



Roj: **STS 4534/2018 - ECLI:ES:TS:2018:4534**

Id Cendoj: **28079140012018101034**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **19/12/2018**

Nº de Recurso: **17/2018**

Nº de Resolución: **1092/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 3935/2017,**
STS 4534/2018

CASACION núm.: 17/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 1092/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Fernando Salinas Molina

D^a. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

D^a. Rosa Maria Viroles Piñol

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Sebastian Moralo Gallego

En Madrid, a 19 de diciembre de 2018.

Esta Sala ha visto los recursos de casación interpuestos por la Federación Estatal de Servicios, Movilidad y Consumo de la Unión General de Trabajadores (FeSMC-UGT), representada y defendida por el Letrado Sr. Manzano del Pino y por la Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CCOO-SERVICIOS), representada y defendida por la Letrada Sra. De Pablo Portillo, contra la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de 10 de octubre de 2017, en autos nº 217/2017, seguidos a instancia de la Confederación General del Trabajo contra la mercantil Unisono Soluciones de Negocio, S.A., la Federación de Servicios Financieros Administrativos, CCOO, Federación Estatal de Servicios UGT, Unión Sindical Obrera, Corriente Sindical de Izquierdas, CSI-F, Somos Sindicalistas, Trabajadores Unidos Sindicalmente Independientes, Federación de Banca, Ahorro y Seguros y Oficinas de CIG, sobre conflicto colectivo.

Han comparecido en concepto de recurridos, la Unión Sindical Obrera (USO), representada y defendida por la Letrada Sra. Moreno Díaz, Central Sindical Independiente y de Funcionarios (CSIF), representada y defendida por el Letrado Sr. Poves Oñate, Unisono Soluciones de Negocio, S.A., representada y defendida por el Letrado Sr. González Benítez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Confederación General del Trabajo interpuso demanda de conflicto colectivo a la que se adhirieron CCOO, UGT, USO, CIG, TUSI y CSI-F, ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional. Tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaban suplicando se dicte sentencia por la que se declare: "el derecho de los trabajadores de la empresa UNISONO SOLUCIONES DE NEGOCIO S.A al cálculo y abono como atrasos pendientes & actualizar tras la firma del convenio de las cantidades pendientes del artículo 50 con efectos a 1 de enero de 2015 que son:

** la media de los incentivos por desempeño de puesto de trabajo , comisiones por venta y otros incentivos a la producción que no están incluidos en la retribución de vacaciones del 1 de enero de 2015 a junio de 2016.*

** las diferencias que resultan de las cantidades abonadas en las nóminas de enero de 2015, enero de 2016 y enero de 2017 entre los importes realmente percibidos y calculados con la fórmula que figuraba en el texto I Convenio de ámbito estatal del sector de Contac Center y la cantidad que se debería haber percibido con la nueva fórmula que ha sido modificada en el II Convenio de ámbito estatal del sector de Contac Center relativos .a la retribución en vacaciones en la parte correspondiente a los incentivos por desempeño de puesto de trabajo comisiones por venta y otros incentivos a la producción, en el periodo comprendido entre el 1 de julio de 2016 y el 31 de diciembre de 2016 y los referidos a los complementos de festivos, festivos especiales, domingos, plus de nocturnidad y de idiomas indicados en el Convenio en el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2015 y el 31 de diciembre de 2016.*

Y condene a la empresa a estar y pasar por la anterior declaración a todos los efectos. Con imposición a la empresa de la multa prevista en el artículo 75.4 de la LJS en la cuantía que estime el Juzgador atendiendo a los parámetros establecidos en el precepto y expresa condena en costas en la cuantía de 600 euros".

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda de conflicto colectivo, se celebró el acto del juicio en el que la parte actora se afirmó y ratificó en la demanda, oponiéndose la demandada, según consta en acta. Recibido el juicio a prueba, se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

TERCERO.- Con fecha 11 de octubre de 2017 se dictó sentencia, en la que consta el siguiente fallo: "En la demanda de conflicto colectivo, promovida por CGT, a la que se adhirieron CCOO, UGT, USO, CIG, TUSI y CSI-F, desestimamos la excepción de litispendencia, alegada por la empresa demandada. - Desestimamos la demanda antes dicha, por lo que absolvemos a UNISONO SOLUCIONES DE NEGOCIO, SA de los pedimentos de la demanda".

CUARTO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

1º.- CGT es un sindicato de ámbito estatal, implantado debidamente en la empresa UNISONO. CCOO y UGT ostentan la condición de sindicatos más representativos de ámbito estatal y acreditan implantación suficiente en UNISONO. CIG ostenta la condición de sindicato más representativo a nivel autonómico y acredita implantación suficiente en la empresa antes dicha. USO, TUSI y CSI-F son sindicatos de ámbito estatal, implantados adecuadamente en la empresa reiterada.

2º.- La empresa demandada, dedicada al sector de Contact Center, reguló sus relaciones laborales por el I Convenio colectivo de ámbito estatal del sector de contact center, publicado en el BOE de 27-07-2012, cuya vigencia corrió desde el momento de su firma hasta el 31-12-2014.

3º.- El 11-12-2014 dictamos sentencia en nuestro procedimiento 268/2014, en cuyo fallo dijimos: *Previo rechazo de la inadecuación de procedimiento invocada, estimamos las demandas acumuladas formuladas por los sindicatos CGT y CCOO a la que se adhirieron los sindicatos UGT y CIG y declaramos el derecho de los trabajadores del sector de contact center a los que resulta de aplicación el convenio colectivo de ámbito estatal del sector (BOE de 27-7-2012) a incluir dentro de su retribución de vacaciones todos los complementos que han venido recibiendo habitualmente en el desempeño de su puesto de trabajo, especialmente comisiones por ventas e incentivos a la producción, condenando a la demandada ASOCIACION DE CONTACT CENTER ESPAÑOLA a estar y pasar por tal declaración a todos los efectos. Conforme lo previsto en el art. 163.4 LRJS se acuerda notificar esta sentencia al Ministerio Fiscal por si estima oportuno plantear la ilegalidad del art. 50 del convenio colectivo de contact center referido en estas actuaciones a través de la modalidad procesal indicad . Dicha sentencia fue confirmada por STS 8-06-2016, rec. 112/2015 , en cuyo fallo se dijo lo siguiente: Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido:*

1.- Desestimar el recurso de casación interpuesto por el Letrado Don David Martínez Saldaña, en nombre y representación de la ASOCIACIÓN DE CONTACT CENTER ESPAÑOLA (ACE), contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de fecha 11 de diciembre de 2014, en actuaciones nº 268/2014 seguidas en virtud de demanda a instancia de la CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO (CGT)



y la FEDERACIÓN DE SERVICIOS A LA CIUDADANÍA DE COMISIONES OBRERAS (FSC-CCOO) contra ACE, y como partes interesadas FEDERACIÓN ESTATAL DE SERVICIOS DE LA UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES (UGT), CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALEGA (CIG), EUSKO LANGILEEN ALCARTAUNA (ELA) Y LANGILE ABERTZALEEN BATZORDEAK (LAB). 2.- Confirmar el fallo de la sentencia recurrida. 3.- Sin costas . La empresa demandada viene cumpliendo las sentencias antes dichas desde junio de 2016.

4º.- El 3-011-2016, en nuestro procedimiento 258/16, dictamos sentencia, en cuyo fallo dijimos: *Que ESTIMANDO PARCIALMENTE las demandas deducidas por FES- UGT y CGT, a las que se han adherido CCOO Y CIG contra ASOCIACION ESPAÑOLA CONTACT CENTER , EUSKO LANGILEEN ALKARTASUNA (ELA), LANGILE ABERTZALEEN BATZORDEAK (LAB) sobre IMPUGNACIÓN DE CONVENIO COLECTIVO DECLARAMOS la NULIDAD del apartado b) del Art. 50, párrafo 2º del V Convenio Colectivo de Contact Center (antes Telemarketing) - BOE DE 27-7- 2.012) y DESESTIMANDO la segunda de las peticiones formuladas en cada una de las mismas absolvemos a la demandada respecto de las mismas . Dicha sentencia está recurrida en casación por la ACE.*

5º.- El 18-01/2017, en nuestro procedimiento 317/16, dictamos sentencia en cuyo fallo dijimos: *Estimamos parcialmente la demanda de conflicto colectivo, promovida por CGT, a la que se adherieron CCOO; UGT y CIG, por lo que declaramos el derecho de los trabajadores del sector a percibir dentro de la retribución de sus vacaciones todos aquellos complementos no prescritos a la fecha de interposición del conflicto de 18 de septiembre de 2014, que han venido recibiendo habitualmente derivados del desempeño del puesto de trabajo, así como aquellas comisiones por ventas y otros incentivos a la producción y que hubiera correspondido abonar en enero de 2014, enero de 2015 y enero de 2016, condenando a la misma al pago de tales cantidades a los trabajadores y en consecuencia condenamos a la ASOCIACIÓN DE CONTACT CENTER ESPAÑOLA (ACE) a estar y pasar por dicha declaración a todos los efectos legales oportunos, absolviéndose de los restantes pedimentos de la demanda . Dicha sentencia está recurrida actualmente en casación por la ACE.*

6º.- En la reunión de la comisión negociadora del II Convenio Sectorial, celebrada el 14-07-2016, cuya acta obra en autos y se tiene por reproducida, la ACE manifestó, a preguntas de la RLT, que su intención era aplicar la STS 8-06-2016 desde su firmeza. - CGT y UGT manifestaron su oposición a la tesis patronal. En la reunión de la comisión negociadora del II Convenio Sectorial, celebrada el 13-09- 2016, cuya acta obra en autos y se tiene por reproducida, la CGT defendió que la sentencia del TS debía aplicarse retroactivamente desde el mes de enero de 2014. - ACE preguntó, si se pretendía aplicar el art. 50, respondiendo afirmativamente CGT. En la reunión de la comisión negociadora del II Convenio Sectorial , celebrada el 27-10- 2016, cuya acta obra en autos y se tiene por reproducida, UGT requiere que se informe desde cuando se aplicará debidamente el art. 50. - La ACE responde que se abonarán las condiciones en adelante, oponiéndose CGT. - CCOO manifiesta que habría que pagar las vacaciones desde la interposición de la demanda, sin que la patronal admitiera las posiciones sindicales. En la reunión de la comisión negociadora del II Convenio Sectorial , celebrada el 11-01- 2017, cuya acta obra en autos y se tiene por reproducida, la UGT vuelve a quejarse sobre el retraso en la aplicación de la sentencia. - En la reunión de la comisión negociadora del II Convenio Sectorial, celebrada el 2-02-2017, cuya acta obra en autos y se tiene por reproducida, CGT y UGT vuelven a reprochar la inaplicación de la sentencia, mientras que la ACE mantiene su posición previa. El 17-02-2017 se alcanzaron acuerdos de mediación en el SIMA, en los que se convino convocar a la CN para negociar la fórmula de cálculo del art. 50.b.2 del convenio y, en su caso, las condiciones de aplicación. En la reunión de la comisión negociadora del II Convenio Sectorial , celebrada el 23-02- 2017, cuya acta obra en autos y se tiene por reproducida, la patronal propuso que se divida entre 333 o 334 días en años bisiestos con dos condiciones, que se queden las cosas como están salvo los incentivos y en cuanto a los incentivos, la sentencia de la AN dice que el efecto retroactivo es hasta el mes de septiembre de 2013. -En este sentido, lo que la Patronal querría plantear es dividir entre 333 o 334 a futuro y, en cuanto a los incentivos se podría plantear la posibilidad de abonar desde el momento en el que se acepte la propuesta la parte correspondiente a la inclusión de los incentivos en la retribución de vacaciones de 2015 y 2016. Si esto se aceptara por la parte sindical en cuanto a los dos puntos (la irretroactividad de la nueva fórmula y el abono de incentivos desde 2015), la Patronal retiraría los recursos de casación y abonaría las cantidades en el momento. En todo caso, la Patronal señala que esta es propuesta que se traslada para ver si sería aceptable para la parte sindical pero que se tendría que validar por la junta. - Dicha propuesta no fue aceptada finalmente por los negociadores. El 31-03-2017 ACE, CCOO y UGT suscribieron el preacuerdo del convenio colectivo. En la reunión de la comisión negociadora del II Convenio Sectorial, celebrada el 26-05- 2017, cuya acta obra en autos y se tiene por reproducida, la CGT volvió a reclamar que se redefiniera la fórmula de cálculo de las vacaciones y que debía introducirse el fallo de la sentencia del TS. - La patronal acepta finalmente la propuesta de CCOO y UGT sobre el art. 50. - CGT denuncia que no se ha hecho ninguna concesión por ACE, ya que se ha limitado a incluir pronunciamientos judiciales. En la reunión de la comisión negociadora del II Convenio Sectorial , celebrada el 30-05- 2017, cuya acta obra en autos y se tiene por reproducida, se procede a la firma del convenio por ACE, CCOO y UGT y se conviene expresamente que la actualización de las tablas salariales se realice en el mes de junio de 2017 y los atrasos, antes del 15-06-2017.



7º.- El II Convenio colectivo del sector de contact center se publicó en el BOE de 12-07-2017.

8º.- UNISONO ha abonado el incremento, pactado en convenio, así como los atrasos desde el 1-01-2017, el 8-06-2017.

9º.- El 5-07-2017 se intentó sin acuerdo la mediación ante el SIMA. Se han cumplido las previsiones legales".

QUINTO.- Contra la expresada resolución se prepararon recursos de casación a nombre de la Federación Estatal de Servicios, Movilidad y Consumo de la Unión General de Trabajadores (FeSMC-UGT), representada y defendida por el Letrado Sr. Manzano del Pino y por la Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CCOO-SERVICIOS), representada y defendida por la Letrada Sra. De Pablo Portillo.

Por la representación de la Federación Estatal de Servicios, Movilidad y Consumo de la Unión General de Trabajadores (FeSMC-UGT), en escrito de fecha 22 de noviembre de 2017, se formalizó el correspondiente recurso, basándose en el siguiente motivo: ÚNICO.- Al amparo del art. 207.e) LRJS, por infracción del art. 1281 CC, en relación con los arts. 5, 43 y 50 del II Convenio Colectivo de Contact Center.

Por la representación de la Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CCOO-SERVICIOS), en escrito de fecha 28 de noviembre de 2017, se formalizó el correspondiente recurso, basándose en los siguientes motivos: PRIMERO.- Al amparo del art. 207.e) LRJS por infracción del art. 86.1 ET. SEGUNDO.- Al amparo del art. 207.e) LRJS por infracción del art. 82.4 y 86.4 ET.

SEXTO.- Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar improcedentes los recursos.

SÉPTIMO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 19 de diciembre actual, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Términos del debate.

Resolvemos ahora un conflicto colectivo de la empresa Unisono Soluciones de Negocio, S.A.; versa sobre el alcance temporal de la nueva regulación contenida en el convenio colectivo sectorial acerca de la retribución de las vacaciones.

1. Antecedentes relevantes.

Los dos recursos de casación interpuestos frente a la sentencia de instancia no cuestionan el relato de acontecimientos que en ella se contiene, reproducido más arriba. Para una mejor comprensión del asunto interesa ahora subrayar alguno de sus extremos, además de traer a colación otros pronunciamientos de esta Sala que lo actualizan.

A) La empresa demandada, dedicada al sector de Contact Center, reguló sus relaciones laborales por el I Convenio colectivo sectorial (BOE de 27 julio 2012), cuya vigencia expiró el 31 de diciembre de 2014.

Su artículo 50 estaba específicamente dedicado a la "retribución de las vacaciones" y su texto era el siguiente:

Los trabajadores afectados por este Convenio percibirán, como retribución de sus vacaciones anuales la media de lo que hayan percibido por los complementos de festivos, domingos, festivos especiales, plus de nocturnidad y de idiomas indicados en el convenio.

Se calculará dicha retribución de conformidad con la siguiente fórmula:

a) Sumar las cantidades percibidas por los complementos salariales indicados en el párrafo anterior, del año en curso que haya percibido cada trabajador.

b) Dividir esta cantidad entre 360 días (12 meses de 30 días cada mes entendido como mes tipo) y multiplicarlo por los 32 días de vacaciones fijados en este Convenio, o la parte proporcional correspondiente en caso de prestación de servicios inferior al año.

El importe resultante de esta fórmula se hará efectivo en una sola vez en la nómina de enero del año siguiente, salvo en el supuesto de que el trabajador cesara en la Empresa, por cualquier causa antes de la finalización del año natural, que se abonará dentro del correspondiente recibo de finiquito.

Aquellas empresas que, con anterioridad a la firma de este convenio, vinieran abonando durante el disfrute del período de vacaciones anuales alguno de los complementos o pluses citados en el párrafo primero de este artículo, mantendrán este sistema, aplicando dicha fórmula exclusivamente para los restantes complementos.



B) Mediante su sentencia 196/2014 de 11 de diciembre la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional declaró el derecho de los trabajadores afectados por el convenio colectivo "a incluir dentro de su retribución de vacaciones todos los complementos que han venido recibiendo habitualmente en el desempeño de su puesto de trabajo, especialmente comisiones por ventas e incentivos a la producción".

Nuestra sentencia 496/2016 de 8 junio (rec. 112/2015) confirmó el fallo de la citada resolución.

C) Nuestra STS 530/2016 de 16 junio (rec. 146/2015) resolvió conflicto colectivo sobre aplicación del convenio sectorial de referencia a otra empresa y resolvió que para el cálculo de la retribución de las vacaciones debe computarse la media de los incentivos variables por ventas cobrados en el año.

D) Resolviendo el procedimiento de impugnación de convenio colectivo promovido al efecto, la SAN 163/2016 de 3 noviembre (proc. 258/2016) anuló la fórmula del convenio para la retribución de vacaciones, considerando que su aplicación comporta cobrar menos que cuando se trabaja, ejerciendo un efecto disuasorio. Su fallo declara "la nulidad del apartado b) del Art. 50, párrafo 2º del V Convenio Colectivo de Contact Center (antes Telemarketing)".

Nuestra sentencia 159/2018 de 15 febrero (rec. 47/2017) confirma el fallo de instancia. Explica que aunque la fijación por la negociación colectiva de esa "retribución ordinaria" o "remuneración normal o media", admita un comprensible grado de discrecionalidad, la misma no puede alcanzar a distorsionar tal concepto, de tal suerte que conforme a un elemental cálculo aritmético el "promedio" de unas determinadas percepciones periódicas no puede sino obtenerse a través de una división en la que el dividendo está constituido por la cantidad total entregada durante todo el periodo de cálculo y el divisor está determinado por el número de elementos temporales –días, semanas o meses– cuyo promedio perceptor se trata de calcular, no siendo admisible que el promedio de unos complementos percibidos durante 330/332 días, se divida por 365 días y se multiplique el resultado por 32 [días de vacaciones].

E) La SAN 2/2017 de 18 enero (proc. 317/2016) resuelve nuevo conflicto colectivo referido a vacaciones en el sector de contact center y declara que los trabajadores tienen derecho a que se les promedien las comisiones por ventas, así como otros incentivos de producción, que no hubieran prescrito, durante sus vacaciones anuales. Su parte dispositiva proclama "el derecho de los trabajadores del sector a percibir dentro de la retribución de sus vacaciones todos aquellos complementos no prescritos a la fecha de interposición del conflicto de 18 de septiembre de 2014, que han venido recibiendo habitualmente derivados del desempeño del puesto de trabajo, así como aquellas comisiones por ventas y otros incentivos a la producción y que hubiera correspondido abonar en enero de 2014, enero de 2015 y enero de 2016".

Nuestra STS 536/2018 de 17 mayo (rec. 97/2017) desestima el recurso de casación interpuesto. En ella se argumenta del siguiente modo:

La sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, a la vista de la oposición realizada por la parte demanda, considera que la sentencia que declaró el derecho de los trabajadores a la retribución de las vacaciones con determinados complementos salariales, al ser declarativa, despliega efectos ex tunc y, por ende, los trabajadores tienen derecho a la retribución de las vacaciones así establecidas desde el año anterior a la demanda y no desde el 11 de agosto de 2014.

Pues bien, siendo exclusivamente objeto de la instancia y ahora de este recurso, el alcance temporal de la sentencia del anterior conflicto colectivo desde la exclusiva consideración del principio de seguridad jurídica que, con amparo en los preceptos constitucionales aquí se denuncia, la solución alcanzada no puede ser la que se pretende en el recurso.

F) El 12 de julio de 2017 se publica en el BOE el II Convenio Colectivo sectorial.

2 . Demanda de conflicto colectivo de CGT.

Con fecha de 7 de julio de 2017 la Abogada y representante de la Confederación General del Trabajo (CGT) presenta demanda de conflicto colectivo frente a Unisono Soluciones de Negocio S.A.

Reclaman la aplicación del sistema de cálculo de las vacaciones pactado en el art. 50 del II Convenio sectorial, desde el 1 de enero de 2015, por cuanto así se deduce de sus arts. 4 y 43, en relación con el propio art. 50 del convenio.

Invoca en su favor el tenor de los preceptos del propio convenio colectivo y el acuerdo adoptado el 30 de mayo de 2017 en la comisión negociadora (que la actualización de las tablas salariales se realice en el mes de junio de 2017 y los atrasos, antes del 15 de junio de 2017).

3. Sentencia de la Audiencia Nacional.



La SAN 145/2017 de 11 octubre (proc. 217/2017), ahora recurrida, desestima la demanda interpuesta.

En su fundamentación jurídica, tras desestimar la excepción de litispendencia planteada por UNISONO, analiza el fondo de la cuestión suscitada, considerando que la simple lectura del art. 5 del Convenio Colectivo permite concluir que la regla general es la aplicación del Convenio desde su entrada en vigor, constituyendo una excepción la regla que afecta a los efectos económicos del Convenio, -que sí se retrotrajeron al 1-01-2015-, pero con arreglo a lo pactado en el art. 43 del propio Convenio.

A continuación señala que el mentado art. 43 se refiere únicamente a las tablas incorporadas como anexo en el propio Convenio, de modo que no hace alusión alguna a la pretendida aplicación retroactiva del sistema de cálculo de la retribución de vacaciones, pactada en el art. 50 del Convenio. Concluye que tal retroactividad es imposible al no estar recogidas las vacaciones en las tablas del Anexo del Convenio.

4. Recurso de casación de UGT.

La Unión General de Trabajadores (UGT), que se había adherido a la demanda, con fecha 22 de noviembre de 2017 formaliza recurso de casación frente a la sentencia de instancia. Con fundamento en el apartado e) del artículo 207 de la LRJS, por infracción del artículo 1.281 del Código Civil, en relación con los artículos 5, 43 y 50 del II Convenio Colectivo de Contact Center, así como la jurisprudencia aplicable.

Sostiene, que la Audiencia Nacional no habría tenido en cuenta los términos literales pactados en el Convenio Colectivo de Contact Center, pues si bien no existe un Anexo con unas tablas que como tal recojan el concepto de "Retribución en vacaciones" sí que se fija en el Anexo del convenio colectivo (concretamente en el II Anexo) la cuantía de los conceptos que integran la retribución en vacaciones, y entre ellos, los recargos de festivos normales, festivos especiales, domingos, Plus de Idioma, Plus de Nocturnidad y Plus Transporte.

5. Recurso de casación de CCOO.

Comisiones Obreras (CCOO), que también se había adherido a la demanda, con fecha 28 de noviembre de 2017 formaliza recurso de casación frente a la sentencia de instancia; lo estructura en dos motivos ambos a amparo del art. 207.e) LRJS.

En el primer motivo sostiene la infracción de las normas que regulan la vigencia y alcance temporal del convenio conforme al art. 86.1 del ET. Sostiene que la interpretación de la SAN no resulta ajustada a Derecho, ya que deja sin efectos el impacto económico expresamente contemplado en la cláusula retroactiva del art. 50, invalidando una disposición establecida al amparo del art. 86.1 del ET.

En el segundo denuncia infracción de las normas que resultan aplicables en relación con el principio de modernidad establecido en el art. 82.4 y 86.4 del ET. Sostiene que la jurisprudencia sobre el principio de modernidad implica la obligatoria consideración de la nueva fórmula contenida en el art. 50 del Convenio, sustituyendo el anterior sistema de cálculo para la retribución ordinaria en vacaciones.

6. Impugnación del recurso.

Con fecha 20 de diciembre de 2017 el Abogado y representante de Unisono impugna los dos recursos de casación formalizados.

Sostiene que el artículo 50 del Convenio despliega sus efectos hacia el futuro tanto por así derivarse de su literalidad cuanto por ser esa la intención de las partes, tal y como se desprende de diversas sesiones negociadoras, debidamente documentadas en las actas.

7. Informe del Ministerio Fiscal.

Con fecha 15 de marzo de 2018 el representante del Ministerio Fiscal ante esta Sala Cuarta emite el Informe previsto en el artículo 214.1 LRJS. Examina de manera detallada cada uno de los motivos de los dos recursos y expone las razones por las que ninguno de ellos debiera prosperar.

8. Alcance del debate casacional.

Lo expuesto evidencia que la remuneración de las vacaciones ha sido un tema sumamente conflictivo mientras ha estado vigente el I Convenio sectorial y que la fórmula acogida por el II Convenio, sin embargo, sí goza del respaldo sindical. De hecho, la demanda promovida (a la que se adhirieron diversas organizaciones sindicales) lo que pretende es que su contenido se proyecte sobre el pasado.

Los tres motivos de casación formalizados, en realidad, pueden ser abordados de manera conjunta. Todos ellos consideran que la sentencia de instancia yerra en su interpretación del alcance que posee el convenio colectivo; la mención a preceptos del ET o del CC es, por tanto, mediata y pura consecuencia de lo anterior.



Si consideramos que la interpretación asumida por la Audiencia Nacional es errónea deberán prosperar los dos recursos, y viceversa.

A diferencia de los casos resueltos por las sentencias que hemos mencionado en el apartado 1 de este Fundamento, ahora no se trata de determinar el monto de la retribución vacacional o de aquilatar la validez de la fórmula recogida en el convenio colectivo. Estamos ante un puro conflicto de interpretación normativa y de ahí que sea imprescindible acometer de inmediato su examen.

Lo único debatido es la eficacia temporal más o menos retroactiva de las previsiones del II Convenio Colectivo. No se trata de preciar los efectos temporales de las sentencias recaídas sobre alcance del I Convenio Colectivo, ni de examinar la validez de las nuevas reglas materiales o intertemporales incorporadas al II Convenio, sino de a quilatar el alcance de lo pactado.

SEGUNDO.- Examen de las normas cuya infracción se denuncia.

1. II Convenio Colectivo sectorial.

En el BOE de 12 de julio de 2017 aparece publicado el texto del II Convenio colectivo de ámbito estatal del sector de Contact Center (antes Telemarketing) (código de convenio número 99012145012002), que fue suscrito con fecha 30 de mayo de 2017 por la Asociación de Contact Center Española (ACE), en representación de las empresas del sector y por los sindicatos ahora recurrentes.

A) El artículo 5º del convenio regula su "vigencia" en los términos que siguen:

El Convenio con carácter general entrará en vigor, al momento de su firma, retro trayéndose sus efectos económicos al 1 de enero de 2015, en la forma y con el alcance establecido en el artículo 43.

B) El remitido artículo 43 aborda los "Incrementos salariales" en los siguientes términos:

Las tablas que se incorporan como anexo de este Convenio, son el resultado de los incrementos salariales pactados para los años 2015, 2016, 2017, 2018 y 2019, estructurados conforme a los siguientes puntos:

2015: 0 % (Por resultar negativo el IPC del año 2014). 2016: 0 % (IPC del año 2015).

2017: 1,6 % (IPC a año vencido del año 2016) desde el 1 de enero de 2017. Todos los conceptos salariales y extrasalariales, comprendidos en el anterior Convenio colectivo estatal del sector de Contact Center, se incrementarán en un porcentaje igual al IPC real a año vencido, actualizándose las tablas desde el 1 de enero de 2017.

Las empresas estarán obligadas a actualizar las tablas salariales correspondientes a 2017 y a retribuir los atrasos en la nómina del mes siguiente después de la publicación del Convenio en el Boletín Oficial del Estado.

2018: IPC del año 2017 + 0,5 %. Mínimo garantizado de un 0,6% en referencia al IPC. Todos los conceptos salariales y extrasalariales, se incrementarán sobre las tablas de 2017 en los valores resultantes y, actualizándose desde el 1 de enero de 2018.

2019: IPC del año 2018 + 0,5 %. Mínimo garantizado de un 0,6% en referencia al IPC. Todos los conceptos salariales y extrasalariales, se incrementarán sobre las tablas de 2018 en los valores resultantes y, actualizándose desde el 1 de enero de 2019.

Las tablas salariales correspondientes a los años 2018 y 2019 serán elaboradas por la Comisión Paritaria del Convenio Colectivo en los 15 días siguientes a la publicación oficial del IPC real del año anterior.

C) Por último, el artículo 50 del convenio, enmarcado en una sección sobre pluses salariales, disciplina la "Retribución en vacaciones" y se sitúa en el eje de la polémica. Su texto es el siguiente:

Las personas afectadas por este Convenio percibirán, como retribución de sus vacaciones anuales la media de lo que hayan percibido por los complementos de festivos, festivos especiales, domingos, plus de nocturnidad y de idiomas indicados en el Convenio, así como las comisiones por ventas y/o incentivos a la producción variables, de carácter ordinario, en función de la actividad realizada derivados del desempeño de su puesto de trabajo.

Se calculará dicha retribución de conformidad con la siguiente fórmula:

a) Sumar las cantidades percibidas por los complementos salariales indicados en el párrafo anterior, del año en curso que haya percibido cada trabajador o trabajadora.

Con el objeto de evitar duplicidades en el abono de comisiones y/o incentivos en el caso que, durante el disfrute de las vacaciones, se percibieran comisiones y/o incentivos de los indicados en el párrafo anterior, no se incluirán en esta suma los importes ya percibidos por estos conceptos.



b) Dividir esta cantidad entre 330 días (11 meses de 30 días cada mes entendido como mes tipo) y multiplicarlo por los 32 días de vacaciones fijados en este Convenio, o la parte proporcional correspondiente en caso de prestación de servicios inferior al año.

El importe resultante de esta fórmula se hará efectivo en una sola vez en la nómina de enero del año siguiente, salvo en el supuesto de que la persona afectada cesara en la Empresa, por cualquier causa antes de la finalización del año natural, que se abonará dentro del correspondiente recibo de finiquito.

Aquellas empresas que, con anterioridad a la firma de este Convenio, vinieran abonando durante el disfrute del período de vacaciones anuales alguno de los complementos o pluses citados en el párrafo primero de este artículo, mantendrán este sistema, aplicando dicha fórmula exclusivamente para los restantes complementos.

2. Código Civil.

Al regular la interpretación de los contratos, el Código Civil alberga diversos preceptos, usualmente tomados en cuenta por nuestra doctrina como uno de los ejes hermenéuticos en materia de convenios colectivos. El recurso de UGT considera vulnerado el artículo 1281, cuyo texto es el siguiente:

Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas.

Si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas.

A su vez, el artículo 1282 CC dispone que "Para juzgar de la intención de los contratantes, deberá atenderse principalmente a los actos de éstos, coetáneos y posteriores al contrato".

3. Estatuto de los Trabajadores.

El recurso formulado por la UGT considera que la sentencia de instancia vulnera diversas previsiones del ET en materia de convenios colectivos. La primera de ellas es la contenida en el artículo 82.4, cuyo tenor es el que sigue:

El convenio colectivo que sucede a uno anterior puede disponer sobre los derechos reconocidos en aquél. En dicho supuesto se aplicará, íntegramente, lo regulado en el nuevo convenio.

El artículo 86 ET aborda la "vigencia" de los convenios colectivos, siendo dos los apartados del mismo que invoca el recurso de UGT como vulnerados:

1. Corresponde a las partes negociadoras establecer la duración de los convenios, pudiendo eventualmente pactarse distintos períodos de vigencia para cada materia o grupo homogéneo de materias dentro del mismo convenio.

Durante la vigencia del convenio colectivo, los sujetos que reúnan los requisitos de legitimación previstos en los artículos 87 y 88 de esta Ley podrán negociar su revisión.

[...]

4. El convenio que sucede a uno anterior deroga en su integridad a este último, salvo los aspectos que expresamente se mantengan.

TERCERO.- Interpretación del convenio colectivo.

1. Criterios generales de interpretación.

A la hora de interpretar las previsiones del convenio colectivo aplicado en la empresa interesa recordar nuestra consolidada doctrina. Aparece resumida en SSTs 15 septiembre 2009 (rec. 78/200), 5 junio 2012 (rec. 71/2011) o 9 febrero 2015 (rec. 836/2014):

Dado su carácter mixto -norma de origen convencional/contrato con eficacia normativa- su interpretación ha de atender tanto a las reglas legales atinentes a la hermenéutica de las normas jurídicas como a aquéllas otras que disciplinan la interpretación de los contratos, esto es: los arts. 3, 4 y 1281 a 1289 CC, junto con el principal de atender a las palabras e intención de los contratantes, pues no hay que olvidar que el primer canon hermenéutico en la exégesis de los contratos -naturaleza atribuible al convenio colectivo- es "el sentido propio de sus palabras" [art. 3.1 CC], el "sentido literal de sus cláusulas" [art. 1281 CC] (STS 25/01/05-rec. 24/03-), que constituyen "la principal norma hermenéutica -palabras e intención de los contratantes-" (STS 01/07/94-rec. 3394/93-), de forma que cuando los términos de un contrato son claros y terminantes, no dejando lugar a dudas sobre la intención de los contratantes, debe estarse al sentido literal de sus cláusulas, sin necesidad de acudir a ninguna otra regla de interpretación (SSTs -próximas- de 13/03/07-rcud 93/06-; 03/04/07-rcud 716106-; 16/01/08-rcd 59/07-; 27/05/08-rcud 4775/06-; y 27/06/08-rcd 107/06-).



Las normas de interpretación de los arts. 1282 y siguientes del CC tienen carácter de subsidiariedad en su aplicación [STS de 01/02/07 -rcud 2046/05-], de forma que cuando la literalidad de las cláusulas de un contrato sean claras, no son de aplicar otras diferentes que las correspondientes al sentido gramatical, o dicho de otro modo, el art. 1281 CC consta de dos párrafos, que persiguen la doble finalidad de evitar que se tergiverse lo que aparece claro, o que se admita, sin aclarar lo que se ofrezca oscuro, siendo factor decisivo de interpretación, en el primer supuesto las palabras empleadas, y en el segundo la intención evidente de los contratantes (así, entre otras, SSTS 13/03/07 -rcud 93/06 -; 03/04/07 - rcud 716/06 -; 16/01/08 -rco 59/07 -; 27/05/08 -rcud 4775/06 -; y, 24/06/08 -rcud 2897/07 -.

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 comitentes.

La interpretación de los contratos y demás negocios jurídicos (y el convenio colectivo participa de tal naturaleza) 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.

Como acaba de recordarse, nuestra jurisprudencia viene asignando un valor presuntivamente acertado a la interpretación que los órganos de instancia hayan asumido respecto del alcance del convenio colectivo. La inmediatez y valoración conjunta de la prueba con que se dicta la sentencia por parte del *iudex a quo* se encuentran en la base de tal criterio. Las apreciaciones sobre el sentido y contenido de los pactos colectivos que efectúan los tribunales de instancia han de ser mantenidas salvo que resulten manifiestamente erróneas o contrarias a las disposiciones legales de los artículos 1281 y siguientes del Código Civil .

2. La intención de las partes.

Tanto por su relevancia general cuanto porque los recursos insisten (como lo hizo la demanda) en que la intención de las partes signatarias del II Convenio Colectivo ha sido desconocida por la sentencia recurrida, debemos indagar si realmente ha sido así.

A) Puesto que el relato fáctico elaborado por la SAN combatida no aparece cuestionado, conviene destacar algunos datos que aparecen en él y que la propia fundamentación recalca:

- La postura patronal en la comisión negociadora del convenio fue aplicar la STS 8-06-2016 desde su firmeza. Dicha tesis fue recusada desde el primer momento por los sindicatos, quienes defendieron su retroacción al 1-10-2014.

- Esa confrontación se mantuvo invariable en las reuniones de la CN de 14-07; 13-09 y 27-10-2016 y 11-01-2017.

- Es en la reunión de la CN, celebrada el 23-02-2017, en cumplimiento de los acuerdos de mediación del SIMA de 17-02-2017, donde la patronal realiza propuestas concretas con determinados efectos retroactivos, sin que esa propuesta fuera aceptada por los representantes de los trabajadores.

- El 31-03-2017 se suscribe el preacuerdo del convenio, que se firma definitivamente por ACE, CCOO y UGT el 26-05-2017, donde CGT volvió a reclamar que se incluyera el fallo de la sentencia del TS.

B) A la vista de tales datos, coincidiendo con la sentencia recurrida, consideramos que en absoluto ha quedado acreditada la intención de retrotraer los efectos temporales de la nueva fórmula retributiva de las vacaciones hasta el 1 de enero de 2015. La propia postura del sindicato demandante apunta en esa dirección, cuando reprocha a los firmantes que no lo han hecho.

C) Añadamos que el artículo 86.3.II ET ("Durante las negociaciones para la renovación de un convenio colectivo, en defecto de pacto, se mantendrá su vigencia, si bien las cláusulas convencionales por las que se hubiera renunciado a la huelga durante la vigencia de un convenio decaerán a partir de su denuncia. Las partes podrán adoptar acuerdos parciales para la modificación de alguno o algunos de sus contenidos prorrogados con el fin de adaptarlos a las condiciones en las que, tras la terminación de la vigencia pactada, se desarrolle la actividad en el sector o en la empresa. Estos acuerdos tendrán la vigencia que las partes determinen") permite que los acuerdos parciales logrados durante la negociación del convenio colectivo se formalicen como tales, lo que no ha sucedido aquí.

Y el tenor de las actas aportadas al procedimiento lo que muestra es una discrepancia sobre el punto conflictivo. No cabe duda de que la posición sindical era favorable a lo que ha postulado la demanda, pero tampoco acerca de la oposición empresarial a ello.



Los artículos 1281 CC no han sido vulnerados por la sentencia recurrida, puesto que la voluntad de las partes tampoco ha sido contraria a la interpretación que la misma acoge respecto del objeto litigioso. Su interpretación aparece plenamente ajustada a los cánones interpretativos que se contemplan en el Código Civil.

D) Tampoco el art. 1282 del Código Civil permite una interpretación del Convenio como la propuesta por los recurrentes. En la reunión de la comisión negociadora de fecha 26 de mayo de 2017, CGT denunció que no se había hecho ninguna concesión por ACE, ya que se habría limitado a incluir pronunciamientos judiciales (señaladamente los términos de la STS de 8 de junio de 2016). Esto (HP sexto) revela que no se pactó la retroactividad de la retribución en vacaciones a la fecha 1 de enero de 2015.

Lo mismo cabe respecto de que en la reunión de la comisión negociadora del II Convenio Sectorial, celebrada el 30 de mayo de 2017, se procedió a la firma del Convenio por ACE, CCOO y UGT, conviniéndose "*expresamente*" que la actualización de las tablas salariales se realizara en el mes de junio de 2017 y los atrasos, antes del 15 de junio de 2017.

De haberse querido pactar también la retroactividad de un aspecto tan relevante como la retribución en vacaciones, se habría convenido igualmente de modo expreso.

3. Consideraciones específicas.

A) La remisión al art. 43 del Convenio que se efectúa por el art. 5, no deja lugar a dudas de que se limita al exclusivo ámbito que prevé aquel precepto, y por tanto a los incrementos salariales recogidos en las tablas que se incorporan como anexo en el Convenio. Dichas tablas salariales se refieren respectivamente, al salario base (anexo I) y al recargo de festivos normales, festivos especiales, domingos, Plus de Idioma, Plus de Nocturnidad y Plus Transporte (anexo II).

La inclusión de los referidos conceptos en el Anexo II supone la ordinaria adición de los mismos a las cuantías contempladas en la tabla correspondiente al salario base, sin que quepa a nuestro entender, la interpretación que efectúa el sindicato recurrente, cuando afirma, que precisamente la relación de los conceptos referidos en el anexo II, se identifica con el contenido propio de la "retribución en vacaciones". Es cierto que tales conceptos de integran en la retribución de vacaciones, pero no solo ellos, pues el nuevo art. 50 (del II Convenio Colectivo), añade como un concepto más, las comisiones por ventas y/o incentivos a la producción variables, de carácter ordinario, en función de la actividad realizada derivados del desempeño del puesto de trabajo.

El argumento considerando que el Anexo II viene a ser la concreción de la "retribución en vacaciones", carece de sustento, cuando solo existe una coincidencia parcial entre los allí contemplados y los incluidos en el art. 50.

B) Respecto del principio de modernidad, el Informe del Ministerio Fiscal evidencia que la elementalidad del planteamiento excusa de mayores argumentaciones, en tanto se omite un aspecto fundamental de la cuestión, cual es el de la función o cometido de normas de carácter transitorio, cuya virtualidad, precisamente, es la de regular la eficacia temporal de las normas jurídicas, ya sean estas legales o convencionales, y en consecuencia, la capacidad de las normas "modernas" para sustituir los efectos nacidos al amparo de normas anteriores. Al no contenerse dichas normas en el Convenio pactado, mal puede aplicarse ese principio general de "modernidad" que aduce el sindicato recurrente.

CUARTO.- Resolución.

Los razonamientos precedentes abocan a la desestimación de los recursos interpuestos. Aplicando las habituales reglas interpretativas se desprende del II Convenio sectorial que la retroacción de efectos económicos a enero de 2015 se refiere únicamente a las tablas salariales anexadas al convenio y los incrementos correspondientes, en los que no están las vacaciones. -

Tampoco los actos anteriores, coetáneos y posteriores a la firma del II convenio revelan una clara intención de las dos partes firmantes en el sentido que postulan los recursos, sino todo lo contrario.

De este modo, en concordancia con el Informe del Ministerio Fiscal, debemos desestimar los recursos de casación interpuestos por UGT y CCOO. Tanto la condición subjetiva de ambos recurrentes (que han litigado en defensa de los intereses económicos y sociales propios de los trabajadores) cuanto la modalidad procesal seguida (conflicto colectivo) comportan que no proceda imponerles las costas causadas.

FALLO

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

:



- 1) Desestimar el recurso de casación interpuesto por la Federación Estatal de Servicios, Movilidad y Consumo de la Unión General de Trabajadores (FeSMC-UGT), representada y defendida por el Letrado Sr. Manzano del Pino.
- 2) Desestimar el recurso de casación interpuesto por la Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CCOO-SERVICIOS), representada y defendida por la Letrada Sra. De Pablo Portillo.
- 3) Declarar la firmeza de la sentencia 145/2017 dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de 10 de octubre de 2017, en autos nº 217/2017, seguidos a instancia de la Confederación General del Trabajo contra la mercantil Unisono Soluciones de Negocio, S.A., la Federación de Servicios Financieros Administrativos, CCOO, Federación Estatal de Servicios UGT, Unión Sindical Obrera, Corriente Sindical de Izquierdas, CSI-F, Somos Sindicalistas, Trabajadores Unidos Sindicalmente Independientes, Federación de Banca, Ahorro y Seguros y Oficinas de CIG, sobre conflicto colectivo.
- 4) No efectuar declaración sobre imposición de costas.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDO