

### III. OTRAS DISPOSICIONES

## MINISTERIO DE TRABAJO E INMIGRACIÓN

**6763** *Resolución de 30 de marzo de 2011, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Laudo Arbitral sobre el no acuerdo a que ha llegado la Comisión Paritaria del Convenio colectivo de tripulantes de cabinas de pasajeros de Air Europa Líneas Aéreas, SAU.*

Visto el contenido del Laudo Arbitral de fecha 29 de noviembre de 2010 dictado por don José María Marín Correa en el procedimiento de arbitraje seguido en el Servicio Interconfederal de Mediación y Arbitraje, en el no acuerdo a que ha llegado la Comisión Paritaria de Seguimiento e interpretación del Convenio Colectivo de Tripulantes de Cabinas de Pasajeros de la empresa Air Europa Líneas Aéreas, S.A.U. (código de convenio n.º 90100072032011) recogido en el acta de 15 de septiembre de 2010, y del que han sido partes, de un lado, los Sindicatos Unión Sindical Obrera (USO) y el Sindicato de Tripulantes de Cabinas de Pasajeros de Líneas Aéreas (SITCPLA) y, de otro, la empresa Air Europa S.A.U, y de conformidad con lo establecido en el artículo 91 en relación con el artículo 90, apartados 2 y 3, del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, artículo 22.1 del IV Acuerdo sobre solución extrajudicial de conflictos laborales y en el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de Convenios y acuerdos colectivos de trabajo,

Esta Dirección General de Trabajo resuelve:

Primero.—Ordenar la inscripción del citado Laudo Arbitral en el correspondiente Registro de convenios y acuerdos colectivos de trabajo con funcionamiento a través de medios electrónicos de esta Centro Directivo.

Segundo.—Disponer su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Madrid, 30 de marzo de 2011.—El Director General de Trabajo, Raúl Riesco Roche.

En la ciudad de Madrid, y en la sede del SIMA, a veintinueve de noviembre de dos mil diez, José María Marín Correa, ex Magistrado del Tribunal Supremo actuando como árbitro, en calidad de experto imparcial del SIMA, nombrado por las partes conforme al convenio arbitral por ellas suscrito en fecha veintidós de octubre de ese mismo año en el marco de las previsiones enunciadas en los artículos 4 y 7 del Acuerdo sobre Solución Extrajudicial de Conflictos Laborales (ASEC IV) pactado en 13 de enero de 2009, ha dictado el siguiente

#### LAUDO ARBITRAL

En el no acuerdo a que ha llegado la Comisión Paritaria de seguimiento e interpretación del convenio colectivo de Tripulantes de Cabinas de Pasajeros de la empresa Air Europa, (desde ahora Comisión Paritaria) recogido en acta de 15 de septiembre de 2010, en que las partes interesadas son de un lado los Sindicatos Unión Sindical Obrera (desde ahora USO) y Sindicato de Tripulantes de Cabinas de Pasajeros de Líneas Aéreas (desde ahora SITCPLA); y de otro la mencionada empresa Air Europa Líneas Aéreas SAU, (desde ahora la empresa), se hacen constar los siguientes

#### Antecedentes de hecho

Primero.—En fecha 15 de septiembre de 2010, la Comisión Paritaria celebró reunión en que no hubo acuerdo sobre el alcance o aplicación de:

A) El artículo 5.9 y anexo III del II Convenio Colectivo de la empresa con sus Tripulantes de Cabina de pasajeros (desde ahora TCP), en el concreto sentido de que la

empresa manifestó su criterio según el cual «es ilógico que en el periodo de máxima actividad de la Compañía, la mayoría de los Sobrecargos se encuentren disfrutando de Vacaciones, por lo que para el año 2011 se establecerá un cupo por función y periodo de tiempo, atendiendo al criterio de mayor producción de la Empresa».

Y B) Que en el pago de las dietas por vuelos nocturnos se atiende a la hora de salida del vuelo y no a la hora de firma para trabajar en ese vuelo, de manera que el día de la firma se computa como nacional sin pernocta y sólo el día del vuelo se computa como internacional con pernocta.

Segundo.—Las partes interesadas suscribieron compromiso de aceptación de la decisión arbitral, el día 22 de octubre de 2010, solicitando arbitraje en Derecho y designando de común acuerdo Arbitro a quien dicta el presente Laudo.

Tercero.—Una comparecencia de las partes y del Árbitro tuvo lugar el día 12 de noviembre de 2010 a las 11 horas y treinta minutos, con el resultado que consta en el acta oportunamente levantada al efecto, de la que cabe destacar que se concedió a los Sindicatos un plazo que concluía el miércoles 17 de noviembre para presentación de alegaciones, a las que la empresa podría contestar en el plazo de tres días hábiles desde que recibiera tales alegaciones.

Cuarto.—Practicadas dichas diligencias, el Árbitro las tuvo por suficientes y asimismo tuvo por abierto el plazo para dictar el presente Laudo.

De las documentaciones presentadas por las partes y demás diligencias practicadas se derivan los siguientes

### Hechos probados

Primero.—El criterio seguido hasta ahora para establecer el derecho al disfrute individual de las vacaciones en un determinado periodo se regía por un límite aritmético consistente en que no las disfrutaran simultáneamente más de un diez por ciento de los Tripulantes de Cabinas de pasajeros de plantilla en una misma base, y de que para cubrir el cupo o núcleo de disfrute se respetara la preferencia derivada de un sistema de asignación de puntos, en sentido negativo, es decir que cuantos menos se reunieran mayor preferencia se gozaba. Para el año 2011, la empresa ha confeccionado un calendario de vacaciones con aplicación del criterio según el cual «es ilógico que en el periodo de máxima actividad de la Compañía, la mayoría de los Sobrecargos se encuentren disfrutando de Vacaciones, por lo que para el año 2011 se establecerá un cupo por función y periodo de tiempo, atendiendo al criterio de mayor producción de la Empresa», a lo que se añade, según se deduce de las actuaciones, que se distinguirá entre el número de TPCs habilitados para ejercer la función de Sobrecargo (desde ahora SB) de plantilla en una misma base y el número de TPCs de plantilla en la base de que se trate, que tengan establecido el disfrute de las vacaciones para el periodo de que se trate.

Segundo.—En el cálculo del devengo y consiguiente remuneración de las dietas por vuelos nocturnos internacionales, cuando la firma se lleva a cabo, en España y en una fecha y el vuelo se inicia al día siguiente se aplica un doble criterio, de manera que se atiende a la hora de firma para trabajar en ese vuelo cuando se fija la dieta de ese día; y después se atiende a la hora de salida del vuelo para establecer la dieta del día, en que tiene lugar el vuelo (siguiente al día de la firma). Se señalaba como ejemplo que en los vuelos a Buenos Aires se firma alrededor de las veintidós horas del día víspera de salida del vuelo, que lo hace a las 0,05 horas del día siguiente. En consecuencia, la empresa por el tiempo correspondiente al día de la firma abona una dieta nacional sin pernocta, y por el día de inicio del vuelo abona la dieta internacional con pernocta. Pero la realidad actual consiste en que el mencionado vuelo es iniciado a las 23 horas 55 minutos del mismo día en que se produce la firma alrededor de las 22 horas, con lo que la empresa satisface dieta internacional con pernocta correspondiente al día de la firma, coincidente con el del inicio del vuelo, y dieta internacional con pernocta correspondiente al día de llegada con permanencia en el extranjero.

A tales hechos deben ser aplicados los siguientes

### Fundamentos jurídicos

Primero.—Los hechos probados se deducen de la exposición efectuada en los respectivos escritos de alegaciones finales presentados por cada uno de los dos Sindicatos accionantes y del escrito de contestación a sus alegaciones presentado por la empresa, que matizan los escritos iniciales y las exposiciones orales efectuadas en la comparecencia celebrada el día 12 del presente mes, en el sentido de que ahora se hace coincidir el día de la firma con el día de salida del vuelo hacia Buenos Aires.

Las alegaciones de la empresa en el sentido de que el sistema seguido hasta ahora no puede entenderse como originario o causante de una condición más beneficiosa, patentizan la realidad de que hasta ahora los «cupos» de disfrute de vacaciones se establecían siguiendo el criterio que exponen los Sindicatos.

Segundo.—Con arreglo a la letra y a la interpretación judicial que ha merecido el art. 151 de la LPL, hay que afirmar que este litigio —en la instancia referida al calendario de vacaciones— es un conflicto colectivo, porque afecta a un grupo homogéneo de trabajadores compuesto por los tripulantes de cabina de pasajeros al servicio de la compañía Air Europa, y que aquí instan el establecimiento de un límite a determinadas facultades de la empresa, en orden a la confección del calendario anual de vacaciones. Esta materia concreta aparece calificada como propia de un conflicto colectivo, entre otras, en la STS de 17 de julio de 2008, que resuelve el Recurso de Casación núm. 152/2007, porque se está conociendo de un conflicto que afecta a intereses generales de un grupo genérico de trabajadores.

Tercero.—En cuanto al reconocimiento de un derecho, que después podrá ser establecido respecto de cada uno de los trabajadores afectados, consistente en devengar de un modo concreto las dietas correspondientes a los dos días consecutivos que son abarcados por determinados vuelos internacionales, en los que concurre la circunstancia de que la firma del vuelo tiene lugar el mismo día de inicio del vuelo, cuya conclusión tiene lugar al día siguiente, es claro que hay un conjunto homogéneo de trabajadores afectados, un interés genérico predicable de cada uno de ellos, y una misma razón y causa de pedir, que es el precepto concreto del Convenio colectivo que rige el devengo de las dietas en vuelos internacionales.

Cuarto.—Desde un primer momento hay que poner de relieve la circunstancia consistente en que las partes han solicitado un Arbitraje «en Derecho» y no de equidad, porque ello obliga a decidir con arreglo a las normas vigentes y no a las que pudieran ser deseables en aras de un criterio más acorde con la realidad a contemplar.

Quinto.—La primera cuestión planteada ha de resolverse con atención a la letra y el alcance de la previsión del art. 5.9 del Convenio colectivo vigente, (II Convenio colectivo de tripulantes de cabina de pasajeros de Air Europa Líneas Aéreas, S.A.U. publicado por Resolución de 7 de enero de 2009, de la Dirección General de Trabajo) y consiste en si la empresa puede, o no, negar el disfrute de las vacaciones anuales, en un determinado periodo, a sus Tripulantes de Cabina de Pasajeros (desde ahora TPCs), habilitados para ejercer las funciones de Sobrecargo (desde ahora SB en singular y SBs en plural) cuando el 10% de esos concretos TPCs, es decir los habilitados para ejercer las funciones de SB, destinados en una misma base, ya tengan asignado el periodo de que se trate para el disfrute del descanso anual. Y a este respecto hay que partir de que el precepto convencional aludido reza literalmente como sigue: «La empresa podrá denegar vacaciones siempre que estén disfrutando un 10% de la plantilla por día y base», términos que evidencian la voluntad de las partes negociadoras del convenio colectivo consistente en autorizar a la empresa para negar el disfrute simultáneo de las vacaciones a quienes superen el 10% de la plantilla de TPCs de una misma base, lo que tiene su inmediato reflejo en la ordenación de preferencias para elegir un determinado periodo de disfrute de vacaciones, con la consecuencia de que si quienes gozan de preferencia para optar, ya han completado ese porcentaje, la empresa puede negar a quienes con preferencia menor (según un cómputo de puntos por nadie cuestionado) soliciten el disfrute en el mismo periodo. A este respecto

no cabe interpretar la expresión «podrá» como una facultad, sino como una restricción. Es usual en normas laborales la utilización del verbo «poder» para encauzar el ejercicio de un derecho, y es paradigmático al respecto la tradicional redacción del art. 103.1 de la Ley de Procedimiento Laboral, que sigue a todos sus antecedentes normativos y que es seguido por otros análogos, cuando dispone que el trabajador «podrá reclamar contra el despido dentro de los veinte días hábiles siguientes...», términos con los que está ratificando nada menos que la caducidad de la acción de despido si es ejercida más tarde del plazo establecido. De ahí se deduce que hay que entender que una cláusula del convenio colectivo cuando establece que la empresa «podrá» negar el disfrute de las vacaciones a determinados trabajadores, cuando concurra la circunstancia allí identificada, habilita a la empresa para tal negativa, pero se la está impidiendo cuando la circunstancia no concurra. En definitiva viene a conferir a la empresa una causa eficaz para oponerse a cualquier demanda que, al amparo del párrafo segundo del núm. 2 del art. 38 del ET, instara el disfrute de las vacaciones en un periodo en que ya un 10% de la plantilla de la base a la que pertenezca el trabajador tuviera reconocido el derecho a tal disfrute, si los componentes del porcentaje pactado gozaran de preferencia sobre el demandante, en los términos previstos por el anexo III del propio Convenio colectivo. Si no concurriera esa circunstancia, la empresa no vería amparada su negativa en el precepto del Convenio colectivo que es analizado.

Sexto.—Conviene señalar que hay convenios colectivos que someten a la empresa a otras condiciones en el ejercicio de la facultad de confeccionar el calendario de disfrute de vacaciones, y así la STS de 5 de junio 2009 (Recurso de Casación núm. 90/2008) contempla el supuesto en que el convenio colectivo ha establecido que el calendario de vacaciones sea negociado con los representantes de los trabajadores, y anula el que ha sido confeccionado unilateralmente por la empresa.

Séptimo.—Lo antes razonado tiene el significado de que el art. 5.9 del Convenio Colectivo hace referencia al establecimiento individualizado de la fecha de disfrute de vacaciones anuales y ello porque la letra del precepto es terminante a ese respecto. No se dirige a ordenar la confección del calendario anual de vacaciones, función que, como es sabido y se refleja en la STS arriba citada, viene encomendada a la empresa por el núm. 3 del art. 38 del Estatuto de los Trabajadores (texto refundido aprobado por el Real Decreto legislativo de 24 de marzo, núm. 1 de 1995), que no contiene limitación alguna a esta facultad; pero cuyo ejercicio ha de entenderse condicionado por el mismo precepto cuando previene que sea el acuerdo individual entre empresa y trabajador el cauce para fijar el periodo de disfrute del descanso anual, y, en caso de no alcanzar resultado, encomienda al Juez dirimir la discordia.

Octavo.—De lo expuesto hasta el momento se deduce que en la discordia a decidir aparecen entremezcladas dos materias ciertamente referidas al disfrute de vacaciones anuales por parte de los trabajadores; pero que tienen y merecen distintos tratamientos normativos. En efecto, la cláusula del convenio colectivo regula la concesión o la negativa del disfrute de las vacaciones por parte de la empresa en supuesto individual. El conflicto se plantea porque la empresa ha confeccionado un calendario de vacaciones en que se niega anticipadamente el disfrute a cuantos trabajadores queden, en cada periodo de disfrute fuera del «cupó» establecido mediante ese calendario; «cupó» que desconoce la limitación establecida por el precepto del convenio colectivo. Sin embargo, no aparece en el planteamiento del conflicto sometido a arbitraje, ni tampoco en el suplico de los escritos de alegaciones, que se declare la nulidad del calendario así confeccionado por la empresa. Esta realidad, diríamos que procesal, no impide que el laudo decida sobre lo solicitado y resistido respectivamente por las partes, y que, si llega el caso, pueda oponerse a la realización práctica del calendario de la empresa, la aplicación del convenio colectivo en los términos aquí interpretados.

Noveno.—Otra discordia procesal consiste en la identificación del término «plantilla» a estos efectos. La empresa entiende que hay que referirlo a la constituida en una misma base por los TPCs habilitados para ejercer las funciones de SB, y los Sindicatos actores entienden que se trata de la constituida por todos los TPCs destinados en una misma

base. Para ello la empresa no aduce razones jurídicas o normativas, sino un argumento de racionalidad productiva, o si se quiere simplemente de lógica empresarial. Consta en el acta de la sesión de la Comisión Paritaria del Convenio colectivo, de 15 de Septiembre, que la empresa manifiesta: «es ilógico que el periodo de máxima actividad de la cía. La mayoría de los sobre cargos se encuentren disfrutando de Vacaciones, por lo que para el año 2011 se establecerá un cupo por función y periodo de tiempo, atendiendo al criterio de mayor producción de la Empresa». Y en efecto, la empresa ha confeccionado el calendario de vacaciones para el año 2011 y para los TPCs con tal criterio.

Décimo.—Por el contrario a lo largo del precepto del Convenio Colectivo que regula esta materia no se hace diferenciación ninguna dentro de los TPCs según que estén, o no, habilitados para ejercer las funciones SB. En toda la larga y detallada redacción de este artículo no hay mención o alusión, tácita o expresa, a las funciones de SB como circunstancia que deba influir o ser atendida en el señalamiento de preferencias para elegir periodo de disfrute de la vacación anual, o para condicionar o restringir esa opción.

Undécimo.—La consecuencia jurídica no puede ser otra sino la estimación de la pretensión actora en este contenido del suplico, si bien para mayor claridad se redactará la decisión con respeto a la letra del precepto convencional de aplicación, o sea estableciendo el contenido de la facultad que en dicho precepto se confiere a la empresa, para limitar el disfrute simultáneo de las vacaciones a los TPCs. Y, por supuesto, sin apoyo alguno en los antecedentes de años anteriores, que hipotéticamente, pudieran haber dado lugar a una supuesta o real condición más beneficiosa, que la empresa niega, pero que no ha sido alegada como fundamento de esta pretensión.

Duodécimo.—Tal decisión no puede entenderse enfrentada con la lógica ni con la realidad, como pretende argumentar el escrito de alegaciones de la empresa. No se opone a la lógica porque es natural un límite al número de trabajadores de una misma categoría y base de destino que disfruten simultáneamente sus vacaciones anuales, cuando la empresa mantiene su actividad; pero las partes negociadoras del convenio colectivo acordaron que ese límite fuera establecido en el 10% de la plantilla de la base; y tal decisión de la negociación colectiva, que viene amparada por el art. 37 de la Constitución y por el 83 del ET, no puede ser alterada de manera unilateral por una de las partes negociadoras, ni directa ni indirectamente. En cuanto a la realidad de que el referente para establecer el 10% límite del precepto del convenio colectivo, sea la totalidad de la plantilla de TPCs de una base, sin distinguir entre ellos en razón a que estén o no, habilitados para ejercer las funciones de SB, es consecuencia de la decisión establecida por los Tribunales y en cuanto a los aquí litigantes por un laudo firme anterior, que niega la existencia de dos categorías profesionales cuando se trata de una y única categoría la de los TPCs, estén, o no, habilitados para ejercer las funciones de SB. En cuanto a que se trate de una condición de imposible cumplimiento la realidad pretérita ha demostrado que la aplicación del precepto pactado en los términos en que aquí solicitan los sindicatos es posible.

Decimotercero.—La segunda materia litigiosa consiste en la calificación de la dieta devengada cuando el día de la firma antecede al día de inicio del vuelo internacional, cuestión que, según se deduce de los escritos de alegaciones de los dos Sindicatos actores y del de contestación de la empresa, pudiera hoy no tener contenido porque en la actualidad el vuelo internacional puesto como ejemplo es iniciado el mismo día de la firma, con lo que da lugar a que tanto ese día de la firma como el día siguiente del vuelo se devengue dieta internacional con pernocta. Pero hay que tener en cuenta que si los trabajadores tenían derecho al devengo de una dieta internacional con pernocta por el día de la firma, cuando era anterior al de inicio del vuelo internacional, la habrían devengado durante el periodo en que así sucedía y ahora merecen la respuesta jurídica solicitada mediante este arbitraje.

Decimocuarto.—Según la doctrina común, derivada de la letra de los arts. 26.2 y 40.4 del ET, las dietas son indemnizaciones alzadas que percibe el trabajador para cubrir su manutención cuando por razón del trabajo tiene que desplazarse fuera de la localidad de su domicilio habitual, de manera que esta indemnización no es compensable con mejoras o conceptos salariales, cuya finalidad es la retribución del trabajo realizado por cuenta ajena. La consecuencia más directa de su naturaleza y de su finalidad es que debe

responder a la realidad del desplazamiento que la origina y a la necesidad atendida mediante su devengo. Por tanto es lógico que se anticipe el cómputo de la jornada protegida por la dieta a la hora real en que el trabajador queda a disposición de su empresa, y así es la hora de «la firma» y no la del inicio del vuelo la que constituye el comienzo del devengo. Ahora bien, cuando el día en que se inicia y se concluye ese devengo, ha transcurrido en territorio nacional no cabe calificar la dieta como con pernocta en el extranjero, únicamente porque la firma se corresponde con un vuelo internacional, puesto que no ha habido desplazamiento a territorio de otro Estado, ni la necesidad de efectuar algún desembolso ha tenido lugar fuera de España.

A este respecto, el art. 6.2.7 del convenio colectivo previene que la dieta se generará con pernocta cuando se pase la noche como periodo de descanso fuera de la base del tripulante, y es claro que quien firma alrededor de las 22 horas y permanece en la base hasta después de las 24 horas del mismo día, ni lo ha hecho fuera de su base ni como periodo de descanso. Por otra parte el propio precepto determina que la dieta será con pernocta internacional, si se pernocta en territorio extranjero, lo que es predicable de la noche siguiente a la realización del vuelo a Buenos Aires, pero no a las horas del propio día de la firma llevada a cabo en España.

En virtud de lo expuesto, y resolviendo el arbitraje planteado

*Decido*

Que estimando en parte la pretensión del Sindicato de Tripulantes de Cabinas de Pasajeros de Líneas Aéreas y del Sindicato Unión Sindical Obrera, y en interpretación del art. 5.9 del vigente convenio colectivo entre los Tripulantes de Cabina de Pasajeros y la empresa Air Europa Líneas Aéreas, S.A.U. declaro que la facultad conferida a la empresa para negar el disfrute de vacaciones un Tripulante de Cabina de Pasajeros porque en el periodo en que lo solicite ya lo estén disfrutando (o reconocido su disfrute) un 10% de Tripulantes de Cabina de Pasajeros destinados en la misma Base, debe entenderse referida a la plantilla de Tripulantes de Cabina de Pasajeros de la misma base, sin distinción alguna. Y desestimando en parte la pretensión ejercitada debo declarar y declaro que la dieta devengada desde la firma para un vuelo al extranjero que se inicia al día siguiente del de la firma, de manera que durante las horas del día de la firma el Tripulante de Cabina de Pasajeros ha permanecido en territorio español, debe ser dieta nacional sin pernocta.

Notifíquese a las partes y comuníquese a la Autoridad Laboral que acordó la publicación en el «BOE» del Convenio de que se trata, a los efectos legales procedentes.

Se advierte a las partes que contra este Laudo cabe el recurso de anulación a que se refiere el art. 22.3 del ASEC IV, en el plazo de treinta días, a actuar ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, mediante escrito con intervención de Letrado, y por los motivos enunciados en el mencionado art. 22.3 del ASEC IV, a saber porque el árbitro se haya excedido de su competencia resolviendo cuestiones ajenas al compromiso arbitral, o porque haya vulnerado notoriamente los principios que han de animar el procedimiento arbitral, o porque haya rebasado el plazo para dictar resolución, o porque el Laudo contradiga normas constitucionales o legales.

Así por este Laudo lo pronuncio, mando y firmo.