



Roj: **AAN 3101/2023 - ECLI:ES:AN:2023:3101A**

Id Cendoj: **28079240012023200004**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **17/03/2023**

Nº de Recurso: **350/2022**

Nº de Resolución: **14/2023**

Procedimiento: **Impugnación convenio colectivo**

Ponente: **RAMON GALLO LLANOS**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUD.NACIONAL SALA DE LO SOCIAL

-

GOYA 14 (MADRID)

Tfno: 914007258

Correo electrónico:

Equipo/usuario: BLM

NIG: 28079 24 4 2022 0000358 Modelo: N31350 TEXTO LIBRE

IMC IMPUGNACION DE CONVENIOS 0000350 /2022

Procedimiento de origen: / Sobre: IMPUG.CONVENIOS

AUTO Nº : 14/23

ILMO. SR. PRESIDENTE:

D. JOSÉ PABLO ARAMENDI SÁNCHEZ

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

D. RAMÓN GALLO LLANOS

D^a. ANA SANCHO ARANZASTI

En MADRID, a diecisiete de marzo de dos mil veintitrés.

La Sala de lo Social compuesta por los Sres. citados al margen, en los autos 350/2022 y habiendo actuado como ponente el Ilmo. Sr. D. RAMÓN GALLO LLANOS, procede a dictar Auto planteado cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la base de los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Según consta en autos, el día 8 de noviembre de 2.022 por parte del Letrado Sr. D. Jorge Aparicio Marbán en nombre y representación del Sindicato de Tripulantes Auxiliares de Vuelo de Líneas Aéreas (STVALA) se presentó demanda sobre impugnación del IV convenio colectivo de Air Nostrum, Líneas Aéreas del Mediterráneo, SA (Personal de tierra y Tcp s), frente a de Air Nostrum, Líneas Aéreas del Mediterráneo, SA, la Federación de Servicios para la ciudadanía de Comisiones Obreras (CCOO), la Unión General de Trabajadores (UGT), la Unión Sindical Obrera (USO), el Comité Inter-centros de Air Nostrum, Líneas Aéreas del Mediterráneo, SA, la Dirección General de Trabajo, el Instituto de las Mujeres, la Dirección General de Igualdad de la Comunidad de Madrid, y el Ministerio fiscal y en la que interesaba se citase como interesados a al Sindicato Español de Pilotos de Líneas aéreas (SEPLA) y el sindicato unión profesional de pilotos de aerolíneas (UPPA).



Previo requerimiento de la Sala en fecha 18 de noviembre de 2022 por el referido Sr. Aparicio Marbán en la representación que ostenta se presentó escrito en el que solicitaba se dicte Sentencia por la que:

1. se declare la nulidad del artículo 93 y del anexo I de dicho Convenio colectivo en cuanto establecen la cuantía de las dietas a abonar a los tripulantes de cabina de pasajeros de la compañía.

2. y paralelamente;

a) se declare que la práctica de Air Nostrum Líneas Aéreas del Mediterráneo, SA, consistente en abonar a los Tripulantes de Cabina de Pasajeros en concepto de dietas unas cantidades inferiores a las abonadas por el mismo concepto a los pilotos de la compañía constituye una **discriminación** indirecta por razón de sexo y en consecuencia una vulneración del derecho fundamental a la igualdad.

b) se ordene el cese de esta conducta.

c) se condene a la empresa Air Nostrum Líneas Aéreas del Mediterráneo S.A. a abonar a los tripulantes de cabina de pasajeros en concepto de dietas los mismos importes que se abonan a los pilotos de la compañía por el mismo concepto.

Segundo.- Previa tramitación de la demanda y su aclaración el día 7 de febrero de 2023 tuvo lugar el acto de la vista en el que el actor se afirmó y ratificó en su demanda solicitando se dictase sentencia conforme a lo solicitado en su escrito de aclaración de la demanda, precisando que lo que se impugnaban eran las cuantías de las dietas, no el artículo que regulaba su devengo.

CCOO se adhirió a las peticiones del actor.

Air Nostrum solicitó la desestimación de la demanda, al igual que SEPLA.

La Dirección General de Trabajo, el Instituto de las Mujeres y la Dirección General de la Comunidad de Madrid consideraron que carecían de legitimación pasiva.

El Ministerio Fiscal informó favorablemente a la estimación de la demanda.

El resto de partes citadas ya como interesados, ya como demandados no comparecieron.

Tercero.- Tras la deliberación del caso y encontrándose los autos pendientes de sentencia, el día 9 de febrero de 2023 se dictó providencia con el siguiente contenido:

"Tras la celebración del acto de juicio, este tribunal aprecia que la cuestión debatida versa sobre el siguiente hecho no controvertido:

- Un colectivo fuertemente feminizado cual es el de los tripulantes de cabina de pasajeros de Air Nostrum, que se rigen por el IV Convenio colectivo de Air Nostrum, Líneas Aéreas del Mediterráneo, SA (personal de tierra y TCP S) publicado en el BOE el 14-1-2019, percibe, en concepto de dietas y por las mismassituaciones, una cantidad inferior a la que percibe otro colectivo de la misma empresa cuales son los pilotos en el cual es notoriamente mayoritaria la presencia de hombres y que se rige por otro convenio colectivo distinto: el convenio de franja para los pilotos de Air Nostrum BOE 13-5-2020.

Ante esta situación se nos suscita la duda de:

*- Si la circunstancia de regirse las condiciones laborales de uno y otro colectivo por distintos convenios colectivos constituye una **discriminación** indirecta por razón de sexo en las condiciones de trabajo contraria al objetivo de eliminación de desigualdades entre el hombre y la mujer que proclama el art. 8 del TFUE y en los términos descritos en los arts. 2.1 apartado b) y 14.1*

c) de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

- O si por el contrario la existencia de dos productos convencionales diferenciados constituiría una causa objetiva y razonable para dispensar a ambos colectivos un trato diferenciado en materia de dietas.

Por ello, se acuerda SUSPENDER la tramitación del presente procedimiento y DAR AUDIENCIA a las partes y Ministerio Fiscal para que en el plazo común el improrrogable de DIEZ DÍAS puedan alegar lo que a su derecho convenga sobre lapertinencia de plantear la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de conformidad con lo *arriba expuesto.*"

Cuarto- El día 22 de febrero de 2023 se presentó escrito por el Ministerio Fiscal en el que se concluía lo siguiente:



"Se considera que no resulta necesario plantear la posible cuestión prejudicial proveída, por cuanto el TJUE ya ha resuelto sobre cuestiones materialmente idénticas en un asunto análogo a la que es objeto del proceso presente (STJUE de 8 de septiembre de 2011, asuntos acumulados C-297/10 y C-298/10).

De su fundamentación jurídica se infiere que el ejercicio del derecho a la negociación colectiva (art. 28 CEDF), no puede ser considerado causa de justificación objetiva de situaciones de **discriminación** causadas por los productos normativos generados; habida cuenta que dicho derecho está comprendido dentro de las disposiciones de la UE y por lo tanto debe ejercerse de conformidad a estas.

Siendo ello aplicable al asunto concernido en el proceso presente, en el que ha sido la misma empresa la que ha negociado los dos convenios colectivos generadores de la situación discriminatoria, aplicable sobre sus propios trabajadores."

Quinto.- El día 23 de febrero de 2023 por la letrado de Air Nostrum se presentó escrito solicitando se dictase sentencia desestimatoria de la demanda o, subsidiariamente, se plantease cuestión en los términos planteados por la Sala.

Sexto.- El día 28 de febrero de 2.023 se presentó escrito por SEPLA oponiéndose al planteamiento de la cuestión e interesando el dictado de sentencia desestimatoria de la demanda.

Séptimo.- El día 1 de marzo de 2.023 por la Abogada del Estado en representación de la Dirección General de Trabajo y del Instituto de las Mujeres se presentó escrito en el que concluyendo que no estamos ante una situación de dos colectivos comparables, que se hallen ante una igualdad de circunstancias que los haga acreedores de una misma regulación, sino ante colectivos claramente diferenciados, por lo que no cabe entender que exista una situación de **discriminación** indirecta en el hecho de que sus condiciones laborales estén reguladas en instrumentos convencionales diferentes, a mayores cuando tal diferenciación encuentra su justificación en el derecho a la negociación colectiva, oponiéndose al planteamiento de cuestión prejudicial.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- OBJETO DEL LITIGIO

El presente procedimiento tiene por objeto determinar si la práctica empresarial realizada por la empresa Air Nostrum consistente en abonar en concepto de dietas por manutención a un colectivo fuertemente feminizado cual son los Tripulantes de Cabina de Pasajeros una cantidad inferior a la que se abona a un colectivo en el que la mayoría de sus componentes son varones por el mismo concepto constituye una **discriminación** indirecta por razón de sexo contraria al ordenamiento jurídico de la Unión Europea, siendo la causa de dicho trato desigual el hecho de que en la empresa se apliquen dos convenios colectivos, negociados por distintas organizaciones sindicales.

SEGUNDO.- HECHOS

Son hechos conformes por las partes los siguientes:

1º.- STAVLA es un sindicato que cuenta con 3 representantes en el único centro de trabajo de la empresa que cuenta con comité de empresa (Quart de Poblet, Valencia). Dicho Comité tiene un total de

17 miembros. Las listas que presentó dicho sindicato a las elecciones de representantes de personal obtuvieron un total de 101 votos de un total de 501 votos emitidos.

2º.- Las relaciones laborales entre la empresa y su personal de tierra y Tripulantes de Cabina de Pasajeros (en adelante TCPs) se rigen por el IV Convenio colectivo de Air Nostrum, Líneas Aéreas del Mediterráneo, SA (personal de tierra y TCP S) que fue publicado en el Boletín Oficial del Estado el día 14 de enero de 2019, el cual fue suscrito por la Dirección de la empresa y las organizaciones sindicales UGT, CCOO y USO. Dicho Convenio colectivo regula las dietas en su artículo 93 y cuantifica las mismas en su anexo I de la forma siguiente:

"Dietas: Es aquella cantidad que indemniza al TCP por los gastos derivados de los desplazamientos, que forman parte integrante del contenido de su prestación de servicios.

Las dietas se devengarán según el siguiente sistema:

Si el TCP realiza su actividad durante cuatro horas o menos,devengará media dieta.

Si el TCP supera la cuarta hora completa de actividad, devengará una dieta completa.

Si se cancela la totalidad de la actividad programada para un día en concreto para el TCP, quedando el mismo sin actividad y dicha cancelación le es notificada en el momento de la firma de la programación cancelada, o después de la misma se devengará la dieta que corresponda (media o completa) en razón de las horas que haya



permanecido el TCP a disposición de la Compañía. En el caso de que el TCP recibiera el aviso durante los 30 minutos inmediatamente anteriores a la firma, y, en consecuencia, no llegará a firmar, devengará media dieta.

En caso de que la actividad aérea continuada afectase a dos días consecutivos, se computará como dos días para el devengo de las dietas correspondientes.

Las dietas podrán ser nacionales o internacionales. Son nacionales las dietas devengadas íntegramente en territorio nacional. Son internacionales las devengadas en territorio extranjero y las de vuelta del extranjero. El mero hecho de sobrevolar territorio extranjero sin aterrizar o despegar en él, no convertirá la dieta en internacional.

Las dietas podrán ser sin pernocta o con pernocta. Serán conpernoctando el TCP deba pasar la noche fuera de su base por razón de la actividad programada para el día siguiente. Será sin pernocta cuando el TCP regrese a su base al finalizar la actividad del día.

En aquellos casos en los que se programe un posicionamiento de vuelta a base, como única actividad del día se devengará media dieta si el posicionamiento se produce entre las 15:00 y las 21:00 horas, y, una dieta completa si el posicionamiento es a partir de las 21:00 horas. Si el posicionamiento es anterior a las 15:00 horas, no se devengará dieta ninguna.

Los TCP que decidan realizar el reconocimiento médico oficial para la obtención o el mantenimiento del certificado de aviación civil en centros ubicados fuera de su residencia habitual, asumirán personalmente los gastos en los que incurran por dicho desplazamiento, sin devengar derecho a dieta ni a reembolso de gastos. En el caso de asistencia a reuniones en la base del TCP, no se generará derecho a dietas.

La realización de cualquier tipo de comisión de servicio conllevará la percepción de la dieta correspondiente dependiendo de si se realizan en territorio nacional o internacional, a excepción de las reuniones en base.

En un periodo de un día natural no se podrá devengar más de una dieta.

Se pacta expresamente que este sistema de dietas libera a la empresa de hacerse cargo de los gastos de manutención durante el desplazamiento".

ANEXO I

Tablas salariales TCPS Grupo profesional IV: TCP

1	Nivel 1	Nivel 2	Nivel 3	Nivel 4	Nivel 5
Dieta nac c/p	39,37	39,37	39,37	39,37	39,37
Dieta nac s/p	37,06	37,06	37,06	37,06	37,06
Dieta Inter c/p.	59,06	59,06	59,06	59,06	59,06
Dieta inter s/p.	56,74	56,74	56,74	56,74	56,72*

(c/p y s/p quieren decir con pernocta y sin pernocta respectivamente)

3º.- Los Pilotos que prestan servicio en Air Europa rigen sus relaciones laborales con arreglo al Convenio colectivo de Air Nostrum LAM, SA (Pilotos) que fue publicado en el BOE de 13 de mayo de 2020 y fue suscrito por la Dirección de la empresa y las secciones sindicales de los sindicatos SEPLA y UPPA, en representación de los trabajadores afectados el día 23 de diciembre de 2019. La regulación de las dietas en dicho Convenio colectivo es la siguiente:

Artículo 16.19 Dietas.

Dieta es la cantidad que se devenga, por el piloto, para atender los gastos que se originan en los desplazamientos que se efectúen por necesidades de la empresa o permanencia fuera de su base, distinta del alojamiento y transporte.

Especificadas en el anexo A, será una cantidad variable y se devengará multiplicada por el número de días a que tenga derecho un piloto según el presente artículo.

Podrán ser nacionales o internacionales. Son nacionales las dietas devengadas íntegramente en territorio nacional. Son internacionales cuando la permanencia fuera de base sea en territorio extranjero o cuando cualquiera de los aterrizajes o despegues producidos en el día se realicen en territorio extranjero. El mero hecho de sobrevolar territorio extranjero sin aterrizar o despegar en él, no convertirá la dieta en internacional.

A efectos del presente artículo, se entenderá por vuelo (con despegue efectivo y subsiguiente aterrizaje) el realizado formando parte de la tripulación de la aeronave, y posición el traslado sin formar parte de la tripulación de dicha aeronave o medio de transporte.



Se devengará una dieta normal según las siguientes reglas:

- Caso 1. Los días de vuelo: Se devengará una dieta. En ningún caso un servicio de vuelo que comienza y acaba en base y no comprende pernoctas fuera de base dará derecho al devengo de más de una dieta, aunque exista cambio de fecha natural durante la realización del mismo.
- Caso 2. Los días de permanencia íntegra fuera de base. Se devengará una dieta.
- Caso 3. Los días de salida de base en posición. Se devengará una dieta si a continuación existe pernocta fuera de base.
- Caso 4. Los días de regreso a base en posición. Se devengará una dieta si son posteriores a una pernocta fuera de base.
- Caso 5. Los días de reconocimiento médico oficial. Se devengará dieta si no existe un establecimiento autorizado para realizar el reconocimiento en la ciudad donde tenga base el piloto
- Caso 6. Cuando por motivos excepcionales provocados por la operativa, un piloto se encontrara después de una serie de servicio de cinco días, el 6º día fuera de su base devengará doble dieta desde el 6º día inclusive.

Se pacta expresamente que este sistema de dietas libera a la empresa de hacerse cargo de los costes de cualquier tipo de comida excepto las conceptuadas en el artículo 11.2 a bordo, siendo elección y responsabilidad del tripulante, sin coste para la empresa y a cargo del piloto, el lugar donde deseen alimentarse, sin más limitaciones que las establecidas en el presente convenio referente a respeto a horarios de vuelos y a separación de comidas por seguridad. En un período de 1 día natural no se podrá devengar más de una dieta, sin perjuicio de lo establecido en el capítulo de movilidad geográfica.

A estos efectos, los desplazamientos fuera de base por cursos teóricos y cursos en simulador, de duración superior a 7 días, tendrán la consideración de destacamento, percibiéndose doble dieta (coeficiente 2.00) excepto para los alumnos que realicen, a su entrada en la empresa, el primer curso de calificación de tipo, y en este último caso se devengará exclusivamente la dieta normal por día.

ANEXO A

Periodo Pagas Cantidad Anuales

Dieta Nacional día Variable 65,00€

Dieta Internacional día Variable 100,00€"

4º.- El 94 % de los TCPs son mujeres frente al 6 % de hombres, mientras que un 93,71 % de los Pilotos son hombres frente al 6,29 % de mujeres.

TERCERO.- DERECHO NACIONAL

Constitución Española:

- Art. 14 : " Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer **discriminación** alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social"
- Art. 28. 1º 1. Todos tienen derecho a sindicarse libremente. La ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos armados o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar y regulará las peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos. La libertad sindical comprende el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, así como el derecho de los sindicatos a formar confederaciones y a fundar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas. Nadie podrá ser obligado a afiliarse a un sindicato"
- Art. 37.1 "1. La ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios".

Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto de Libertad Sindical:

- Art. 2. 2. " Las organizaciones sindicales en el ejercicio de la libertad sindical, tienen derecho a:... d) El ejercicio de la actividad sindical en la empresa o fuera de ella, que comprenderá, en todo caso, el derecho a la negociación colectiva, al ejercicio del derecho de huelga, al planteamiento de conflictos individuales y colectivos y a la presentación de candidaturas para la elección de Comités de Empresa y Delegados de Personal, y de los correspondientes órganos de las Administraciones Públicas, en los términos previstos en las normas correspondientes"

Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

- **Art. 5: "Igualdad de trato y de oportunidades en el acceso al empleo, en la formación y en la promoción profesionales, y en las condiciones de trabajo.**

"El principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, aplicable en el ámbito del empleo privado y en el del empleo público, se garantizará, en los términos previstos en la normativa aplicable, en el acceso al empleo, incluso al trabajo por cuenta propia, en la formación profesional, en la promoción profesional, en las condiciones de trabajo, incluidas las retributivas y las de despido, y en la afiliación y participación en las organizaciones sindicales y empresariales, o en cualquier organización cuyos miembros ejerzan una profesión concreta, incluidas las prestaciones concedidas por las mismas.

No constituirá **discriminación** en el acceso al empleo, incluida la formación necesaria, una diferencia de trato basada en una característica relacionada con el sexo cuando, debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en el que se lleven a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado."

- Art. 6.2; " Se considera **discriminación** indirecta por razón de sexo la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados".

Ley 15/2022 integral para la igualdad de trato y la no discriminación

-art. 2.1:" Se reconoce el derecho de toda persona a la igualdad de trato y no **discriminación** con independencia de su nacionalidad, de si son menores o mayores de edad o de si disfrutan o no de residencia legal. Nadie podrá ser discriminado por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, expresión de género, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, lengua, situación socioeconómica, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social"

- art. 4 : "El derecho a la igualdad de trato y no **discriminación** .

1. El derecho protegido por la presente ley implica la ausencia de toda **discriminación** por razón de las causas previstas en el apartado 1 del artículo 2.

En consecuencia, queda prohibida toda disposición, conducta, acto, criterio o práctica que atente contra el derecho a la igualdad. Se consideran vulneraciones de este derecho la **discriminación**, directa o indirecta, por asociación y por error, la **discriminación** múltiple o interseccional, la denegación de ajustes razonables, el acoso, la inducción, orden o instrucción de discriminar o de cometer una acción de intolerancia, las represalias o el incumplimiento de las medidas de acción positiva derivadas de obligaciones normativas o convencionales, la inacción, dejación de funciones, o incumplimiento de deberes.

2. No se considera **discriminación** la diferencia de trato basada en alguna de las causas previstas en el apartado 1 del artículo 2 de esta ley derivada de una disposición, conducta, acto, criterio o práctica que pueda justificarse objetivamente por una finalidad legítima y como medio adecuado, necesario y proporcionado para alcanzarla.

3. El derecho a la igualdad de trato y la no **discriminación** es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará con carácter transversal en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas.

4. En las políticas contra la **discriminación** se tendrá en cuenta la perspectiva de género y se prestará especial atención a su impacto en las mujeres y las niñas como obstáculo al acceso a derechos como la educación, el empleo, la salud, el acceso a la justicia y el derecho a una vida libre de violencias, entre otros."

- art 6. 1 apartado b) " La **discriminación** indirecta se produce cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros ocasiona o puede ocasionar a una o varias personas una desventaja particular con respecto a otras por razón de las causas previstas en el apartado 1 del artículo 2."

-Art.9.1 : " No podrán establecerse limitaciones, segregaciones o exclusiones por razón de las causas previstas en esta ley para el acceso al empleo por cuenta ajena, público o privado, incluidos los criterios de selección, en la formación para el empleo, en la promoción profesional, en la retribución, en la jornada y demás condiciones de trabajo, así como en la suspensión, el despido u otras causas de extinción del contrato de trabajo."

Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

Art. 3 "Fuentes de la relación laboral " : " 1. Los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral se regulan:



a) Por las disposiciones legales y reglamentarias del Estado.

b) Por los convenios colectivos.

c) Por la voluntad de las partes, manifestada en el contrato de trabajo, siendo su objeto lícito y sin que en ningún caso puedan establecerse en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos antes expresados.

d) Por los usos y costumbres locales y profesionales.

2. Las disposiciones legales y reglamentarias se aplicarán con sujeción estricta al principio de jerarquía normativa. Las disposiciones reglamentarias desarrollarán los preceptos que establecen las normas de rango superior, pero no podrán establecer condiciones de trabajo distintas a las establecidas por las leyes a desarrollar.

3. Los conflictos originados entre los preceptos de dos o más normas laborales, tanto estatales como pactadas, que deberán respetar en todo caso los mínimos de derecho necesario, se resolverán mediante la aplicación de lo más favorable para el trabajador apreciado en su conjunto, y en cómputo anual, respecto de los conceptos cuantificables.

4. Los usos y costumbres solo se aplicarán en defecto de disposiciones legales, convencionales o contractuales, a no ser que cuenten con una recepción o remisión expresa.

5. Los trabajadores no podrán disponer válidamente, antes o después de su adquisición, de los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario. Tampoco podrán disponer válidamente de los derechos reconocidos como indisponibles por convenio colectivo.

- art. 4. 2. " En la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho: c) A no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta ley, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación e identidad sexual, expresión de género, características sexuales, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua, dentro del Estado español"

- art. 17.1, párrafo 1º: "Se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo, a situaciones de **discriminación** directa o indirecta desfavorables por razón de edad o discapacidad o a situaciones de **discriminación** directa o indirecta por razón de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación e identidad sexual, expresión de género, características sexuales, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con personas pertenecientes a o relacionadas con la empresa y lengua dentro del Estado español"

- Art. 26. 2: "No tendrán la consideración de salario las cantidades percibidas por el trabajador en concepto de indemnizaciones o suplidos por los gastos realizados como consecuencia de su actividad laboral, las prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social y las indemnizaciones correspondientes a traslados, suspensiones o despidos."

art. 82 apartados 1 y 2 y párrafo 1º del apartado 3:

" 1. Los convenios colectivos, como resultado de la negociación desarrollada por los representantes de los trabajadores y de los empresarios, constituyen la expresión del acuerdo libremente adoptado por ellos en virtud de su autonomía colectiva.

2. Mediante los convenios colectivos, y en su ámbito correspondiente, los trabajadores y empresarios regulan las condiciones de trabajo y de productividad. Igualmente podrán regular la paz laboral a través de las obligaciones que se pacten.

3. Los convenios colectivos regulados por esta ley obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia.

Art. 85 apartado 3:

"3. Sin perjuicio de la libertad de contratación a que se refieren los apartados anteriores, los convenios colectivos habrán de expresar como contenido mínimo lo siguiente:

a) Determinación de las partes que los conciertan.

b) Ámbito personal, funcional, territorial y temporal."

- art. 87 rubricado como "legitimación":



1. En representación de los trabajadores estarán legitimados para negociar en los convenios de empresa y de ámbito inferior, el comité de empresa, los delegados de personal, en su caso, o las secciones sindicales si las hubiere que, en su conjunto, sumen la mayoría de los miembros del comité.

La intervención en la negociación corresponderá a las secciones sindicales cuando estas así lo acuerden, siempre que sumen la mayoría de los miembros del comité de empresa o entre los delegados de personal.

Cuando se trate de convenios para un grupo de empresas, así como en los convenios que afecten a una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas en su ámbito de aplicación, la legitimación paranegociar en representación de los trabajadores será la que se establece en el apartado 2 para la negociación de los convenios sectoriales.

En los convenios dirigidos a un grupo de trabajadores con perfil profesional específico, estarán legitimadas para negociar las secciones sindicales que hayan sido designadas mayoritariamente por sus representados a través de votación personal, libre, directa y secreta."

CUARTO.- DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

1.- TRATADO DE FUNCIONAMIENTO DE LA UNIÓN EUROPEA.-

Artículo 8

"En todas sus acciones, la Unión se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad."

2.- CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA.-

Art. 23

Igualdad entre mujeres y hombres

La igualdad entre mujeres y hombres deberá garantizarse en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución.

El principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que supongan ventajas concretas en favor del sexo menos representado.

Artículo 28

Derecho de negociación y de acción colectiva

Los trabajadores y los empresarios, o sus organizaciones respectivas, de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales, tienen derecho a negociar y celebrar convenios colectivos, en los niveles adecuados, y a emprender, en caso de conflicto de intereses, acciones colectivas para la defensa de sus intereses, incluida la huelga.

PILAR EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES.

" a. La igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres debe garantizarse y fomentarse en todos los ámbitos, también en relación con la participación en el mercado laboral, las condiciones de trabajo y de empleo y la progresión de la carrera"

Directiva 2006/54/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 5 de julio de 2006 relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación:

ART. 2.1 apartado b :

"1. A efectos de la presente Directiva se entenderá por:

b) "**discriminación** indirecta": la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios".

Art. 14. 1, apartado c):

Prohibición de **discriminación**.

"1. No se ejercerá ninguna **discriminación** directa ni indirecta por razón de sexo en los sectores público o privado, incluidos los organismos públicos, en relación con: ..c) las condiciones de empleo y de trabajo, incluidas las de despido, así como las de retribución de conformidad con lo establecido en el artículo 141 del Tratado"



QUINTO.- ARGUMENTOS DE LAS PARTES

1.- Por STAVLA se ejercita una acción de tutela de derechos fundamentales a través de la modalidad procesal de impugnación de convenio colectivo por cuanto que se considera que el Anexo I del Convenio colectivo que regula las relaciones de la empresa AIR NOSTRUM con sus tripulantes de cabina de pasajeros y su personal de tierra fija en concepto de "dietas" unas cantidades a percibir por un colectivo cual es de los tripulantes de cabina de pasajeros- que está compuesto en su inmensa mayoría por mujeres- una cantidad sensiblemente inferior a la que la misma empresa abona un colectivo fuertemente masculinizado cual es el de pilotos para subvenir idéntica contingencia.

Se viene a argumentar:

a.- que las dietas no constituyen salario sino una indemnización que se satisface por tener que incurrir en gastos durante los desplazamientos, tales como realizar las comidas diarias fuera del domicilio habitual, lo que hace a efectos comparativos en orden a su percepción no pueda tomarse en consideración el mayor o menor valor del trabajo desarrollado y que se deduce del art. 26.2 E.T que no reputa salarios ni las indemnizaciones ni las dietas;

b.- que al fijarse ante una misma situación indemnizaciones diferentes para subvenir unos mismos gastos derivada de una misma contingencia ocasionada a consecuencia del trabajo desarrollado siendo inferior la percibida por un colectivo integrado mayoritariamente por mujeres en relación a la que percibe otro cuyos componentes en su mayoría son hombres se está incurriendo en una **discriminación** indirecta por razón de sexo.

2.- Dicha posición es asumida tanto por CCOO como por el Ministerio Fiscal, el cual además argumenta que resulta de aplicación la doctrina del Tribunal al que nos dirigimos expresada en la STJUE de 8 de septiembre de 2011, asuntos acumulados C-297/10 y C-298/10 que consideró que el ejercicio de la negociación colectiva no justifica un trato discriminatorio.

3.- AIRNOSTRUM y el sindicato SEPLA- que negoció el Convenio de pilotos- se oponen a la demanda en virtud de un doble argumento:

- niegan que los colectivos sean comparables pues no desarrollan un trabajo de igual valor, lo que justifica un trato retributivo diferente;

- consideran que la diferencia de trato en todo caso está justificada en el legítimo ejercicio del derecho a la negociación colectiva, pues admitiéndose en la legislación nacional el denominado "Convenio colectivo de franja" de aplicación únicamente para aquellos trabajadores con un perfil profesional determinado como son los pilotos, junto al Convenio general de aplicación al resto de trabajadores de la empresas, es consecuencia lógica de que se aborden dos procesos negociadores por separado que las condiciones de trabajo y empleo que se apliquen a los distintos colectivos sean diferentes como sucede en el presente caso;

En base a tal argumentación consideran que por el sindicato actor se está postulando la aplicación parcial de un Convenio colectivo a un colectivo no incluido en su ámbito de aplicación, lo que contravendría los arts. 82 y 85.3 del E.T.

4.- Dicha posición ha sido asumida por la Abogacía del Estado en su escrito de 1 de marzo de 2023.

SEXTO.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LAS CUESTIÓN A PLANTEAR

1.- El Artículo 267 del TFUE dispone que *"El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial:*

a) sobre la interpretación de los Tratados;

b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión;

Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo.

Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal.



Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional en relación con una persona privada de libertad, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunciará con la mayor brevedad."

2.- Ante esta Sala se encuentra pendiente de resolución definitiva el presente procedimiento de impugnación de convenio colectivo, considerando la Sala que la respuesta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea resulta necesaria para poder emitir nuestra decisión.

3.- En primer lugar, la Sala considera que las cantidades que por la empresa demandada se abonan tanto a los Tripulantes de Cabina de Pasajeros como a los pilotos no tienen la consideración de salario, ni desde el prisma de la legislación laboral española, pues expresamente están excluidas de tal concepto por el art. 26.2 del Estatuto de los Trabajadores, ni desde el punto de vista del Derecho de la Unión - actual artículo 157 del TFUE y 2.1 e) de la Directiva-, por cuanto que con las mismas no retribuye un trabajo específico computado por unidad de tiempo o por unidad de obra, lo que hace que el distinto valor del trabajo realizado por los pilotos y por los tripulantes de cabina de pasajeros no pueda ser una circunstancia que justifique el trato desigual en orden a la percepción de las dietas entre un colectivo y otro. Consideramos, pues, que las dietas que aquí en cuanto que constituyen la indemnización que la empresa satisface a sus empleados por los gastos que se originan a ambos colectivos en los desplazamientos que se efectúen por necesidades de la empresa o permanencia fuera de su base, distintos del alojamiento y transporte no son una condición salarial, sino una condición de trabajo diferente de estas.

4.- Partiendo de lo anterior, en el caso que nos ocupa resulta: 1º que dentro de la empresa AIRNOSTRUN un colectivo en el que es mayoritaria de la presencia de mujeres percibe como compensación por los gastos que tienen que subvenir en los desplazamientos diferentes de aquellos relacionados con el transporte y el alojamiento una cantidad inferior a la que percibe por el mismo concepto otro colectivo de empleados en el que la mayor parte son hombres para afrontar los mismos gastos;

2º- que la razón de ser dicho trato diferenciado es que los dos colectivos rigen sus condiciones de trabajo a través de dos convenios colectivos diferentes, habiendo sido los dos convenios negociados por la misma empresa pero con representaciones sindicales distintas al amparo de lo previsto al respecto en la legislación española (art. 87 del E.T).

5.- Para que el trato diferenciado que hemos descrito no constituya una **discriminación** indirecta por razón de sexo, la empresa tendría que justificar, con arreglo al art. 2. 1 que su proceder obedece a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad son adecuados y necesarios, lo que la empresa funda en el respeto a lo pactado en el Convenio colectivo aplicable a cada uno de los colectivos con las organizaciones que, respectivamente, negociaron con ella en representación de los mismos con arreglo a lo dispuesto en cuanto a la legitimación para negociar convenios colectivos en la legislación nacional.

6.- No cabría ninguna duda de que nos encontraríamos ante una **discriminación** indirecta por razón de género si la diferente compensación en materia de dietas para uno y otro colectivo se hubiera establecido en un mismo texto convencional. La duda surge cuando el origen del trato diferenciado, radica en el hecho de que en la empresa se aplican como hemos expuesto dos convenios colectivos distintos negociados con diferentes interlocutores sociales, siendo de suponer que en cada proceso negocial cada representación social habrá priorizado frente a la empresa unas reclamaciones sobre otras, siendo cada Convenio el fruto de una negociación diferente en el que cada representación antepone unas reivindicaciones frente a otras.

STJUE

7.- Por eso no consideramos que la doctrina expresada en la de 8 de septiembre de 2011, asuntos acumulados C-297/10 y C-298/10, resulte de aplicación al presente caso pues en el mismo se aborda un supuesto de **discriminación** por razón edad que trae causa de la negociación de un único Convenio colectivo, no como sucede en el presente caso en que las diferentes condiciones han sido estipuladas en dos convenios diferentes con distintas representaciones de los trabajadores.

8.- Por otro lado, debemos partir de un dato que resulta significativo cual es que cuando la empresa ha negociado el Convenio del colectivo de Pilotos, ya se había suscrito el que ahora se impugna, esto es, tenía pleno conocimiento de las cantidades que en concepto de dietas se habían fijado para los TCPs.

9.- La resolución de la cuestión resulta trascendente de cara al fallo de la sentencia que debe dictarse en el presente caso, pues la existencia de una **discriminación** indirecta por razón de sexo con arreglo a la legislación nacional expuesta nos debería llevar a anular el Anexo II del Convenio colectivo por el que se rigen las relaciones laborales entre la empresa demandada y su personal de tierra y TCPs, mientras que en caso contrario, deberíamos desestimar la demanda.



10.- Procede, en consecuencia, y con carácter previo a la decisión del pleito formular las cuestiones al TJUE en los términos que se expondrán.

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

PARTE DISPOSTIVA

ACORDAMOS FORMULAR CUESTIONES PREJUDICIALES AL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, EN EL ÁMBITO DEL ARTÍCULO 267 DEL TFUE.

¿ El hecho de la empresa AIR NOSTRUM indemnice, a un colectivo como son los Tripulantes de Cabina de Pasajeros donde la mayor parte de las personas que lo integran son mujeres, los gastos que tienen que subvenir en los desplazamientos, diferentes de aquellos relacionados con el transporte y el alojamiento, con una cantidad inferior a la que percibe por el mismo concepto otro colectivo de empleados en el que la mayor parte son hombres como son los pilotos, constituye una **discriminación** indirecta por razón de sexo en las condiciones de trabajo que resulta contraria al Derecho de la Unión Europea prohibida por el art. 14.1 c) de la Directiva 2006/54, cuando la razón de dicho trato diferenciado se encuentra en que a cada colectivo se le aplica un Convenio colectivo diferente ambos negociados por la misma empresa pero con representaciones sindicales diferentes al amparo de lo previsto en el art. 87 del Estatuto de los Trabajadores ?

Elévese la cuestión al TJUE y queden suspensas las actuaciones en tanto en cuanto se reciba respuesta de la misma.

Notifíquese esta resolución a las partes a las que se comunica que contra la misma no cabe recurso alguno (artículo 161 de la Ley 36/2011, reguladora de la Jurisdicción Social).

Procédase a remitir la presente cuestión al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, secretaría del Tribunal de Justicia, Rue du Fort Niedergrünwald. L-2925 Luxemburgo.

Incorpórese el original al libro de Autos, dejando certificación del mismo en el procedimiento de su razón.

Así, lo acordamos, mandamos y firmamos.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.