril de 1.999 se publica el Real Decreto Ley 6/1.999 de Medidas Urgentes de Liberalización e Incremento de la Competencia. De una atenta lectura de su Exposición de Motivos se deduce, que dentro de los objetivos políticos económicos del Gobierno conservador actual, está la liberalización y flexibilización de determinados sectores productivos, de cara a conseguir un nivel de crecimiento económico que en teoría nos aproxime a niveles de renta per cápita propios de países de la Unión Europea. Estas medidas se denominan de liberalización y estímulo a la competencia, en definitiva pretenden contener el aumento de precios en determinados sectores menos expuestos a la competencia, y evitar tensiones inflacionistas.

Si bien los fines propuestos (liberalización, flexibilización, estímulo de la competencia, mejor asignación de recursos e igualdad de oportunidades) benefician a toda la sociedad, los medios para conseguir dichos fines, mediante una serie de medidas más bien tibias, basadas en que no se puede usar el instrumento monetario, como consecuencia de la incorporación de España a la tercera fase de la Unión Europea, para contener la inflación, nos parecen excesivos. Máxime cuando una de esas medidas es la reforma de dos artículos de la Ley de Navegación Aérea, que están siendo comentados a lo largo de este trabajo, lo que entendemos no se puede elevar a la categoría de reforma estructural de la economía española.

Curiosamente, este marco liberalizador, o más precisamente flexibilizador, donde ha tenido una incidencia más directa ha sido en el ámbito de lo laboral, con las reformas de 1.994 de carácter general y la más próxima de 1.997 que contiene en sí varias reformas, que han dado una vuelta de tuerca en este sentido a la legislación laboral.

Dentro de estas medidas de flexibilización laboral, se pueden incluir los arts. 3 y 4 de este Real Decreto Ley 6/1.999 en los que se da nueva redacción a los arts. 59 y 60 de la Ley 48/1960 de 21 de Julio, para adaptarlos a la legislación de la Unión Europea¹⁹, concretamente en cuanto a la libre circulación de los trabajadores, permitiendo según la dicción de la exposición de motivos, a cualquier ciudadano comunitario, en posesión del título de Piloto y la licencia correspondiente acceder en España al puesto de Comandante de Aeronave Civil.

No es el lugar adecuado para acometer la reforma del acceso a este tipo de profesiones, este RDL dirigido con carácter urgente, a la liberalización e incremento de la competencia de los sectores productivos en general. Entendemos que hay que avanzar más, en el sentido de lo establecido en la Directiva de 16 de Diciembre de 1.991 (91/670/CEE) de la Unión Europea, y que hemos comentado con anterioridad. Por tratarse de un sector altamente dinámico y en expansión, así como con un particular carácter internacional, para conseguir el equilibrio entre la oferta y la demanda de personal, en definitiva para mejorar la igualdad de oportunidades en el acceso a estas profesiones y también a la formación para las mismas, se han de acometer políticas a nivel de la Unión Europea para conseguir, el reconocimiento mutuo de habilitaciones, la admisión de nacionales de otros estados miembros a sus centros de formación, y a los exámenes de aptitud, este tipo de políticas se pueden mantener más eficazmente a nivel comunitario que nacional.

Por tanto, se hecha de menos, el avance decidido por parte de los Gobiernos de los Estados miembros de la UE, de medidas de desarrollo de lo

¹⁹ No se entiende bien que sea adaptación a la legislación europea, en el apartado siguiente aclararemos más extensamente este extremo, por tratarse de dos arts. 59 y 60 de la ley 48/1.960 que colisionan directamente con el art. 39.4 (antiguo art. 48.4) del Tratado.

propuesto por la Directiva citada, más que retoques obvios a la legislación nacional, como los que aporta el RDL 6/1.999 que comentamos.

4.2. Modificaciones introducidas

La reforma llevada a efecto por el RDL 6/1.999 de Medidas Urgentes de Liberalización e Incremento de la Competencia, de los referidos artículos de la Ley 48 /1.960 de 21 de Julio, es una reforma parcial, ya que se modifican sólo algunos párrafos de ambos artículos de la LNA.

Respecto al art. 59, se mantiene el primer párrafo y, por tanto, el comandante sigue siendo designado por el empresario y ejerce «el mando»²⁰. Sin embargo se suprime el requisito de la nacionalidad española, sustituyéndola por la de miembro de un país perteneciente a la Unión Europea. Esta modificación como hemos venido poniendo de manifiesto a lo largo de este trabajo, tiene un carácter nominal, dado que estaba conseguida de facto, desde hace tiempo, concretamente desde la adhesión de España a los tratados comunitarios. La exigencia de nacionalidad Española es contraria al art. 39 del Tratado Constitutivo de la C.E., ya que impide el acceso de ciudadanos comunitarios debidamente habilitados y capacitados, al desempeño de un puesto de trabajo, que no está comprendido en la excepción del Apartado Cuarto de dicho Artículo 39.

En cuanto al art. 60 de la L.N.A., se modifica en el sentido de desposeer a dicho cargo del carácter de autoridad. Como también se ha dicho con anterioridad, de la redacción de este artículo y en general de toda la Ley, cuando estaba plenamente vigente, me refiero al periodo de tiempo que va desde la entrada en vigor de la Ley de Navegación Aérea hasta la entrada en vigor del Tratado de Adhesión a la CEE²¹, no aparece el contenido de ese concepto de autoridad, ni qué facultades o poderes comprende. Si el ejercicio de autoridad consiste en ejercer el mando de la aeronave de transporte civil, entendemos que no cabe considerar que éste comporte ejercitar poderes inherentes al concepto de autoridad. De hecho como decimos la propia LNA salvo la posibilidad de imponer una multa de 500 Pts, no le atribuye otra potestad, por tanto se trata de un concepto vacío de contenido.

Cuando se produce la adhesión a los Tratados Constitutivos de la Comunidad Económica Europea, éstos pasan a formar parte del ordenamiento jurídico español incluso con primacía sobre la Constitución. Esto comporta además la aceptación de las consecuencias normativas de los mismos, como un bloque único (acquis comunitario), por lo que entendemos que dicha consideración de

²⁰ El art. 20 Del V Convenio Colectivo de Iberia, al definir el puesto de comandante, coincide en que es designado por la empresa, ejerce el mando, es cargo de confianza y por ello está excluido del convenio «...a efectos de nombramiento deberes y derechos inherentes al cargo...».

²¹ El tratado de Adhesión a la CEE fue firmado por España el 12 de Junio de 1.985. Entró en vigor el 1 de Enero de 1.986.

autoridad tampoco estaría comprendida en la excepción del art. 39.4 de Tratado Constitutivo de la C.E. (versión consolidada) como ya se ha argumentado, luego ese motivo, el ejercicio de autoridad, tampoco podría haber servido para impedir el acceso al puesto de comandante a una persona con ciudadanía comunitaria, que reuniera los requisitos. La derogación por el Derecho Comunitario de normas estatales anteriores que se le opongan, permite que cualquier interesado pueda instar ante el Juez Ordinario competente, esta concreción del derecho vigente al caso²².

Como consecuencia de lo anterior, se habría producido a fecha de la transposición del Derecho Comunitario al Derecho interno Español, la derogación automática de lo que en ambos artículos contradijera el art. 39. del TCCE, así como el principio general de carácter peculiar del derecho comunitario, que hace referencia a libre circulación de personas (libre circulación de los trabajadores). Por tanto la reforma que es presentada como dirigida a adaptar la legislación española al principio de libre circulación de los trabajadores, permitiendo a cualquier ciudadano comunitario en posesión del título de piloto acceder al puesto de comandante, técnicamente es una obviedad y carece de sentido, por que dicha reforma había tenido efecto con mucha anterioridad, ya que la adhesión de España a los Tratados Fundacionales de la UE. La interpretación que hace el TJCE del principio de libre circulación, así como el desarrollo de la Directiva 91/670/CEE de 16 de Diciembre de 1.991, por la propia legislación española, lo ponen de manifiesto, por lo que en un hipotético asunto de estas características, es decir en el que en igualdad de condiciones, cumpliéndose todos los requisitos, por causa de nacionalidad comunitaria distinta a la española, se impidiera el acceso al puesto de comandante de aeronave, incluso justificándolo en el supuesto carácter de autoridad que conlleva el mismo, no sería técnicamente admisible por las razones ya reseñadas y los Tribunales de justicia españoles habrían de permitir y amparar dicho acceso.

5. NATURALEZA Y EFECTOS DE LA MODIFICACIÓN LEGAL DE LA LNA SOBRE CONVENIOS COLECTIVOS VIGENTES AL MOMENTO DE SU ENTRADA EN VIGOR

5.1. El Artículo 3 del RDL 6/1.999 de Medidas Urgentes de Liberalización e Incremento de la Competencia, norma de derecho necesario absoluto

El Artículo 3 del RDL 6/1.999 es una norma de derecho necesario absoluto, inderogable e inmodificable en ningún sentido por los convenios colec-

²² En este sentido sobre la derogación de normas estatales anteriores por el Derecho Comunitario VILLAR PALASÍ, VILLAR EZCURRA, «Principios de Derecho Administrativo. Tomo I», pág. 90, Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid 1.999 Madrid.

tivos, (no puede derogarse ni siquiera a favor de los trabajadores). Se trata de normas de derecho necesario, es decir, según BORRAJO DACRUZ, normas de orden publico²³.

En nuestro sistema de fuentes es clara la supremacía de la Ley sobre el convenio colectivo. No obstante dentro del ámbito de las normas de derecho necesario absoluto podemos hacer una delimitación aun en los supuestos de exclusión de la negociación colectiva, según la norma proporcione un regulación completa o excluya expresamente la negociación. Cuando no se excluye expresamente, dicha negociación podría, según la doctrina, realizar un papel interpretador de carácter secundario. Pero la cuestión principal es estudiar la incidencia y eventual posibilidad de derogación de una determinada parte de un convenio colectivo vigente por una ley posterior dictada durante la vigencia de dicho convenio²⁴.

Estas normas de derecho necesario absoluto derogan la parte del convenio con la que entren en contradicción, pero no pueden vulnerar el "contenido esencial" del derecho a la negociación colectiva, y el poder de ordenación de las relaciones laborales en que este consiste, han de ser excepcionales, y encontrar apoyo y fundamento en otros derechos constitucionalmente protegidos.

Determinar cuál es el contenido esencial al que hemos hecho referencia, así como en que tipo de derechos constitucionales han de encontrar apoyo estas

²³ BORRAJO DACRUZ E «Introducción al Derecho del Trabajo», pág. 269, Décima Edición, 1999, Ed. Tecnos. Madrid. Dentro del ámbito del respeto que ha de mantener la legislación estatal, esta ha de respetar en cualquier caso, un cierto espacio material a la autonomía colectiva. Estas normas estatales tienen un triple carácter: de derecho necesario absoluto, relativo, y dispositivo. Como consecuencia de lo anterior se están revolucio-nando las relaciones entre la Ley y el convenio colectivo... «prácticamente ha desaparecido el viejo principio de norma estatal mínima y recobra toda su importancia el principio de Derecho común norma de orden público»... «Hoy día el único suelo que ha de respetar el convenio colectivo es el que esta establecido por la norma de derecho necesario».

²⁴ Para BORRAJO DACRUZ E «Introducción al Derecho del Trabajo», Op citada, pág. 271, en la relación Ley-convenio el punto de mayor interés es la fuerza vinculante del convenio, esto obliga a mantener lo pactado durante su vigencia (art. 37.1 de la C.E.) La ley ha de garantizar dicha fuerza vinculante salvo que se trate de un bien jurídico superior, de mayor protección constitucional, dichos bienes superiores son solo los protegidos por el art. 53.2 de la CE. Entiendo que se trata de un planteamiento muy estricto de la cuestión, ya que como BORRAJO DACRUZ reconoce, la sumisión del convenio colectivo tanto anterior como posterior, tiene el refrendo firme de la jurisprudencia y la doctrina constitucional.

Sin embargo cita como criterios mas acordes con el reparto de materias de la Constitución los reflejados en la STS de 8 de Junio de 1.995 que considera que el legislador no cuenta con un margen ilimitado para alterar lo pactado en convenio colectivo así como que «lo acordado en convenio colectivo puede ser modificado por el legislador siempre y cuando la modificación no tenga tal entidad que afecte al contenido esencial al derecho a la negociación colectiva».

normas de derecho necesario, son cuestiones que vamos a dilucidar con el auxilio de la doctrina y la jurisprudencia.

Entre los precedentes está la S.TC 30-4-1985, que admitía la posibilidad y legitimidad de que la ley excluya de la negociación colectiva determinadas materias, siempre que tal exclusión sea excepcional. Esta fue en su momento la posición del TCT, que al enfrentarse con la alegada vulneración del art. 37.1 de la CE de aquellas normas presupuestarias que imponían determinados techos salariales, enjuició esta evidente "restricción de la negociación colectiva", en función de su posible amparo en otros preceptos constitucionales concurrentes y "en función de acciones de interés público constitucionalmente prevalentes".

Examinando Sentencias del Tribunal Supremo más recientes, concretamente, la de 8 de junio de 1.995 (1995/4772 RJ) y la de 16 de febrero de 1.999 (1999/2596 RJ) se llega a las siguientes conclusiones que matizan lo dicho aquí:

1ª.— El convenio colectivo ha de someterse a las normas de mayor rango jerárquico y respetar el cuadro de derechos fundamentales de nuestra Constitución (STC 177/1988)

2ª.— Lo acordado en convenio colectivo puede ser modificado por el legislador siempre que no afecte al contenido esencial del derecho de negociación colectiva.

3ª.— En Derecho Español no existe reserva a favor de los convenios en razón de la materia, ni una preferencia competencial de los mismos en razón de la función.

4ª.— La preservación de las condiciones de trabajo de determinados grupos ha de ser tenida en cuenta por los poderes públicos en la elaboración de las leyes, y han de existir salvedades, en concordancia con lo anteriormente dicho.

5ª.— La aplicación del art. 3.3 del E.T. (preferencia de norma laboral mas favorable) no puede anular el principio de mayor jerarquía o primacía legal.

6ª.— Primacía de la ley en aquellos extremos que tienen carácter inderogable, inalterable e indisponible.

7ª.— En aras del principio de legalidad consagrado en el art. 9 CE, las normas promulgadas por el Estado, con carácter de derecho necesario, penetran, por imperio de la ley, en la norma paccionada ya creada» (SSTS/IV 9-3-1992 y 4-5-1.994)

8ª.— El art. 37.1 de la Constitución no se vulnera por la entrada en vigor de una ley que repercute sobre los convenios colectivos que estén entonces vigentes. (STC 30-4-1.985).

9ª.— La integración de los convenios colectivos en el sistema formal de fuentes del Derecho, resultado del principio de unidad del ordenamiento jurídico, supone... «el respeto por la norma pactada del derecho necesario establecido por la ley, que, en razón de la superior posición que ocupa en la jerarquía normativa, puede desplegar una virtualidad limitadora de la negociación colectiva y puede, igualmente, de forma excepcional reservarse para sí determinadas materias que quedan excluidas de la negociación» STC 58/1985 de 30-4-1985.

Por tanto, la finalidad de las normas de derecho necesarios absoluto y la consiguiente exclusión de la negociación colectiva, se puede producir en aquellas materias "donde el interés general debe prevalecer sobre el interés colectivo de trabajadores y empresarios" y bien afecten a intereses generales o de terceros, superando los de las partes negociadoras e incluso las fronteras del Derecho del Trabajo.

5.2. Efectos de la modificación de la LNA: Derogación parcial de los convenios vigentes

Cuando se publica el RDL 6 / 1.999 de 16 de Abril, que modifica los Artículos 59 y 60 de la Ley 48/ 1.960 de 21 de julio, estaba en vigor el V Convenio Colectivo de los Pilotos de Iberia Líneas Aéreas de España S.A., y según informaciones aparecidas en la prensa existía en dicha compañía aérea un situación conflictiva, respecto a este colectivo compuesto aproximadamente por 1.300 personas, a los que se imputaba una situación de huelga encubierta, de huelga de celo o reglamento, etc., lo que unido, entre otros, a problemas de dimensión y medios del aeropuerto de Madrid-Barajas, sumieron al país en una situación de caos del transporte aéreo.

Por ello la pretensión que subyace en dicha modificación legal, pudiera ser más bien adoptar una medida de presión frente a los pilotos, derogando las cláusulas del V Convenio que establecían los requisitos de acceso al puesto de comandante, para que de esta forma la compañía pudiera controlar la situación.

La cuestión se plantea en los términos siguientes:

De la lectura del art. 23 del V Convenio, se desprende:

El ingreso de cualquier Piloto en la Compañía, fuere cual fuere la causa y el procedimiento del mismo, se efectuará a continuación del último Piloto del escalafón y por último nivel.

Y el art. 38 respecto al acceso al puesto de Comandante dice:

a) El acceso a los cursos previos a la suelta de Comandantes, se hace por riguroso orden de antigüedad efectiva en la función de Copiloto.

b) En el paso de Piloto a la función de Comandante, entre todos los que hayan superado los cursos, se respeta la antigüedad en el ejercicio de la función de Copiloto.

c) No se podrá designar a un Piloto para desempeñar la función de Comandante mientras exista otro con más antigüedad en la función de Copiloto, que habiendo cumplido los requisitos previos no haya sido designado como tal.

Sobre estos artículos del citado V Convenio, incide directamente la nueva redacción dada por el RDL 6/1.999 de 16 de Abril, al art. 59 de la Ley 48/1960 de 21 de julio de Navegación Aérea, al disponer:

«...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».

Hay que hacer notar que entre esta versión legal y la originaria de dicho artículo hay una pequeña, pero sustancial diferencia. En aquella, es decir tal como se publicó en el BOE de 21 de julio de 1.960, no se hace referencia a la forma de acceso al puesto de Comandante de Aeronave, si no que sencillamente se define la función del Comandante como la realizada por persona designada por el empresario para ejercer el mando, que habrá de tener nacionalidad española, pleno disfrute de sus derechos civiles, título de piloto y licencia de aptitud correspondiente al tipo de aeronave utilizada.

Esta reforma impulsada por una dinámica proveniente de la propia Legislación Comunitaria, obliga a respetar principios generales, como los de *libre circulación de los trabajadores y de no discriminación por razón de nacionalidad*. La supresión de la exigencia de la nacionalidad española, posibilita el acceso al puesto de comandante, a los nacionales comunitarios de dentro y fuera de la Compañía²⁵.

De otro lado, estamos ante una norma de orden público (art. 3 del RDL 6/1.999 que da nueva redacción a los Arts 59 y 60 de la Ley 48/ 1.960 de 21 de Julio de Navegación Aérea) que deroga los Arts.23 y 38 del V Convenio Colectivo entre Iberia y sus Tripulantes Pilotos permitiendo el acceso al puesto de Comandante en la citada Compañía, cumpliendo los requisitos recogidos en la nueva redacción de los arts 59 y 60 de la LNA. Ha de tenerse en cuenta que en la redacción anterior no se determinaba la forma de acceso, si no simplemente se describía el puesto y los requisitos que debería tener él que había de desempeñarlo, actualmente además se establece la forma de acceso, lo que en nuestra opinión permite la libre designación de Comandantes por la Compañía, independientemente de lo que establezca el V Convenio Colectivo, en sus arts 23 y 38, que quedan desposeídos, de esta forma, de su carácter de *única vía*, para poder ser "seleccionado" por la Compañía para desempeñar el puesto de Comandante. No negamos que también por el procedimiento que establecen los referidos arts. 23 y 38 del V Convenio Colectivo se pueda acceder a dicho puesto de Comandante, incluso que para la promoción interna sea el procedimiento adecuado, pero a la vista de la nueva redacción dada a los arts 59 y 60 de la LNA, así como que el puesto de Comandante, según establece el V Convenio Colectivo en su art. 20 estaría excluido de convenio a efectos de nombramiento, derechos y deberes inherentes al cargo, por su condición de puesto de confianza, es claro en nuestra opinión, que la Compañía Iberia goza

²⁵ Cabe entender también que el convenio no queda afectado, en el sentido de que, simplemente, suprimido el requisito del acceso relativo a la nacionalidad se da cumplimiento al Derecho Comunitario, ya que la regulación del convenio permitiría, siempre que se siga el procedimiento que comporta antigüedad, en un futuro, el acceso al puesto de comandante de pilotos extranjeros.

Ahora bien, en la medida en que ese procedimiento encubra una restricción, por razón de la nacionalidad (ya que en la práctica es inviable que un extranjero acceda al puesto de comandante, dado el gran número de pilotos nacionales en la carrera profesional en Iberia) cabría plantear una vulneración indirecta del principio de libre circulación.

ya de plena libertad para designar Comandantes, entre candidatos que reuniendo los requisitos de titulación y habilitación necesarios, así como el carácter de ciudadanos de la UE en pleno goce de sus derechos civiles, lo soliciten, sin tener que ser previamente pilotos o copilotos de la Compañía.