

# Documento TOL7.489.150

## Jurisprudencia

**Cabecera:** Resulta discriminatorio para los controladores aéreos que no se les compute como horas efectivamente trabajadas el tiempo de suspensión del contrato por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo de lactancia, adopción o acogimiento, a efectos del devengo del CPAV.

**Jurisdicción:** Social

**Ponente:** [María Luisa Segoviano Astaburuaga](#)

**Origen:** Tribunal Supremo

**Fecha:** 16/07/2019

**Tipo resolución:** Sentencia

**Sala:** Cuarta

**Sección:** Primera

**Número Sentencia:** 589/2019

**Número Recurso:** 69/2018

**Numroj:** STS 2778:2019

**Ecli:** ES:TS:2019:2778

### ENCABEZAMIENTO:

CASACION núm.: 69/2018

Ponente: Excma. Sra. D.<sup>a</sup> Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Escudero Cinca

### TRIBUNAL SUPREMO

#### Sala de lo Social

#### Sentencia núm. 589/2019

Excmo. Sr. y Excmas. Sras.

D. Jesus Gullon Rodriguez, presidente

D.<sup>a</sup>. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

D.<sup>a</sup>. Rosa María Virolés Piñol

D.<sup>a</sup>. Maria Lourdes Arastey Sahun

D.<sup>a</sup>. Maria Luz Garcia Paredes

En Madrid, a 16 de julio de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso de Casación interpuesto por la letrada D.<sup>a</sup> Yolanda Borràs Ferre, en nombre y representación de la UNIÓN SINDICAL DE CONTROLADORES AÉREOS, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de fecha 22 de enero de 2018 , numero de

procedimiento 328/2017, en actuaciones seguidas en virtud de demanda a instancia de la UNIÓN SINDICAL DE CONTROLADORES AÉREOS contra la Entidad Pública Empresarial ENAIRE, debiendo ser parte el MINISTERIO FISCAL, sobre Conflicto Colectivo.

Han comparecido en concepto de recurridos la empresa ENAIRE y el MINISTERIO FISCAL.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Maria Luisa Segoviano Astaburuaga.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO:**

**PRIMERO.** - Por la representación de la UNIÓN SINDICAL DE CONTROLADORES AÉREOS (USCA) se presentó demanda de conflicto colectivo de la que conoció la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional y en la que, tras exponer los hechos y motivos que estimaron de aplicación, se terminó por suplicar se dicte sentencia por la que se declare: "Contraria a derecho la práctica empresarial consistente en no computar como horas efectivamente trabajadas a los efectos de devengo del Complemento Personal de Adaptación Variable las ausencias al servicio de los controladores aéreos por causa de maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia, adopción o acogimiento, declarando el derecho de los afectados al abono de las diferencias retributivas que de ello se deriven".

**SEGUNDO** .- Admitida a trámite la demanda se celebró el acto del juicio, con la intervención de las partes y el resultado que se refleja en el acta que obra unida a las actuaciones. Recibido el pleito a prueba se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

**TERCERO** .- Con fecha 22 de enero de 2018 se dictó sentencia por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en la que consta el siguiente fallo: "Previa desestimación de la excepción de inadecuación de procedimiento, desestimamos la demanda deducida por USCA frente a ENAIRE a la que absolvemos de los pedimentos contenidos en la misma".

**CUARTO** .- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: " **PRIMERO** .- El pasado 9 de marzo de 2011, se publicó en el Boletín Oficial del Estado el Laudo Arbitral de fecha 27 de febrero de 2011 dictado por don Manuel Pimentel Siles, por el que se establece el texto del II convenio colectivo profesional de los controladores de tránsito aéreo en la Entidad Pública Empresarial Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA), actualmente ENAIRE. Mediante Acuerdo entre las partes negociadoras de 17.12.2015 (BOE N° 18 DE 21.01.2016) se amplió la vigencia del referido Convenio hasta 31.12.2020.- conforme-.

**SEGUNDO** .- El artículo 124 bis del Convenio establece la estructura salarial de los controladores de tránsito aéreo (CTA) INCLUYENDO un concepto de naturaleza variable sobre cuya interpretación y aplicación va a versar esta demanda, a saber, el Complemento Personal no absorbible de adaptación a la nueva jornada de carácter variable (CPAV), que se regula en el art.141.1.3 bis, el art. 47 regula la "contabilidad de las horas de la jornada laboral".- conforme-

**TERCERO**.- A efectos de cálculo de la jornada laboral acreditada por cada trabajador para el cálculo del CPAV la Empresa considera las situaciones de maternidad, paternidad, riesgo en el embarazo o riesgo en la lactancia, adopción o acogimiento como ausencias al trabajo. Por tanto, durante esas situaciones NO se genera derecho a la percepción del Complemento Personal de Adaptación Variable, por lo que la cuantía del mismo experimenta una reducción, mediante un reajuste proporcional al número de días naturales que han perdurado aquéllas. Consecuencia de ello es que los controladores aéreos de ENAIRE que ejercen sus deberes parentales (maternidad, paternidad, riesgo en el embarazo o riesgo en la lactancia, adopción o acogimiento) y que, por tanto, ven suspendida su actividad laboral por disfrutar de los permisos correspondientes, no devengan cantidad alguna por el referido CPAV durante dichos períodos y sólo lo comienzan a devengar de nuevo a partir al mes inmediatamente posterior a su reingreso y en función de los servicios laborales efectivamente prestados a partir de tal reincorporación.- conforme-.

**CUARTO** .- El día 17-10-2017 se trató en la Comisión de Interpretación, Vigilancia, conciliación y Arbitraje (CIVCA) del Convenio la cuestión sobre la que versa el presente conflicto, no lográndose acuerdo en su seno- descriptor 3-".

**QUINTO** .- Contra dicha resolución se interpuso recurso de casación por la representación de la UNIÓN SINDICAL DE CONTROLADORES AÉREOS, siendo admitido a trámite por esta Sala.

**SEXTO** .- Impugnado el recurso por las partes personadas ENAIRE y MINISTERIO FISCAL y, evacuado por el Ministerio Fiscal el traslado conferido, se emitió informe en el sentido de considerar improcedente el recurso, e instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 16 de julio de 2019, en que tuvo lugar.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO:**

**PRIMERO.** - El 20 de octubre de 2017 se presentó demanda de CONFLICTO COLECTIVO por D. Juan Antonio , en su condición de Presidente de la UNIÓN SINDICAL DE CONTROLADORES AÉREOS -USCA-, ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional frente a ENAIRE, interesando sea parte EL MINISTERIO FISCAL, solicitando se dicte sentencia por la que se declare:

"Contraria a derecho la práctica empresarial consistente en no computar como horas efectivamente trabajadas a los efectos de devengo del Complemento Personal de Adaptación Variable las ausencias al servicio de los controladores aéreos por causa de maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia, adopción o acogimiento, declarando el derecho de los afectados al abono de las diferencias retributivas que de ello se deriven".

**SEGUNDO.** - Por la mencionada Sala de lo Social se dictó sentencia el 22 de enero de 2018 , en el procedimiento número 328/2017, cuyo fallo es del siguiente tenor literal:

"Previa desestimación de la excepción de inadecuación de procedimiento, desestimamos la demanda deducida por USCA frente a ENAIRE a la que absolvemos de los pedimentos contenidos en la misma".

**TERCERO. - 1.-** Por la letrada Doña Yolanda Borrás Ferre, en representación de la UNIÓN SINDICAL DE CONTROLADORES AÉREOS -USCA-, se interpone el presente recurso de casación contra dicha sentencia, alegando que lo fundamenta en dos motivos, aunque en realidad son tres, si bien uno de ellos se ha formulado con carácter subsidiario.

Con amparo en el artículo 207 c) de la LRJS , denuncia la parte recurrente, en el primer motivo del recurso, infracción por inaplicación del artículo 85.6 y del 96.1 de la LRJS .

Subsidiariamente, al amparo del artículo 207 d) de la LRJS , interesa la adición de un nuevo apartado al hecho probado tercero.

Con amparo procesal en el artículo 207 e) de la LRJS denuncia, en el enumerado como segundo motivo del recurso, infracción del artículo 47.2 del II Convenio Colectivo de los controladores de tránsito aéreo en ENAIRE, en relación con el artículo 141.1.3 bis del propio Convenio, inaplicación de los artículos 15 y 16 de la Directiva 2006/54 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006 , del artículo 14 de la Constitución Española , de los artículos 3 , 6 y 8 de la LO 3/2007, de 22 de marzo, de Igualdad efectiva de mujeres y hombres, de los artículos 4.2 c ), 17 y 48.4 del ET . Inaplicación de la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, sentencias de 10 de enero de 2017, recurso 283/2015 y 27 de mayo de 2015, recurso 103/2014

**2.-** El recurso ha sido impugnado por el Abogado del Estado, en representación de la Entidad Pública ENAIRE, proponiendo el Ministerio Fiscal que se declare la improcedencia del recurso.

**CUARTO.-** Procede, en primer lugar, examinar las alegaciones formuladas por el Abogado del Estado, en representación de la Entidad Pública ENAIRE, respecto a la inadmisión del recurso de casación.

Alega la recurrida que el recurso ha de ser inadmitido ya que incluye las mismas cuestiones que fueron aducidas en la instancia, reiterando y manteniendo los mismos argumentos que adujo en la instancia.

No se aprecia la alegada causa de inadmisión ya que el recurrente ha desarrollado los motivos del recurso interpuesto con correcto amparo procesal, alegando los preceptos que entiende vulnerados y en la forma en que lo han sido, sin que tal forma de proceder constituya una mera reiteración de lo ya alegado, sino el

fundamento del recurso, debiendo además señalarse que en el recurso no cabe introducir cuestiones distintas a las planteadas en la instancia ya que no se admite la alegación de "cuestiones nuevas".

Como segunda causa de inadmisión aduce el recurrente que, en contra de una reiterada y constante jurisprudencia, el recurso pretende alterar la interpretación objetiva e imparcial del convenio colectivo efectuada por la sentencia de instancia y sustituirla por la suya propia, lo que no es admisible en casación.

La doctrina de esta Sala sobre la interpretación de los Convenios Colectivos y otros acuerdos, doctrina que, tal y como nos recuerda la sentencia de 17 de septiembre de 2013, recurso 92/2013 , reproducida, entre otras, en nuestras sentencias de 23 de septiembre y 11 de noviembre de 2010 ( Rec. 206/2009 y 23/2010 ) y 22 de enero de 2013 (Rec. 60/2012 ) dice: "Recordábamos en la STS de 15 de abril de 2010 (rec. 52/09 ) que el primer canon hermenéutico en la exégesis del convenio colectivo es el sentido propio de sus palabras -la literalidad de sus cláusulas- ( arts. 3.1 y 1281 del Código Civil ).- No obstante, "la interpretación de la normas contenidas en los convenios colectivos ha de combinar los criterios de orden lógico, finístico, gramatical e histórico, junto con el principal de atender a la intención de los contratantes, pues la prevalencia del componente gramatical, en tanto que expresivo -en principio- de la voluntad de las partes, ha de ceder ante interpretaciones lógicas que pongan de manifiesto la discordancia entre la literalidad y la presumible voluntad de los pactantes" (así, STS de 27 de enero de 2009 -rec. 2407/2007 - que cita sentencias anteriores)". "A su vez, en la Sentencia de 18 de Mayo de 2010 (rec. 171/09 ) argumentábamos: <<.....como reiteradamente ha señalado esta Sala del Tribunal Supremo -entre otras, STS de 27 de abril de 2001 (rec. 3538/2000 ) , es doctrina constante de este Tribunal (sentencias de 12 de noviembre de 1993 , 3 de febrero y 21 de julio de 2000, con cita de igual doctrina de la Sala Primera ) "que la interpretación de los contratos y demás negocios jurídicos es facultad privativa de los Tribunales de Instancia, cuyo criterio, como más objetivo, ha de prevalecer sobre el del recurrente, salvo que aquella interpretación no sea racional ni lógica o ponga de manifiesto la notoria infracción de alguna de las normas que regulan la exégesis contractual". A ello añade la sentencia de esta Sala de 20 de marzo de 1997 (recurso 3588/96 ) , matiza "que en materia de interpretación de cláusulas de convenios y acuerdos colectivos, en cuyo esclarecimiento se combinan las reglas de interpretación de las normas con las de la interpretación de los contratos, debe atribuirse un amplio margen de apreciación a los órganos jurisdiccionales de instancia, ante los que se ha desarrollado la actividad probatoria relativa a la voluntad de las partes y a los hechos concomitantes" De La misma resulta no que no quepa en casación examinar la interpretación que del convenio colectivo ha efectuado el órgano de instancia, sino que tal examen ha de efectuarse en los términos anteriormente expuestos".

Por otro lado hay que poner de relieve que en el recurso no se está cuestionando la interpretación del Convenio efectuada por el órgano de instancia sino la práctica empresarial consistente en no computar como horas efectivamente trabajada, a los efectos de devengo del Complemento Personal de Adaptación Variable, la no prestación de servicios de los controladores aéreos por causa de maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia, adopción o acogimiento.

Por último señala como causa de inadmisibilidad el incumplimiento manifiesto e insubsanable de los requisitos para recurrir, en particular la debida corrección técnica del motivo del recurso ya que mixtifica y omite los requisitos técnicos de dos motivos, o submotivos, que son de distinta naturaleza, como los amparados en las letras c ) y d) del artículo 207 de la LRJS .

Es cierto que el recurrente ha formulado como submotivo del recurso, al amparo del artículo 207 d) de la LRJS , lo que debió ser un motivo independiente pero tal defecto formal no conduce a la inadmisión del recurso, como pretende la recurrida, sin perjuicio de la suerte que haya de correr la resolución de los distintos motivos del recurso.

**QUINTO. - 1 .-** Para una recta comprensión de la cuestión debatida hay que partir de los siguientes datos, obtenidos de la sentencia impugnada:

Primero: El pasado 9 de marzo de 2011, se publicó en el Boletín Oficial del Estado el Laudo Arbitral de fecha 27 de febrero de 2011, por el que se establece el texto del II Convenio Colectivo profesional de los controladores de tránsito aéreo en la Entidad Pública Empresarial Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA), actualmente ENAIRE.

Segundo: Mediante Acuerdo entre las partes negociadoras de 17.12.2015 (BOE N° 18 DE 21.01.2016) se amplió la vigencia del referido Convenio hasta 31.12.2020.

Tercero: El artículo 124 bis del Convenio establece los conceptos retributivos, entre los que se encuentra, dentro de los complementos, el complemento personal no absorbible de adaptación a la nueva jornada, apartado 2.1.3 a), siendo un complemento de naturaleza salarial, derivado de la Ley 9/2010 de 14 de abril

Cuarto: El artículo 141 bis regula el complemento personal no absorbible de adaptación a la nueva jornada disponiendo que consta de tres componentes, uno de carácter fijo, otro general y un tercero variable.

Respecto a este último dispone:

"1.3 Complemento Personal de Adaptación Variable.

2.- Este complemento será de aplicación a los CTA operativos, que ingresaron en Aena, antes de la fecha de publicación del Real Decreto-ley 1/2010, de 5 de febrero, siempre que se encuentren desempeñando un puesto de trabajo operativo.

No obstante, a los solos efectos previstos en el párrafo precedente, se considerará a los Técnicos de Control de Afluencia y Jefes de Sala, teniendo en cuenta el régimen de jornada a turnos de ambos puestos de trabajo, como si desempeñaran puestos operativos, siéndoles de aplicación el mismo régimen de regulación de dicho complemento

1. Su cuantía será proporcional al incremento de jornada real que realicen al año de conformidad con el artículo 47 frente a la regulada en el ICCP que ascendía a 1.200 horas. Las que excedan de esta cifra se abonarán a valor de hora ordinaria con los criterios señalados con anterioridad".

Quinto: El artículo 47 del Convenio establece:

"Contabilidad de las horas de la jornada laboral

En relación con los periodos de actividad aeronáutica, solo se computaran las horas realizadas en las tareas que la normativa vigente considere como tal. La contabilidad de las horas de la jornada laboral se realizará según se expone a continuación, salvo en aquellos casos en que el presente convenio contemple otros supuestos diferentes de cómputo en materia de jornada.

La contabilidad de las horas de la jornada laboral se realizará según se expone a continuación:

1.- Se contabilizarán las horas programadas y realizadas.

2.- Se contabilizarán las horas correspondientes a las faltas al servicio por enfermedad, incapacidad temporal, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural de un menor de nueve meses y adopción o acogimiento, en los supuestos contemplados en este Convenio, así como, permisos oficiales o pactados o cualquier otro motivo de los previstos en este Convenio. En ausencia de programación, se computará la media de Las horas programadas a otros CTA en su dependencia, en puestos de trabajo similares, en idéntico período de tiempo y en igualdad de condiciones".

Sexto: A efectos de cálculo de la jornada laboral acreditada por cada trabajador para el cálculo del CPAV la Empresa considera las situaciones de maternidad, paternidad, riesgo en el embarazo o riesgo en la lactancia, adopción o acogimiento como ausencias al trabajo. Por tanto, durante esas situaciones no se genera derecho a la percepción del Complemento Personal de Adaptación Variable, por lo que la cuantía del mismo experimenta una reducción, mediante un reajuste proporcional al número de días naturales que han perdurado aquéllas.

Séptimo: Los controladores aéreos de ENAIRE que ejercen sus deberes parentales (maternidad, paternidad, riesgo en el embarazo o riesgo en la lactancia, adopción o acogimiento) y que, por tanto, ven

suspendida su actividad laboral por disfrutar de los permisos correspondientes, no devengan cantidad alguna por el referido CPAV durante dichos períodos y sólo lo comienzan a devengar de nuevo a partir al mes inmediatamente posterior a su reingreso y en función de los servicios laborales efectivamente prestados a partir de tal reincorporación.

**SEXTO.- 1.-** Con amparo en el artículo 207 c) de la LRJS , denuncia la parte recurrente, en el primer motivo del recurso, infracción por inaplicación del artículo 85.6 y del 96.1 de la LRJS .

En esencia el recurrente alega que la Sala de instancia no ha tenido en consideración, a la hora de enjuiciar el asunto, los hechos que han sido conformes entre las partes, de una manera expresa mediante la fijación de los hechos no controvertidos y, de una manera tácita, por aplicación de las normas sobre inversión de la carga de la prueba establecidas en el artículo 96.1 de la LRJS , ya que se invocó infracción de un derecho fundamental, en concreto del artículo 14 de la Constitución .

Aduce que quedó acreditado que ENAIRE excluye del cómputo de la jornada anual, en orden a calcular el importe del CPAV, los días de trabajo correspondientes a los periodos en los que las controladoras aéreas disfrutaban del descanso obligatorio por maternidad (seis semanas) o riesgo en el embarazo o riesgo en la lactancia natural, o los controladores aéreos en general disfrutaban de cualquiera de los permisos parentales previstos legalmente (maternidad, paternidad, adopción o acogimiento), por lo que perciben al final del año un importe inferior al resto de los controladores aéreos que no han estado en ninguna de estas situaciones. Sin embargo la sentencia concluye en el Fundamento de Derecho quinto afirmando que no se ha acreditado en modo alguno que exista una merma en las retribuciones de los CTAS que se incorporan a su puesto de trabajo una vez finalizados los descansos parentales respecto de las de aquellos trabajadores que no han causado tales situaciones de suspensión de su contrato de trabajo.

**2.-** La censura jurídica formulada no ha de tener favorable acogida. A este respecto hay que señalar que en el relato de hechos probados se consignan los mismos hechos alegados por la parte actora en su demanda, en concreto, el ordinal tercero del relato de probanza es idéntico al hecho tercero alegado por el actor en su demanda, que es precisamente en el que se sustenta esta.

El Fundamento de derecho quinto es una valoración jurídica que extrae el juzgador de instancia de los hechos declarados probados, por lo que no es un hecho probado, ni dicha valoración vincula a esta Sala que, partiendo del relato de hechos probados, puede alcanzar la misma o distinta conclusión que la obtenida por la Sala de instancia.

**3.-** Por todo lo razonado este motivo ha de ser desestimado, sin que proceda declarar la nulidad de la sentencia dictada, tal y como había interesado la parte recurrente.

**SÉPTIMO.- 1.-** Con carácter subsidiario, al amparo del artículo 207 d) de la LRJS , interesa la adición de un nuevo apartado al hecho probado tercero.

Interesa que el hecho tenga la siguiente redacción:

"**TERCERO.-** A efectos de cálculo de la jornada laboral acreditada por cada trabajador para el cálculo del CPAV la Empresa considera las situaciones de maternidad, paternidad, riesgo en el embarazo o riesgo en la lactancia, adopción o acogimiento como ausencias al trabajo. Por tanto, durante esas situaciones NO se genera derecho a la percepción del Complemento Personal de Adaptación Variable, por lo que la cuantía del mismo experimenta una reducción, mediante un reajuste proporcional al número de días naturales que han perdurado aquéllas.

Consecuencia de ello es que los controladores aéreos de ENAIRE que ejercen sus deberes parentales (maternidad, paternidad, riesgo en el embarazo o riesgo en la lactancia, adopción o acogimiento) y que, por tanto, ven suspendida su actividad laboral por disfrutar de los permisos correspondientes, no devengan cantidad alguna por el referido CPAV durante dichos períodos y sólo lo comienzan a devengar de nuevo a partir al mes inmediatamente posterior a su reingreso y en función de los servicios, situación que constituye una merma de sus retribuciones respecto de las de aquellos trabajadores que no han causado tales situaciones de suspensión de su contrato de trabajo. conforme-.

2.- Tal y como nos recuerda la sentencia de esta Sala de 19 de diciembre de 2013, recurso 37/2013 : "Requisitos generales de toda revisión fáctica .- Con carácter previo al examen de la variación del relato de hechos probados que el recurso propone, han de recordarse las líneas básicas de nuestra doctrina al respecto. Con carácter general, para que prospere la denuncia del error en este trámite extraordinario de casación, es preciso que concurren los siguientes requisitos: a) Que se concrete con claridad y precisión el hecho que haya sido negado u omitido en el relato fáctico [no basta mostrar la disconformidad con el conjunto de ellos]. b) Que tal hecho resulte de forma clara, patente y directa de la prueba documental obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones o conjeturas [no es suficiente una genérica remisión a la prueba documental practicada]. c) Que se ofrezca el texto concreto a figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos. d) Que tal hecho tenga trascendencia para modificar el fallo de instancia ( SSTS 02/06/92 -rec. 1959/91 -; ... 28/05/13 -rco 5/12 -; y 03/07/13 -rco 88/12 -).

Más en concreto, la variación del relato de hechos únicamente puede basarse en prueba documental, porque el art. 207 LRJS sólo acepta -en la casación laboral común u ordinaria- el motivo de "error en la apreciación de la prueba" que esté "basado en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del juzgador" (recientes, SSTS 19/04/11 - rco 16/09 -; 22/06/11 -rco 153/10 -; y 18/06/12 - rco 221/10 -); y que en esta línea hemos rechazado que la modificación fáctica pueda ampararse en la prueba testifical, tal como palmariamente se desprende de la redacción literal -antes transcrita- del art. 207.d) LRJS y hemos manifestado reiteradamente desde las antiguas SSTS de 29/12/60 y 01/02/61 (así, SSTS 13/05/08 -rco 107/07 -; y 18/06/13 -rco 108/12 -); como también hemos rechazado expresamente la habilidad revisora de la prueba pericial, que "no está contemplada en el ... [ art. 207.d) LRJS ] como susceptible de dar lugar a sustentar un error en la apreciación probatoria en el recurso de casación, a diferencia de lo que sucede en el de suplicación ... [ art. 193.b LRJS ], aparte de que la supletoria Ley de Enjuiciamiento Civil [art. 348 ] confiere a los órganos jurisdiccionales la facultad de valorar "los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica", y la Sala de instancia ya valoró esta prueba en conjunción con el resto de la practicada" ( STS 26/01/10 -rco 45/09 -).

En todo caso se imponen -en este mismo plano general- ciertas precisiones: a) aunque la prueba testifical no puede ser objeto de análisis en este extraordinario recurso, pese a todo en algunos supuestos puede ofrecer "un índice de comprensión sobre el propio contenido de los documentos en los que la parte" encuentra fundamento para las modificaciones propuestas (en tal sentido, SSTS 09/07/12 -rco 162/11 -; y 18/06/13 -rco 108/12 -); b) pese a que sea exigencia de toda variación fáctica que la misma determine el cambio de sentido en la parte dispositiva, en ocasiones, cuando refuerza argumentalmente el sentido del fallo no puede decirse que sea irrelevante a los efectos resolutorios, y esta circunstancia proporciona justificación para incorporarla al relato de hechos, cumplido -eso sí- el requisito de tener indubitado soporte documental ( STS 26/06/12 -rco 19/11 -); y c) la modificación o adición que se pretende no sólo debe cumplir la exigencia positiva de ser relevante a los efectos de la litis, sino también la negativa de no comportar valoraciones jurídicas ( SSTS 27/01/04 -rco 65/02 -; 11/11/09 -rco 38/08 -; y 20/03/12 -rco 18/11 -), pues éstas no tienen cabida entre los HDP y de constar se deben tener por no puestas, siendo así que las calificaciones jurídicas que sean determinantes del fallo tienen exclusiva -y adecuada- ubicación en la fundamentación jurídica ( SSTS 07/06/94 -rco 2797/93 -; ... 06/06/12 -rco 166/11 -; y 18/06/13 -rco 108/12 -)".

3.- Aplicando la anterior doctrina al supuesto debatido, procede rechazar la revisión pretendida ya que, en primer lugar, la parte no invoca el documento o documentos en los que fundamenta la revisión pretendida, en segundo lugar pretende la adición no de un hecho probado sino de una valoración jurídica de los hechos probados, por último la adición pretendida resulta predeterminante del Fallo.

**OCTAVO.- 1.-** Con amparo procesal en el artículo 207 e) de la LRJS denuncia, en el enumerado como segundo motivo del recurso, infracción del artículo 47.2 del II Convenio Colectivo de los controladores de tránsito aéreo en ENAIRE, en relación con el artículo 141.1.3 bis del propio Convenio, inaplicación de los artículos 15 y 16 de la Directiva 2006/54 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006 , del artículo 14 de la Constitución Española , de los artículos 3 , 6 y 8 de la LO 3/2007, de 22 de marzo, de Igualdad efectiva de mujeres y hombres, de los artículos 4.2 c ), 17 y 48.4 del ET . Inaplicación de la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, sentencias de 10 de enero de 2017, recurso 283/2015 y 27 de mayo de 2015, recurso 103/2014 .

El recurrente alega que la cuestión planteada -determinar si durante los periodos durante los cuales los CTAS, que perciben el denominado CPAV, cesan en su actividad laboral por causa de maternidad, paternidad, riesgo en el embarazo o riesgo en la lactancia, adopción o acogimiento de menores deben devengar o no el citado complemento- tiene una clara relevancia constitucional, por lo que no puede ser abordado desde una perspectiva de mera legalidad ordinaria.

2.- Los preceptos aplicables por razones cronológicas, son los siguientes:

-Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud en el trabajo de la trabajadora embarazada que haya dado a luz o en periodo de lactancia

Artículo 5.

"Consecuencias de los resultados de la evaluación

Sin perjuicio del artículo 6 de la Directiva 89/391/CEE , si los resultados de la evaluación mencionada en el apartado 1 del artículo 4 revelan un riesgo para la seguridad o la salud, así como alguna repercusión en el embarazo o la lactancia de una trabajadora a que se refiere el artículo 2, el empresario tomará las medidas necesarias para evitar, mediante una adaptación provisional de las condiciones de trabajo y/o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada, que esta trabajadora se vea expuesta a dicho riesgo.

2. Si la adaptación de las condiciones de trabajo y/o del tiempo de trabajo no resulta técnica y/u objetivamente posible o no puede razonablemente exigirse por motivos debidamente justificados, el empresario tomará las medidas necesarias para garantizar un cambio de puesto de trabajo a la trabajadora afectada.

3. Si dicho cambio de puesto no resulta técnica y/u objetivamente posible o no puede razonablemente exigirse por motivos debidamente justificados, la trabajadora afectada estará dispensada de trabajo, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales, durante todo el período necesario para la protección de su seguridad o de su salud.

4. En caso de que una trabajadora estuviera desempeñando una actividad prohibida según el artículo 6 y quedara embarazada o empezara el período de lactancia e informara de ello al empresario, se aplicarán las disposiciones del presente artículo mutatis mutandis".

Artículo 6.

"Prohibiciones de exposición

Además de las disposiciones generales relativas a la protección de los trabajadores y, en particular, las relativas a los valores límite de exposición profesional:

1) la trabajadora embarazada a que se refiere la letra a) del artículo 2 no podrá verse obligada, en ningún caso, a realizar actividades que de acuerdo con la evaluación supongan el riesgo de una exposición a los agentes y condiciones de trabajo enumerados en el Anexo II, sección A, que ponga en peligro la seguridad o la salud;

2) la trabajadora en período de lactancia a que se refiere la letra c) del artículo 2 no podrá verse obligada, en ningún caso, a realizar actividades que de acuerdo con la evaluación supongan el riesgo de una exposición a los agentes o condiciones de trabajo enumerados en el Anexo II, sección B, que ponga en peligro la seguridad o la salud".

Artículo 11

"Derechos inherentes al contrato de trabajo

Como garantía para las trabajadoras a que se refiere el artículo 2, del ejercicio de los derechos de protección de su seguridad y salud reconocidos en el presente artículo, se establece lo siguiente:

- 1) En los casos contemplados en los artículos 5, 6 y 7, deberán garantizarse los derechos inherentes al contrato de trabajo, incluido el mantenimiento de una remuneración y/o el beneficio de una prestación adecuada de las trabajadoras a que hace referencia el artículo 2, con arreglo a las legislaciones y/o a las prácticas nacionales.
- 2) En el caso citado en el artículo 8, deberán garantizarse:
  - a) los derechos inherentes al contrato de trabajo de las trabajadoras a que hace referencia el artículo 2, distintos de los indicados en la siguiente letra b);
  - b) el mantenimiento de una remuneración y/o el beneficio de una prestación adecuada de las trabajadoras a que se refiere el artículo 2.
- 3) La prestación contemplada en la letra b) del punto 2 se considerará adecuada cuando garantice unos ingresos equivalentes, como mínimo, a los que recibiría la trabajadora en caso de interrupción de sus actividades por motivos de salud, dentro de un posible límite máximo determinado por las legislaciones nacionales.
- 4) Los Estados miembros tendrán la facultad de someter el derecho a la remuneración o a la prestación contemplada en el punto 1 y en la letra b) del punto 2 a la condición de que la trabajadora de que se trate cumpla los requisitos que contemplen las legislaciones nacionales para obtener el derecho a tales ventajas.

Entre dichos requisitos no se podrán contemplar en ningún caso períodos de trabajo, previo superiores a doce meses inmediatamente anteriores a la fecha prevista para el parto".

-Directiva 96/34/CEE del Consejo de 3 de junio de 1996 relativa al Acuerdo Marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES.

## Cláusula 2

### "Permiso Parental

1. En virtud del presente Acuerdo, y sin perjuicio de la cláusula 2.2, se concede un derecho individual de permiso parental a los trabajadores, hombres y mujeres, por motivo de nacimiento adopción de un hijo para poder ocuparse del mismo durante un mínimo de tres meses hasta una edad determinada que puede ser de hasta ocho años y que deberán definir los Estados miembros y/o los interlocutores sociales....

6. Los derechos adquiridos o en curso de adquisición por el trabajador en la fecha de inicio del permiso parental se mantendrán sin modificaciones hasta el final del permiso parental. Al finalizar el permiso parental se aplicarán dichos derechos, incluidos los cambios derivados de la legislación, de los convenios colectivos o de los usos nacionales".

-Directiva 2006/54 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006.

## Artículo 15:

### "Reintegración tras un permiso de maternidad

La mujer en permiso de maternidad tendrá derecho, una vez finalizado el período de permiso, a reintegrarse a su puesto de trabajo o a uno equivalente, en términos y condiciones que no le resulten menos favorables y a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a la que hubiera podido tener derecho durante su ausencia".

## Artículo 16

### "Permiso de paternidad y de adopción

La presente directiva no afectará al derecho de los Estados miembros a reconocer derechos específicos al permiso de paternidad y/o adopción. Los Estados miembros que reconozcan tales derechos tomarán las

medidas necesarias para proteger a los trabajadores -hombres y mujeres- del despido motivado por el ejercicio de dichos derechos y garantizarán que, al término de dicho permiso, tengan derecho a reintegrarse a su puesto de trabajo o a uno equivalente, en condiciones que no les resulten menos favorables, y a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a las que hubieran podido tener derecho durante su ausencia".

-Constitución Española

Artículo 14

"Los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna, por razón de nacimiento, raza, sexo..."

-Ley Orgánica 3/2007 para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres

Artículo 1

"Esta Ley tiene por objeto hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, en particular mediante la eliminación de la discriminación de la mujer, sea cual fuere su circunstancia o condición, en cualesquiera de los ámbitos de la vida y, singularmente, en las esferas política, civil, laboral, económica, social y cultural para, en el desarrollo de los artículos 9.2 y 14 de la Constitución, alcanzar una sociedad más democrática, más justa y más solidaria".

Artículo 3

"El principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres.- El principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres supone la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil".

Artículo 4

"Integración del principio de igualdad en la interpretación y aplicación de las normas.- La igualdad de trato y de oportunidades, entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas".

Artículo 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...en las condiciones de trabajo, incluidas las retributivas..."

Artículo 6

"Discriminación directa e indirecta.- 1. Se considera discriminación directa por razón de sexo la situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra en situación comparable.

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.

3. En cualquier caso, se considera discriminatoria toda orden de discriminar, directa o indirectamente, por razón de sexo".

Artículo 8

"Discriminación por embarazo o maternidad.- Constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad".

#### Artículo 44

"Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral.- 1. Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral se reconocerán a los trabajadores y las trabajadoras en forma que fomenten la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio".

"3. Para contribuir a un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares, se reconoce a los padres el derecho a un permiso y una prestación por paternidad, en los términos previstos en la normativa laboral y de Seguridad Social".

-Estatuto de los Trabajadores

#### Artículo 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..."

#### Artículo 17

"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".

#### Artículo 45. Causas y efectos de la suspensión

1.-El contrato de trabajo podrá suspenderse por las siguientes causas:

"d) Maternidad, paternidad, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que lo regulen, siempre que su duración no sea inferior a un año, de menores de seis años o de menores de edad que sean mayores de seis años cuando se trate de menores con discapacidad o que por sus circunstancias y experiencias personales o por provenir del extranjero, tengan especiales dificultades de inserción social y familiar debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes.

e) Riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural de un menor de nueve meses".

#### Artículo 48

"4. En el supuesto de parto, la suspensión tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliables en el supuesto de parto múltiple en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo. El periodo de suspensión se distribuirá a opción de la interesada siempre que seis semanas sean inmediatamente posteriores al parto"... "No obstante lo anterior, y sin perjuicio de las seis semanas inmediatamente posteriores al parto de descanso obligatorio para la madre, en el caso de que ambos progenitores trabajen, la madre, al iniciarse el periodo de descanso por maternidad, podrá optar por que el otro progenitor disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del periodo de descanso posterior al parto bien de forma simultánea o sucesiva con el de la madre".

"7. En los supuestos de nacimiento de hijo, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento de acuerdo con el artículo 45.1.d), el trabajador tendrá derecho a la suspensión del contrato por paternidad durante cinco semanas, ampliables en los supuestos de parto. adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiples en dos días más por cada hijo a partir del segundo. Esta suspensión es independiente del disfrute compartido de los periodos de descanso regulados en los apartados 4 y 5.

En el supuesto de parto, la suspensión corresponde en exclusiva al otro progenitor. En los supuestos de adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, este derecho corresponderá solo a uno de los progenitores, a elección de los interesados; no obstante, cuando el periodo de descanso regulado en el apartado 5 sea disfrutado en su totalidad por uno de los progenitores, el derecho a la suspensión por paternidad únicamente podrá ser ejercido por el otro".

"9. Los trabajadores se beneficiarán de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a la que hubieran podido tener derecho durante la suspensión del contrato en los supuestos a que se refieren los apartados 4 a 8".

-Ley de Prevención de Riesgos Laborales

#### Artículo 26

"Si dicho cambio de puesto no resultara técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados, podrá declararse el paso de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, contemplada en el artículo 45.1.d del Estatuto de los Trabajadores, durante el período necesario para la protección de su seguridad o de su salud y mientras persista la imposibilidad de reincorporarse a su puesto anterior o a otro puesto compatible con su estado"... "Podrá, asimismo, declararse el pase de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante la lactancia natural de hijos menores de nueve meses contemplada en el artículo 45.1.d) del Estatuto de los Trabajadores, si se dan las circunstancias previstas en el número 3 de este artículo"...

-II Convenio Colectivo de los controladores de tránsito aéreo de la Entidad Pública Empresarial Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea ENAIRE (BOE 9 de marzo de 2011).

Artículos 141 bis y 47, reproducidos en el Fundamento de Derecho quinto de esta resolución.

**NOVENO.-** El artículo 141 bis.1.3 del II Convenio Colectivo de los controladores de tránsito aéreo de ENAIRE regula el Complemento Personal de Adaptación Variable -CPAV- disponiendo que el mismo se abonará por la realización de más de 1200 horas anuales, siendo su cuantía en proporción al incremento de la jornada y al valor de la hora ordinaria. La cuestión debatida se ciñe a si es ajustada a derecho la práctica empresarial de no computar como horas efectivamente trabajadas, a los efectos del devengo del CPAV las ausencias al servicio de los controladores aéreos por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia, adopción o acogimiento.

En consecuencia, a los controladores aéreos que suspenden su contrato de trabajo por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia, adopción o acogimiento, no se les computa dicho periodo como horas trabajadas, a efectos de devengo del CPAV, es decir, de si se superan o no las 1.200 horas anuales.

Pasamos a continuación a examinar la cuestión distinguiendo dos supuestos, atendiendo a quien sea el titular del derecho, el primero se refiere a los periodos de suspensión del contrato de la trabajadora por nacimiento de hijo, en las seis semanas posteriores al parto, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural. El segundo supuesto contempla la suspensión del contrato de las personas trabajadoras en las diez semanas siguientes a las seis inmediatamente posteriores al parto, paternidad, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento.

La titular del derecho en el primer supuesto es siempre la madre, excepto en el caso de que fallezca, supuesto en el que el otro progenitor podrá hacer uso de la totalidad o, en su caso, de la parte que reste del periodo de suspensión computado desde la fecha del parto.

**DÉCIMO.-1.-** En relación con los periodos de suspensión del contrato de la trabajadora por nacimiento de hijo, en las seis semanas posteriores al parto, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, la cuestión debatida afecta al momento de reincorporación de las trabajadoras a su puesto de trabajo, no a las cantidades percibidas durante la suspensión del contrato, ya que lo que se reclama en esta litis es, precisamente, que tales periodos de suspensión se computen como horas trabajadas, a efectos del devengo del CPAV.

Tal y como ha quedado anteriormente consignado, en virtud de lo establecido en el artículo 48.4 del ET , el periodo de descanso de seis semanas inmediatamente posteriores al parto necesariamente ha de ser disfrutado por la madre -excepto en el caso de que fallezca, que el periodo que, en su caso reste, puede ser disfrutado por el otro progenitor-, teniendo carácter obligatorio, dada su finalidad, preservar la salud de la trabajadora que ha dado a luz.

La suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo o durante la lactancia natural, regulada en el artículo 45 e) del ET , tiene lugar en los supuestos regulados en el artículo 26 de la LPRL . Dicho precepto, siguiendo la estela de la Directiva 89/391/CEE, artículo 5 , dispone que en el supuesto de que en el trabajo exista riesgo para la seguridad y la salud de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia, el empresario adoptará las medidas necesarias para evitar la exposición a dicho riesgo a través de una adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo, incluyendo, cuando resulte necesaria, la no realización de trabajo nocturno o de trabajo a turnos. Si la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo no resultase posible o, a pesar de tal adaptación, las condiciones de su puesto de trabajo pudieran incidir negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o del feto, la trabajadora deberá desempeñar un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado, llevándose a cabo el cambio de conformidad con las reglas y criterios que se apliquen en los supuestos de movilidad funcional. Si dicho cambio de puesto no resultara técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados, podrá declararse el paso de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo o la lactancia natural, contemplado en el artículo 45.1 e) ET , durante el periodo necesario para la protección de su seguridad o de su salud y mientras persista la imposibilidad de reincorporarse a su puesto anterior o a otro puesto compatible con su estado.

2.- Hay que poner de relieve que la persona titular de este derecho a la suspensión del contrato por nacimiento de hijo, en las seis semanas posteriores al parto, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural es la trabajadora, por lo que guarda una relación directa con el sexo de la persona titular del derecho.

Razones de protección de la seguridad y salud de la trabajadora son las que han determinado tanto la suspensión del contrato por parto, en las seis semanas posteriores al mismo, como la suspensión por riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural. En efecto, en dichas circunstancias la mujer se encuentra en una situación de exposición a riesgos especialmente sensibles que han conducido a la específica protección que se le otorga en estas situaciones.

Por otra parte, hay que señalar que la suspensión del contrato durante dichos periodos se impone por la normativa vigente, no se deja a voluntad de la trabajadora el suspender o no el contrato, sino que obligatoriamente ha de suspenderse.

Respecto a la suspensión durante las seis semanas posteriores al parto hay que señalar que tal obligatoriedad deriva de:

-El artículo 3 del Convenio 103 de la OIT, sobre la protección de la maternidad, ratificado por España en 1965: "La duración del descanso tomado obligatoriamente después del parto será fijada por la legislación nacional, pero en ningún caso será inferior a seis semanas".

-El artículo 48.4 del ET : "En el supuesto de parto, la suspensión tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas...se distribuirá, a opción de la interesada, siempre que seis semanas sean inmediatamente posteriores al parto...No obstante lo anterior y, sin perjuicio de las seis semanas inmediatamente posteriores al parto, de descanso obligatorio para la madre..."

En cuanto a la suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural su carácter obligatorio deriva de que se trata de normas de prevención de riesgos laborales y, en cuanto a tales tienen el carácter de derecho necesario mínimo indisponible, a tenor del artículo 2.2 de la LPRL y han de ser observadas tanto por el empresario -en virtud de las obligaciones que al mismo le impone el artículo 15 y concordantes y más específicamente el 26 de la LPRL - como por la trabajadora, cuyas obligaciones aparecen contempladas en el artículo 29 de la LPRL .

**3.-** Sentado que la persona titular de los descansos anteriormente examinados -excepto el de las seis semanas inmediatamente posteriores al parto, en caso de fallecimiento de la madre- es la trabajadora, procede examinar si la práctica empresarial consistente en no computar como horas trabajadas, a los efectos del devengo del CPAV, de dicho periodo constituye una discriminación por razón de sexo, atendido que dicha suspensión del contrato de trabajo afecta únicamente a las mujeres.

La igualdad entre hombres y mujeres es un principio jurídico universal, reconocido en diversos instrumentos internacionales, como la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1979, ratificada por España en 1983, la Conferencia de Nairobi de 1985 y Beijing de 1995.

Es asimismo un derecho fundamental recogido en la normativa de la Unión Europea, apareciendo reconocido como tal en los artículos 2 y 3,3 del Tratado de la Unión Europea, artículos 8, 153 y 157 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y artículos 21 y 23 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Aparece asimismo reconocido en 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 (refundición).-refundición de las anteriores Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo- y en la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud en el trabajo de la trabajadora embarazada que haya dado a luz o en periodo de lactancia.

En el derecho interno la igualdad y proscripción de la discriminación por razón de sexo, proclamados en el artículo 14 de la Constitución, aparecen desarrollados en la LO 3/2007, de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en especial los artículos 1, 3, 4, 5, 6, 8 y 44 y en los artículos 4 y 17 del ET.

La discriminación directa por razón de sexo aparece definida en el artículo 6 de la LO 3/2007, como la situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra en situación comparable.

En concreto respecto a la discriminación por maternidad, señala el artículo 8 de la precitada LO 3/2007, que constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad.

**4.-** Respecto a la cláusula de no discriminación por razón de sexo del art. 14 CE la STC 66/2014, de 5 de mayo de 2014 señala:

"A diferencia del principio genérico de igualdad, que no postula ni como fin ni como medio la paridad y sólo exige la razonabilidad de la diferencia normativa de trato, las prohibiciones de discriminación contenidas en el art. 14 CE implican un juicio de irrazonabilidad de la diferenciación establecida *ex constitutione*, que imponen como fin y generalmente como medio la parificación, de manera que sólo pueden ser utilizadas excepcionalmente por el legislador como criterio de diferenciación jurídica, lo que implica la necesidad de usar en el juicio de legitimidad constitucional un canon mucho más estricto, así como un mayor rigor respecto a las exigencias materiales de proporcionalidad" ( STC 233/2007, de 5 de noviembre, FJ 5; y las allí citadas). Por lo que se refiere específicamente a la prohibición de discriminación por razón de sexo, este Tribunal ha afirmado que "la conducta discriminatoria se cualifica por el resultado peyorativo para la mujer que la sufre, que ve limitados sus derechos o sus legítimas expectativas por la concurrencia de un factor cuya virtualidad justificativa ha sido expresamente descartada por la Constitución, dado su carácter atentatorio a la dignidad del ser humano ( art. 10.1 CE ). En consecuencia, la prohibición constitucional específica de los actos discriminatorios por razón de sexo determina que se habrá producido la lesión directa del art. 14 CE cuando se acredite que el factor prohibido representó el fundamento de una minusvaloración o de un perjuicio laboral, no teniendo valor legitimador en esos casos la concurrencia de otros motivos que hubieran podido justificar la medida al

margen del resultado discriminatorio." ( SSTC 214/2006, de 3 de julio, FJ 3 ; 324/2006, de 20 de noviembre, FJ 4 ; y 3/2007, de 15 de enero , FJ 2).

Conviene también recordar que tal tipo de discriminación "no comprende sólo aquellos tratamientos peyorativos que encuentren su fundamento en la pura y simple constatación del sexo de la persona perjudicada. También engloba estos mismos tratamientos cuando se funden en la concurrencia de condiciones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una relación de conexión directa e inequívoca (por todas, recogiendo la doctrina precedente, SSTC 182/2005, de 4 de julio, FJ 4 ; 214/2006, de 3 de julio, FJ 3 ; 17/2007, de 12 de febrero, FJ 3 ; y 233/2007, de 5 de noviembre , FJ 6). Tal sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, en tanto que hecho biológico incontrovertible, incide de forma exclusiva sobre las mujeres ( SSTC 173/1994, de 7 de junio, FJ 2 ; 20/2001, de 29 de enero, FJ 4 ; 41/2002, de 25 de febrero, FJ 3 ; 17/2003, de 30 de enero, FJ 3 ; 98/2003, de 2 de junio, FJ 4 ; 175/2005, de 4 de julio, FJ 3 ; 214/2006, de 3 de julio, FJ 3 ; y 342/2006, de 11 de diciembre , FJ 3). Hemos afirmado así que "la protección de la condición biológica y de la salud de la mujer trabajadora ha de ser compatible con la conservación de sus derechos profesionales, de suerte que la minusvaloración o el perjuicio causado por el embarazo o la sucesiva maternidad constituyen un supuesto de discriminación directa por razón de sexo" ( STC 182/2005, de 4 de julio , FJ 4)." ( SSTC 74/2008, de 23 de junio, FJ 2 , y 92/2008, de 21 de julio , FJ 4).

Por ello, este Tribunal ha afirmado que "para ponderar las exigencias que el art. 14 CE despliega en orden a hacer efectiva la igualdad de la mujer en el mercado de trabajo, es preciso atender a circunstancias tales como "la peculiar incidencia que respecto de la situación laboral de aquélla tiene el hecho de la maternidad y la lactancia, en cuanto se trata de compensar las desventajas reales que para la conservación de su empleo soporta la mujer a diferencia del hombre y que incluso se comprueba por datos revelados por la estadística (tal como el número de mujeres que se ven obligadas a dejar el trabajo por esta circunstancia a diferencia de los varones)" ( SSTC 109/1993, de 25 de marzo, FJ 6 ; 203/2000, de 24 de julio, FJ 6 ; 324/2006, de 20 de noviembre, FJ 4 , y 3/2007, de 15 de enero , FJ 2), y a que existe una innegable y mayor dificultad para la mujer con hijos de corta edad para incorporarse al trabajo o permanecer en él, dificultad que tiene orígenes muy diversos, pero que coloca a esta categoría social en una situación de hecho claramente desventajosa respecto a los hombres en la misma situación ( SSTC 128/1987, de 16 de julio, FJ 10 , o 214/2006, de 3 de julio , FJ 6".

Por su parte la STC 182/2005, de 4 de julio , FJ 7, establece:

"según hemos afirmado, cuando se invoque una diferencia de trato basada en las circunstancias que el art. 14 CE considera discriminatorias, "no puede limitarse a valorar si la diferencia de trato enunciada tiene, en abstracto, una justificación objetiva y razonable, como si se tratara de un problema relativo a la cláusula general de igualdad, sino que debe entrar a analizar, en concreto, si lo que aparece como una diferenciación formalmente razonable no encubre o permite encubrir una discriminación contraria al contraria al 14 CE".

La STC 17/2003, de 30 de enero de 2003 dispone:

"Por ello, partiendo de que los tratos desfavorables en el trabajo basados en el embarazo, al afectar exclusivamente a la mujer, constituyen una discriminación por razón de sexo proscrita por el art. 14 CE , hemos estimado diversos recursos de amparo relativos a lamateria aquí enjuiciada, incluso respecto de decisiones empresariales ad nutum, como la resolución de la relación laboral en período de prueba ( SSTC 94/1984, de 16 de octubre , y 166/1988, de 26 de septiembre ) o la no renovación de un contrato temporal ( STC 173/1994, de 7 de junio ), y hemos afirmado igualmente que la misma conclusión debe prevalecer ante decisiones causales, como el despido ( STC 136/1996, de 23 de julio ), pues la paridad que impone el segundo inciso del art. 14 CE en lo que se refiere a las condiciones de trabajo, comprendido el supuesto extintivo, implica que se garanticen a hombres y mujeres las mismas condiciones en el empleo, sin discriminación por razón de sexo.

En consecuencia, la protección de la mujer no se limita a la de su condición biológica durante el embarazo y después de éste, ni a las relaciones entre la madre y el hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, sino que también, en el ámbito estricto del desarrollo y vicisitudes de la relación laboral, condiciona las potestades organizativas y disciplinarias del empresario evitando las

consecuencias físicas y psíquicas que medidas discriminatorias podrían tener en la salud de la trabajadora y afianzando, al mismo tiempo, todos los derechos laborales que le corresponden en su condición de trabajadora al quedar prohibido".

4.- En el asunto examinado ha resultado probado que el periodo de suspensión del contrato de las trabajadoras -controladoras aéreas- por maternidad durante las seis primeras semanas, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural no computa como horas efectivamente trabajadas, a los efectos del devengo del CPAV, lo que acarrea una disminución en el importe del citado complemento, ya que únicamente se devenga cuando se superan las 1200 horas de trabajo anuales.

Tal práctica empresarial supone una discriminación directa por maternidad que vulnera los preceptos anteriormente citados en este fundamento de derecho y es contraria a la protección dispensada por el ordenamiento jurídico a la maternidad, El perjuicio causado por la maternidad quedó materializado en el no reconocimiento de los derechos económico., por lo que ha de estimarse este concreto extremo del segundo motivo del recurso.

5.- No empece la anterior conclusión que se trate de un complemento de naturaleza salarial y que su regulación aparezca condicionada a que se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 141.1 3 del II Convenio Colectivo de ENAIRE , ya que la interpretación que ha de darse al mismo, a tenor de los razonamientos de la Sala, es la postulada por el recurrente.

Resulta de plena aplicación la doctrina contenida en las sentencias de esta Sala de 27 de mayo de 2015, recurso de casación 103/2014 y 10 de enero de 2017, recurso de casación 283/2015 , ya que en ambas se examina la incidencia que tiene en la retribución -de las trabajadoras en el recurso 103/2014 y de las personas trabajadoras en el recurso 283/2014- las condiciones que la empresa tiene en cuenta para fijar los incentivos.

En el recurso 103/2014 la empresa considera las seis semanas de descanso obligatorio por maternidad como ausencias o permisos retribuidos, a los efectos del cobro de bonificaciones.

En el recurso 283/2015 la empresa computa como ausencias la baja maternal y baja por riesgo durante el embarazo, a efecto del cómputo de días productivos para tener derecho a la retribución variable.

En ambas sentencias se ha declarado que tal práctica empresarial es discriminatoria y se ha estimado la demanda formulada.

**DÉCIMO PRIMERO.-1.-** En relación con los periodos de suspensión del contrato de la persona trabajadora por nacimiento de hijo, en las diez semanas siguientes a las seis inmediatamente posteriores al parto, paternidad, adopción y acogimiento hay que poner de relieve que la cuestión debatida afecta al momento de reincorporación de las personas trabajadoras a su puesto de trabajo, no a las cantidades percibidas durante la suspensión del contrato, ya que lo que se reclama en esta litis es, precisamente, que tales periodos de suspensión se computen como horas trabajadas, a efectos del devengo del CPAV.

2.- Tal y como ha quedado anteriormente consignado, a tenor de lo establecido en el artículo 48.4 del ET , si bien la titular del derecho al descanso por maternidad es la madre, en el caso de que ambos progenitores trabajen, la madre podrá optar por que el otro progenitor disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del periodo de descanso de diez semanas siguientes a las seis semanas inmediatamente posteriores al parto.

En el supuesto de descanso por paternidad, a tenor de lo establecido en el artículo 48.7 del ET , el titular del derecho es el progenitor que no sea la madre biológica.

En caso de adopción, guarda con fines de adopción, o acogimiento, a tenor de lo establecido en el artículo 48.7 del ET , el derecho corresponderá solo a uno de los progenitores, a elección de los interesados.

Se plantea si en este supuesto al no ser el titular del derecho únicamente las mujeres, sino también los trabajadores varones no cabe apreciar discriminación en el hecho de que dicho periodo de suspensión del contrato no compute, a efectos del devengo del CPAV.

3.- La solución alcanzada respecto al primer bloque de suspensiones de contratos examinada -suspensión del contrato durante las seis semanas inmediatamente posteriores al parto por maternidad, suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo y durante la lactancia natural- es plenamente aplicable a estos supuestos por las siguientes razones:

Primero: En el considerando 3 de la Directiva 96/34/CE de Consejo, relativa al Acuerdo Marco sobre el permiso parental, celebrado por UNICE, el CEEP y la CES se hace constar que "la Comisión ha anunciado su intención de proponer una medida comunitaria sobre la conciliación de la vida profesional y familiar".

Segundo: La cláusula 1 establece: "El presente acuerdo establece disposiciones mínimas cuyo objetivo es facilitar la conciliación de las responsabilidades profesionales y familiares de los padres que trabajen"

Tercero: En el considerando 26 de la Directiva 2006/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo se establece;

"En la Resolución del Consejo y de los Ministros de Trabajo y Asuntos Sociales, reunidos en el seno del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la participación equilibrada de hombres y mujeres en la actividad profesional y en la vida familiar, se alienta a los Estados miembros a evaluar la posibilidad de que los respectivos ordenamientos jurídicos reconozcan a los hombres trabajadores un derecho individual e intransferible al permiso de paternidad, manteniendo al mismo tiempo sus derechos laborales"

Cuarto: En el artículo 16 de la precitada Directiva 2006/54/CE , se dispone que los Estados miembros garantizarán que al término de dicho permiso -permiso de paternidad y de adopción- tengan derecho -los trabajadores hombres y mujeres- a reintegrarse a su puesto de trabajo o a uno equivalente en condiciones que no les resulten menos favorables y a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a las que hubieren podido tener derecho durante su ausencia,

Quinto: En la Exposición de motivos de la LO 3/2007, de 22 de marzo, de Igualdad efectiva de mujeres y hombres, se consigna: "Mediante una serie de previsiones, se reconoce el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y se fomenta una mayor corresponsabilidad entre mujeres y hombres en la asunción de obligaciones familiares, criterios inspiradores de toda la norma que encuentran aquí su concreción más significativa".

Sexto: El capítulo II de la citada LO, bajo el epígrafe "Igualdad y conciliación" consagra el artículo 44 a los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en los siguientes términos: "Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral.- 1. Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral se reconocerán a los trabajadores y las trabajadoras en forma que fomenten la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio".

Séptimo: Aunque por razones cronológicas no resulta de aplicación, procede señalar que la Directiva 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores en el Considerando 6 establece:

"(6) Las políticas de conciliación de la vida familiar y la vida profesional deben contribuir a lograr la igualdad de género promoviendo la participación de las mujeres en el mercado laboral, el reparto igualitario de las responsabilidades en el cuidado de familiares entre hombres y mujeres y la eliminación de las desigualdades de género en materia de ingresos y salarios"

Por su parte el artículo 1 dispone:

"La presente Directiva establece requisitos mínimos destinados a lograr la igualdad entre hombres y mujeres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo, facilitando a los trabajadores que sean progenitores o cuidadores la conciliación de la vida familiar y profesional.

Para ello, la presente Directiva establece derechos individuales relacionados con lo siguiente:

a) el permiso de paternidad, el permiso parental y el permiso para cuidadores;

B) fórmulas de trabajo flexible para los trabajadores que sean progenitores o cuidadores."

4.- En consecuencia, el disfrute por las personas trabajadoras de alguno de los derechos parentales anteriormente examinados no puede originarles un perjuicio en sus derechos económicos.

Por lo tanto, para garantizar la igualdad de trato y oportunidades y evitar toda discriminación de la persona trabajadora que se ha acogido a uno de los permisos parentales anteriormente examinados, respecto a las que no han utilizado tales permisos, se ha de concluir que la práctica empresarial de no considerar dicho periodo como horas trabajadas, a efectos del devengo del complemento CPAV es discriminatoria, lo que conlleva la estimación del recurso en este concreto extremo.

**DÉCIMO SEGUNDO.-** Por todo lo razonado procede la estimación del recurso de casación interpuesto por la letrada Doña Yolanda Borrás Ferre, en representación de la UNIÓN SINDICAL DE CONTROLADORES AÉREOS -USCA-, frente a la sentencia dictada el 20 de octubre de 2017 por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional , en el procedimiento número 328/2017.

### **FALLO:**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

Estimamos el recurso de casación interpuesto por la letrada Doña Yolanda Borrás Ferre, en representación de la UNIÓN SINDICAL DE CONTROLADORES AÉREOS -USCA-, frente a la sentencia dictada el 20 de octubre de 2017 por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional , en el procedimiento número 328/2017, seguido a instancia de D. Juan Antonio , en su condición de Presidente de la UNIÓN SINDICAL DE CONTROLADORES AÉREOS -USCA-, ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional frente a ENAIRE, interesando sea parte EL MINISTERIO FISCA, sobre CONFLICTO COLECTIVO.

Casamos y anulamos la sentencia recurrida, declarando contraria a derecho la práctica empresarial consistente en no computar como horas efectivamente trabajadas, a los efectos del devengo del Complemento Personal de Adaptación Variable -CPAV- las ausencias al servicio de los controladores aéreos por causa de maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, adopción o acogimiento, declarando el derecho de los afectados al abono de las diferencias retributivas que de ello hubieran podido derivarse.

Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

El presente texto proviene del Centro de Documentación del Poder Judicial. Su contenido se corresponde íntegramente con el del CENDOJ.