



Roj: **SAN 3935/2017** - ECLI: **ES:AN:2017:3935**

Id Cendoj: **28079240012017100140**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **10/10/2017**

Nº de Recurso: **217/2017**

Nº de Resolución: **145/2017**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **RICARDO BODAS MARTIN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.NACIONAL SALA DE LO SOCIAL

MADRID

SENTENCIA: 00145/2017

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Social

Letrada de la Administración de Justicia

D^a. MARTA JAUREGUIZAR SERRANO

SENTENCIA N^o:145/2017

Fecha de Juicio: 10/10/2017 a las 09:30

Fecha Sentencia: 11/10/2017

Tipo y núm. Procedimiento: CONFLICTOS COLECTIVOS 0000217 /2017

Materia: CONFLICTO COLECTIVO

Ponente: **RICARDO BODAS MARTÍN**

Demandante: CONFEDERACION GENERAL DEL TRABAJO CGT

Demandados: UNISONO SOLUCIONES DE NEGOCIO S.A, CORRIENTE SINDICAL DE IZQUIERDAS, TRABAJADORES UNIDOS SINDICALMENTE INDEPENDIENTES, FEDERACION ESTATAL DE SERVICIOS, MOVILIDAD Y CONSUMO DE LA UGT, FEDERACION DE SERVICIOS DE COMISIONES OBRERAS, SOMOS SINDICALISTAS, FEDERACION DE BANCA AHORRO SEGUROS Y OFICINAS DE CIG, UNION SINDICAL OBRERA, CENTRAL SINDICAL INDEPENDIENTE Y DE FUNCIONARIOS CSI-F

Resolución de la Sentencia: DESESTIMATORIA

Breve Resumen de la Sentencia : Pretendiéndose, que el sistema de cálculo de la retribución de vacaciones, pactado en el nuevo convenio, se retrotraiga al 1-01-2015, se desestima la excepción de litispendencia, alegada por la empresa, por cuanto no concurren las identidades subjetiva, objetiva y causal con los litigios precedentes, que aplicaron la regulación del convenio anterior. - Se desestima la demanda, porque la literalidad de la regulación convencional no avala la tesis actora, puesto que la retroacción de efectos económicos al 1- 01-2015, pactada en el convenio, está referida únicamente a las tablas salariales anexadas al convenio y los incrementos correspondientes, en los que no están las vacaciones. - Tampoco avala la postura de los demandantes los actos coetáneos y posteriores al convenio, que revelan, por el contrario, que nunca hubo intención de retrotraer la regulación de la retribución de vacaciones.

AUD.NACIONAL SALA DE LO SOCIAL

-



GOYA 14 (MADRID)

Tfno: 914007258

Equipo/usuario: MMM

NIG: 28079 24 4 2017 0000228

Modelo: ANS105 SENTENCIA

CCO CONFLICTOS COLECTIVOS 0000217 /2017

Procedimiento de origen: /

Sobre: CONFLICTO COLECTIVO

Ponente Ilmo. Sr. RICARDO BODAS MARTÍN

SENTENCIA 145/2017

ILMO. SR.PRESIDENTE:

D. RICARDO BODAS MARTÍN

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

D^a. EMILIA RUIZ JARABO QUEMADA

D. RAMÓN GALLO LLANOS

En MADRID, a diez de octubre de dos mil diecisiete.

La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional compuesta por los Sres. Magistrados citados al margen y

EN NOMBRE DEL REY

Han dictado la siguiente

SENTENCIA

En el procedimiento CONFLICTOS COLECTIVOS 0000217/2017 seguido por demanda de CONFEDERACION GENERAL DEL TRABAJO CGT (con representación MARIA DEL CORAL GIMENO PRESA) contra UNISONO SOLUCIONES DE NEGOCIO S.A (representación D. Luis González Benítez), TRABAJADORES UNIDOS SINDICALMENTE INDEPENDIENTES (representado por D. José Manuel Flores Jiménez), FEDERACION ESTATAL DE SERVICIOS, MOVILIDAD Y CONSUMO DE LA UGT (Letrado D. Roberto Manzano del Pino), FEDERACION DE SERVICIOS DE COMISIONES OBRERAS (Letrada D^a. Sonia de Pablo), FEDERACION DE BANCA AHORRO SEGUROS Y OFICINAS DE CIG (Letrada D^a. Rosario Martín Narrillos), UNION SINDICAL OBRERA (representada por D^a. María Eugenia Moreno), CENTRAL SINDICAL INDEPENDIENTE Y DE FUNCIONARIOS CSI.F (Letrado D. Pedro Poves), CORRIENTE SINDICAL DE IZQUIERDAS, SOMOS SINDICALISTAS sobre CONFLICTO COLECTIVO. Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. D. **RICARDO BODAS MARTÍN**.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Según consta en autos, el día 10 de Julio de 2017 se presentó demanda por CONFEDERACION GENERAL DEL TRABAJO CGT contra UNISONO SOLUCIONES DE NEGOCIO S.A, CORRIENTE SINDICAL DE IZQUIERDAS, TRABAJADORES UNIDOS SINDICALMENTE INDEPENDIENTES, FEDERACION ESTATAL DE SERVICIOS DE LA UGT, FEDERACION DE SERVICIOS FINANCIEROS ADMINISTRATIVOS COMISIONES OBRERAS, SOMOS SINDICALISTAS, FEDERACION DE BANCA AHORRO SEGUROS Y OFICINAS DE CIG, UNION SINDICAL OBRERA, CENTRAL SINDICAL INDEPENDIENTE Y DE FUNCIONARIOS CSI-F sobre CONFLICTO COLECTIVO.

Segundo.- La Sala acordó el registro de la demanda y designó ponente, con cuyo resultado se señaló el día 10/10/2017 a las 9:30 para los actos de intento de conciliación y, en su caso, juicio, al tiempo que se accedía a lo solicitado en los otrosíes de prueba.

Tercero.- Llegado el día y la hora señalados tuvo lugar la celebración del acto de juicio, previo intento fallido de avenencia, y en el que se practicaron las pruebas con el resultado que aparece recogido en el acta levantada al efecto.

Cuarto.- Dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 97.2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, por la que se aprobó la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, debe destacarse, que las partes debatieron sobre los extremos siguientes:



La CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO (CGT desde aquí) ratificó su demanda de conflicto colectivo, mediante la cual pretende se declare el derecho de los trabajadores de la empresa UNISONO SOLUCIONES DE NEGOCIO S.A. al cálculo y abono como atrasos pendientes de 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 período 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 a los parámetros establecidos en el precepto y expresa condena en costas en la cuantía de 600 euros.

CGT subrayó, que la empresa ha cumplido la sentencia de la Sala de 11-12-2014 , confirmada por STS 18-05-2016 , a partir de esta última fecha. - Subrayó, por otra parte que, aunque la SAN 3-11-2016 anuló el sistema de cálculo de las vacaciones del convenio precedente y la SAN 18-01-2017 declaró que los efectos de la inclusión de las comisiones en las vacaciones debían retrotraerse al 1-01-2014, la empresa ha continuado sin aplicar ese derecho a sus trabajadores.

Mantuvo, en cualquier caso, que la regulación del art. 50 del convenio vigente debe aplicarse retroactivamente al 1-01-2015, por cuanto así se deduce de la literalidad del convenio, así como de la intención de sus negociadores, como es de ver en el acta de la Comisión negociadora de 26-05-2017.

La FEDERACIÓN DE SERVICIOS DE COMISIONES OBRERAS (CCOO desde ahora); la FEDERACIÓN ESTATAL DE SERVICIOS, MOVILIDAD Y CONSUMO DE LA UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES (UGT desde aquí); la UNIÓN SINDICAL OBRERA (USO desde ahora); CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALEGA (CIG desde aquí); TRABAJADORES UNIDOS SINDICALMENTE INDEPENDIENTES (TUSI desde ahora) y CSI-F se adhirieron a la demanda.

UNISONO SOLUCIONES DE NEGOCIO, SA (UNISONO desde aquí) se opuso a la demanda, aunque admitió sus hechos primero, segundo, cuarto, quinto, sexto y 9, oponiéndose a todos los demás.

Destacó que la SAN 11-12-2014 , confirmada por STS 8-06-2016 , se está cumpliendo escrupulosamente por la empresa desde la sentencia del Tribunal Supremo. - Advirtió, sin embargo, que la SAN 3-11-2016 y la SAN 18-01-2017 están actualmente recurridas por la patronal del sector.

Excepcionó litispendencia, puesto que el resultado de los recursos de casación, que penden sobre las sentencias mencionadas, provocará inevitablemente efectos en el presente litigio, puesto que, si se confirmara la SAN 3-11-2016 , que anuló el sistema de cálculo de la retribución de vacaciones del convenio precedente, se produciría un vacío, puesto que no se ha resuelto en la negociación colectiva el sistema de cálculo para el convenio precedente y si se casa la sentencia, se mantendría vigente el anterior sistema. - Defendió, del mismo modo, que si se casa la SAN 18-01-2017 , quedaría perfectamente clara la imposibilidad de retrotraer la retribución de las vacaciones al 1-01-2015.

Se opuso a la interpretación actora, puesto que ni el art. 5, ni el art. 43, ni el art. 50 del convenio vigente prevén que el sistema de cálculo de la retribución de vacaciones, pactado en el art. 50 del propio convenio, se retrotraiga al 1-01-2015.

Destacó, a estos efectos, que el régimen general de aplicación del convenio es desde la fecha de su entrada en vigor, previéndose una aplicación retroactiva en los términos de sus arts. 5 y 43, que no contemplan en absoluto la aplicación retroactiva de las vacaciones.

Señaló, por otro lado, que durante todo el proceso de negociador la posición empresarial fue tajante, dejando perfectamente claro que nunca fue intención de los negociadores, que se aplicara retroactivamente. - Subrayó



especialmente que en la reunión de la CN de 23-02-2017, la patronal hizo una oferta, condicionada a la inaplicación retroactiva, que no se aceptó por los representantes de los trabajadores.

Informó finalmente que se ha convocado a la CP por CGT para tratar el tema, habiéndose fijado fecha para el día de hoy.

CGT y los demás sindicatos se opusieron a la excepción de litispendencia, porque su pretensión se limita a la aplicación retroactiva del sistema de cálculo de la retribución de vacaciones, previsto en el art. 50 del convenio vigente, siendo esa la razón, por la que reclaman únicamente hasta el 1-01-2015 y no hasta el 1-01-2014.

Quinto.- De conformidad con lo dispuesto en el art. 85, 6 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, se precisa que los hechos controvertidos y conformes fueron los siguientes:

Hechos controvertidos:

-En el desarrollo de la negociación del segundo convenio nunca se convino la retroactividad de lo dispuesto en el nuevo artículo 50.

-En diversas reuniones en la comisión negociadora los sindicatos reclaman que la nueva regulación tenga efectos retroactivos y se rechazó por la patronal.

-Los efectos económicos del nuevo convenio contempló un incremento del 1,6 para 2017, del 0,6 para 2018, ninguno para 2015 y 2016.

-En la nueva regulación del artículo 50 hubo propuestas de la patronal, no se llegó a ningún acuerdo. CC .00 y UGT promovieron demandas ante SIMA.

-El 23 de Febrero de 2017 se convocó comisión negociadora por ACE, se propone dividir fórmula de cálculo en 333 ó 334 para los años bisiestos siempre que la fórmula no sea retroactiva respecto del incremento de incentivos no se aplicarán a 2015 y 2016.

-En junio CGT convoca comisión paritaria y se ha convocado la reunión para hoy para este tema.

Hechos conformes:

- Esta Sala dictó sentencia el 11 de Diciembre de 2014 que fue confirmada el 8 de junio de 2016.

-La empresa está incluyendo las comisiones en vacaciones desde entonces.

-Se dictó SAN el 3 de Noviembre de 2016 respecto del sistema de cálculo, el 18 de Enero de 2017 respecto de la fecha efectos retroactiva han sido recurridas por la patronal del sector.

Resultando y así se declaran, los siguientes

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- 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.

SEGUNDO .- 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.

TERCERO. - 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 Legislación citada LRJS art. 163.4 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 indicada .



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.

CUARTO .- 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.

QUINTO .- 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 adhirieron 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.

SEXTO .- 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.

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

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

NOVENO .- El 5-07-2017 se intentó sin acuerdo la mediación ante el SIMA.

Se han cumplido las previsiones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- De conformidad con lo dispuesto en los artículos 9, 5 y 67 de la Ley Orgánica 6/85, de 1 de julio, del Poder Judicial, en relación con lo establecido en los artículos 8.1 y 2, g de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, compete el conocimiento del proceso a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional.

SEGUNDO .- De conformidad con lo prevenido en el artículo 97, 2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre los hechos, declarados probados, se han deducido de las pruebas siguientes:

- a. - El primero es pacífico.
- b. - El segundo del BOE citado.
- c. - El tercero de las sentencias referidas, que obran como documentos 2 y 3 de UNISONO (descripciones 60 y 61 de autos), que fueron reconocidas de contrario, siendo pacífico que la empresa les dio cumplimiento desde el 1-06-2016.
- d. - El cuarto de la sentencia referida, que obra como documento 5 de UNISONO (descripción 63 de autos), que fue reconocida de contrario. - Es pacífico que está recurrida.
- e. - El quinto de la sentencia citada, que obra como documento 4 de UNISONO (descripción 62 de autos), que se reconoció de contrario. - Es pacífico que está recurrida.
- f. - El sexto de las actas de la CN allí mencionadas, que obran como documentos 8 a 16 de UNISONO (descripciones 66 a 74 de autos), que fueron reconocidas de contrario, así como del acta de 30-05-2017, aportada como documento 1 de CGT (descripción 6 de autos), que fue reconocida de contrario.
- g. - El séptimo del BOE mencionado.
- h. - El octavo es conforme.
- i. - El noveno del acta de mediación mencionada, que obra como documento 2 de CGT (descripción 7 de autos), que fue reconocida de contrario.

TERCERO .- UNISONO exceptuó litispendencia con los litigios, que dieron lugar a nuestras sentencias de 3-11-2016 y 18-01-2017, cuyos fallos reprodujimos más arriba, puesto que su resolución afectaría necesariamente al presente litigio. - Los demandantes se opusieron a dicha excepción, porque la causa de



pedir de la presente pretensión se apoya únicamente en la regulación del art. 50 del II Convenio colectivo de Empresas de Contact Center, cuya aplicación se retrotrajo al 1-01-2015, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 5, 43 y 50 del propio convenio.

La jurisprudencia, por todas STS 27-06-2017, rec. 49/2016 , ha estudiado los requisitos de la litispendencia del modo siguiente:

La doctrina expuesta respecto a la cosa juzgada, es de aplicación asimismo al instituto de la **litispendencia** , pues, ambos tienen por objeto garantizar la seguridad jurídica e impedir la existencia de resoluciones contradictorias. Así, como señala nuestra sentencia de 6 de julio de 2016 (recurso casación 155/2015 Jurisprudencia citada a favor STS , Sala de lo Social , Sección: 1ª, 06/07/2016 (rec. 155/2015) Litispendencia y la cosa juzgada.), La **litispendencia** tiende a impedir la simultánea tramitación de dos procesos con el mismo contenido, siendo una institución preventiva y tutelar de la cosa juzgada, por lo que requiere las mismas identidades que ésta: subjetiva, objetiva y causal. No basta con que entre ambos procesos exista una mera conexión o identidad de alguno de estos elementos (pero no de todos), pues esto último a lo único que puede dar lugar es a la posibilidad de acumulación de ambos procesos a instancia de parte legítima, constituyendo una hipótesis distinta a la de **litispendencia** . Si bien nuestro ordenamiento no define el concepto de **litispendencia** , la misma se configura como el anverso de la cosa juzgada y para que concurra se exige que el objeto de ambos litigios sea idéntico al del proceso en que aquella se produjo, a tenor del artículo 222.1 LEC Legislación citada LEC art. 222.1 . Así lo hemos expuesto en SSTS 3 mayo 2010 (rec. 185/2007 Jurisprudencia citada STS, Sala de lo Social , Sección 1ª, 03-05-2010 (rec. 185/2007)), 9 febrero 2015 (rec. 406/2014 Jurisprudencia citada STS, Sala de lo Social , Sección 1ª, 09-02-2015 (rec. 406/2014)), 18 noviembre 2015 (rec. 19/2015 Jurisprudencia citada STS, Sala de lo Social , Sección 1ª, 18-11-2015 (rec. 19/2015)) y otras muchas que allí se citan .

Debemos resolver, a continuación, si concurre la triple identidad subjetiva, objetiva y causal entre los litigios citados y el presente conflicto colectivo, a lo que vamos a adelantar una respuesta negativa.

Nuestra respuesta debe ser necesariamente negativa, en lo que se refiere a la SAN 3-11-2016, proced. 258/16 , por cuanto en la misma se anuló el sistema de cálculo de la retribución de vacaciones, establecido en el art. 50.2. b del convenio sectorial precedente, de manera que, si se casara nuestra sentencia, la consecuencia sería ni más ni menos, que dicho precepto recuperaría su vigencia, lo cual supondría que habría que convalidar todas las retribuciones de vacaciones, que se ajustaran al mismo. - Por el contrario, si se confirmara la sentencia, la consecuencia sería que las retribuciones de vacaciones, calculadas con arreglo al modelo anulado, no se ajustarían a derecho, pero ello no comportaría un nuevo cálculo automático de las retribuciones, puesto que en la sentencia mencionada quedó claro que el sistema de cálculo deberá resolverse por la negociación colectiva, mientras que aquí se reclama, como precisaron los demandantes, la aplicación retroactiva de la nueva regulación del art. 50 del Convenio, no concurriendo, por consiguiente, las mismas causas de pedir que en el litigio mencionado.

Sucede lo mismo con la SAN 18-01-2017, proced. 317/16 , en la que se retrotrajeron los efectos de la SAN 11-12-2014, proced. 268/14 , confirmada por STS 8-06-2016, rec. 112/2015 , al 1-01-2014, mientras que aquí se reclama que retrotraigamos el sistema de cálculo de la retribución de vacaciones, establecido en el vigente convenio, al 1-01-2015, no concurriendo, por consiguiente, coincidencia ni en el objeto, ni tampoco en la causa de pedir. - Es así, por cuanto la estimación del recurso provocará que la sentencia precedente no retrotraiga sus efectos a la fecha indicada, sucediendo lo contrario, si se confirma nuestra sentencia, pero en ambos supuestos se resolvió sobre la regulación precedente, mientras que aquí se pretende retrotraer los efectos de la nueva regulación convencional. - Consecuentemente, vamos a desestimar la excepción propuesta.

CUARTO .- Los demandantes reclaman la aplicación del sistema de cálculo de las vacaciones, pactado en el art. 50 del II Convenio sectorial, desde el 1-01-2015, por cuanto así se deduce de sus arts. 4 y 43, en relación con el propio art. 50 del convenio. - Subrayaron, en cualquier caso, que esa fue la intención de los negociadores, siendo revelador el acuerdo, alcanzado en la comisión negociadora de 30-05-2017, donde se convino 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, puesto que las vacaciones eran el único concepto retributivo que podía retrotraerse.

UNISONO, como adelantamos más arriba, precisó que la literalidad de los preceptos convencionales citados no permitía llegar a la conclusión de los demandantes, sino a todo lo contrario. - Mantuvo, por otro lado, que en ningún momento de la negociación, donde se debatió reiteradamente sobre los efectos retroactivos de la STS 8-06-2016 , se convino retrotraer los efectos del art. 50 del nuevo convenio al 1-01-2015 .

La resolución del litigio requiere reproducir los arts. 5, 43 y 50 del II Convenio del Sector de Contact Center , que dicen así:

**Artículo 5. Vigencia.**

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

Artículo 43. Incrementos salariales.

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 .

Artículo 50. Retribución en vacaciones.

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.

La simple lectura del art. 5 permite concluir que la regla general es la aplicación del convenio desde su entrada en vigor. - La excepción a la regla afecta a los efectos económicos del convenio, que se retrotrajeron al 1-01-2015, si bien con arreglo a lo pactado en el art. 43 del propio convenio.

El art. 43 del convenio, referido únicamente a las tablas incorporadas como anexo en el propio convenio , revela inequívocamente que no hay ningún tipo de incremento en 2015 y 2016, pactándose un incremento del 1,6% en 2017, el IPC 2017 + 0,5% para el año 2018 con un mínimo garantizado de un 0,6% en referencia al IPC y el IPC 2018 + 0,5% para el año 2019 con un mínimo garantizado de un 0,6% en referencia al IPC, lo cual permite concluir que no se mencionó en absoluto la aplicación retroactiva del sistema de cálculo de la retribución de



vacaciones, pactada en el art. 50 del convenio, al 1-01-2015, como no podría ser de otro modo, puesto que las vacaciones no están recogidas en las tablas del Anexo del convenio. - Sucede lo mismo con el propio art. 50 del convenio, donde no se menciona, de ningún modo, su fecha de efectos.

Consiguientemente, si los efectos económicos del convenio se retrotrajeron al 1-01-2015 en los términos previstos en el art. 43 del propio convenio y éste regula únicamente los incrementos salariales para el período 2015-2019 en las tablas del convenio, sin mencionar para nada el sistema de cálculo de las vacaciones, debemos concluir necesariamente que la literalidad de los preceptos examinados, que es la principal regla hermenéutica, a tenor con lo dispuesto en el art. 1281 CC, no permite coincidir con la interpretación de los demandantes.

Debemos resolver, a continuación, si la intención de los negociadores era contraria a la literalidad de lo pactado, en cuyo caso esa intención debería prevalecer sobre las palabras, tal y como dispone el precepto antes dicho. - El art. 1282 CC dispone que, para juzgar la intención de los contratantes, deberá atenderse principalmente a los actos de éstos, coetáneos y posteriores al contrato.

Llegados aquí, conviene recordar algunos extremos relevantes, que han quedado probados expresamente:

a. - 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.

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

c. - 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.

d. - 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.

Así pues, de los hechos, probados claramente, no puede inferirse que fuera intención de los contratantes, entre los que no estuvo CGT, quien no suscribió el convenio, que el sistema de cálculo de la retribución de vacaciones, pactado finalmente en el art. 50, consistente en dividir la suma de la media, percibida 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, 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, que es una fórmula distinta a la ofertada en la reunión de 23-02-2017, que sí preveía unos determinados efectos retroactivos, fuera retrotraer la nueva fórmula al 1-01-2015.

Por el contrario, la Sala considera que la intención de los negociadores no fue retrotraer la nueva regulación de las vacaciones al 1-10-2015, como revela la propia postura de CGT, quien reprochó a los firmantes no incluir la sentencia del TS, por lo que vamos a desestimar totalmente la demanda.

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

FALLAMOS

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 UNISO NO SOLUCIONES DE NEGOCIO, SA de los pedimentos de la demanda.

Notifíquese la presente sentencia a las partes advirtiéndoles que, contra la misma cabe recurso de Casación ante el Tribunal Supremo, que podrá prepararse ante esta Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en el plazo de **CINCO DÍAS** hábiles desde la notificación, pudiendo hacerlo mediante manifestación de la parte o de su

Letrado al serle notificada, o mediante escrito presentado en esta Sala dentro del plazo arriba señalado.

Al tiempo de preparar ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional el Recurso de Casación, el recurrente, si no goza del beneficio de Justicia Gratuita, deberá acreditar haber hecho el depósito de 600 euros previsto en art. 229.1.b de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, y, en el caso de haber sido condenado en sentencia al pago de alguna cantidad, haber consignado la cantidad objeto de condena de conformidad con el art. 230



del mismo texto legal , todo ello en la cuenta corriente que la Sala tiene abierta en el Banco de Santander Sucursal de la Calle Barquillo 49, si es por transferencia con el nº 0049 3569 92 0005001274 haciendo constar en las observaciones el nº 2419 0000 00 0217 17; si es en efectivo en la cuenta nº 2419 0000 00 0217 17, pudiéndose sustituir la consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario, en el que conste la responsabilidad solidaria del avalista.

Llévese testimonio de esta sentencia a los autos originales e incorpórese la misma al libro de sentencias.

Así por nuestra sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ