



Roj: **SAN 3512/2018** - ECLI: **ES:AN:2018:3512**

Id Cendoj: **28079240012018100132**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/09/2018**

Nº de Recurso: **173/2018**

Nº de Resolución: **138/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **EMILIA RUIZ-JARABO QUEMADA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.NACIONAL SALA DE LO SOCIAL**

**MADRID**

SENTENCIA: 00138/2018

**AUDIENCIA NACIONAL**

**Sala de lo Social**

**Secretaria/o D./D<sup>a</sup>. MARTA JAUREGUIZAR SERRANO**

**SENTENCIA Nº: 138/2018**

**Fecha de Juicio: 18/9/2018**

**Fecha Sentencia:20/9/2018**

**Tipo y núm. Procedimiento: CONFLICTOS COLECTIVOS 0000173 /2018**

**Materia: CONFLICTO COLECTIVO**

**Ponente: EMILIA RUIZ JARABO QUEMADA**

**Demandante/s: FEDERACION DE SERVICIOS DE COMISIONES OBRERAS**

**Demandado/s: ENTERPRISE SOLUTIONS CONSULTORIA Y APLICACIONES, S.L.U., ENTERPRISE SOLUTIONS OUTSOURCING ESPAÑA, S.L.U FEDERACION DE SERVICIOS, MOVILIDAD Y CONSUMO DE LA UNION GENERAL DE TRABAJADORES , FESIBAC-CGT , CORRIENTE SINDICAL DE IZQUIERDA (CSI) ,**

**Resolución de la Sentencia: DESESTIMATORIA**

**AUD.NACION AL SALA DE LO SOCIAL**

GOYA 14 (MADRID)

**Tfno: 914007258**

**NIG: 28079 24 4 2018 0000186**

Modelo: ANS105 SENTENCIA

**CCO CONFLICTOS COLECTIVOS 0000173 /2018**

Procedimiento de origen: /

Sobre: CONFLICTO COLECTIVO

**Ponente Ilmo/a. Sr/a: EMILIA RUIZ JARABO QUEMADA**

**SENTENCIA 138/2018**

**ILMO/A. SR./SRA.PRESIDENTE:**

D.RICARDO BODAS MARTÍN

**ILMOS/AS. SRES./SRAS. MAGISTRADOS/AS :**

D<sup>a</sup>. EMILIA RUIZ JARABO QUEMADA

D.RAMÓN GALLO LLANOS

En MADRID, a veinte de septiembre de dos mil dieciocho.

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

**EN NOMBRE DEL REY**

Han dictado la siguiente

**SENTENCIA**

En el procedimiento CONFLICTOS COLECTIVOS 0000173 /2018 seguido por demanda de FEDERACION DE SERVICIOS DE COMISIONES OBRERAS(letrada Pilar Caballero Marcos) contra ENTERPRISE SOLUTIONS CONSULTORIA Y APLICACIONES, S.L.U.(letrado Miguel Pastur de Dios), ENTERPRISE SOLUTIONS OUTSOURCING ESPAÑA, S.L.U.(letrado Miguel Pastur de Dios) FEDERACION DE SERVICIOS, MOVILIDAD Y CONSUMO DE LA UNION GENERAL DE TRABAJADORES(letrado José Antonio Mozo Saiz),FESIBAC-CGT(letrada Laura V. de Gregorio) , CORRIENTE SINDICAL DE IZQUIERDA (CSI)(no comparece),sobre CONFLICTO COLECTIVO. Ha sido Ponente el Ilmo./a. Sr./a. D./ña. EMILIA RUIZ JARABO QUEMADA.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** Según consta en autos, el día 22 de junio de 2018 se presentó demanda por Doña Pilar Caballero Marcos, Abogada, actuando en nombre y representación de la FEDERACION DE SERVICIOS DE COMISIONES OBRERAS, contra, ENTERPRISE SOLUTIONS CONSULTORIA Y APLICACIONES, S.L.U. y ENTERPRISE SOLUTIONS OUTSOURCING ESPAÑA, S.L.U, y, como interesados, FEDERACION DE SERVICIOS MOVILIDAD Y CONSUMO DE LA UNION GENERAL DE TRABAJADORES (FES-UGT), FEDERACION DE SINDICATOS DE BANCA, BOLSA, AHORRO, ENTIDADES FINANCIERAS, SEGUROS, OFICINAS Y DESPACHOS DE LA CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO (FESIBAC-C.G.T.) y CORRIENTE SINDICAL DE IZQUIERDA (CSI) , sobre, CONFLICTO COLECTIVO en materia de MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO.

**Segundo. -** La Sala designó ponente señalándose el día 18 de septiembre de 2018 para los actos de conciliación y, en su caso, juicio.

**Tercero. -**Llegado el día señalado tuvo lugar la celebración del acto del juicio en el que la parte demandante, se afirmó y ratificó en su demanda, solicitando que se dicte sentencia por la que: se declare:

- a) la NULIDAD de la decisión empresarial de compensar y absorber los incrementos de los trienios de antigüedad y en consecuencia que se reponga a los trabajadores en la situación anterior.
- b) que se condene a la empresa a abonar a cada trabajador las cantidades que le han sido compensadas
- c) que se condene a la empresa a estar y pasar por esta declaración.

Frente a tal pretensión, CORRIENTE SINDICAL DE IZQUIERDA (CSI), no compareció al acto del juicio, pese a costar citada en legal forma.

FEDERACION DE SERVICIOS MOVILIDAD Y CONSUMO DE LA UNION GENERAL DE TRABAJADORES (FES-UGT) y FEDERACION DE SINDICATOS DE BANCA, BOLSA, AHORRO, ENTIDADES FINANCIERAS, SEGUROS, OFICINAS Y DESPACHOS DE LA CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO (FESIBAC-C.G.T.), se adhieren a la demanda.

El letrado de ENTERPRISE SOLUTIONS CONSULTORIA Y APLICACIONES, S.L.U. y ENTERPRISE SOLUTIONS OUTSOURCING ESPAÑA, S.L.U, se opone a la demanda, todo ello en los términos que resultan del acta de juicio y de la grabación de la vista oral.

**Cuarto. -** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 85.6 LRJS se precisa que los hechos controvertidos y pacíficos fueron los siguientes:

-El 29.7.15 la empresa pacta con los trabajadores que provienen de EDS OMEGA que no compensarían cantidades percibidas hasta 2009.

**HECHOS PACIFICOS:**

- Al colectivo provenientes de EDS no se les ha aplicado desde 2003 la compensación absorción.
  - Los trabajadores de HP ESPAÑA Y CBS alcanzan 2 acuerdos de 2.9.14 y 11.3.15 que regulan el régimen de antigüedad.
  - Los trabajadores de nueva contratación desde 2005 al menos tienen cláusula de compensación absorción.
- Quinto.** - Recibido el pleito aprueba, se practicaron las pruebas propuestas por las partes y declaradas pertinentes, con el resultado que consta en el acta levantada al efecto.
- Sexto.** -En la tramitación de estos autos se han observado todas las prescripciones legales.
- Resultado y así se declaran, los siguientes

**HECHOS PROBADOS**

**PRIMERO.** - La Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CC.OO.-SERVICIOS) está integrada en la Confederación Sindical de Comisiones Obreras, sindicato más representativo a nivel estatal, y además tiene gran implantación en las empresas demandadas. (hecho no controvertido)

**SEGUNDO.** - La empresa demandada se encuentran dentro del ámbito de aplicación del XVII Convenio colectivo estatal de empresas de consultoría y estudios de mercado y de la opinión pública, publicado en el BOE de 6 de marzo de 2018 por Resolución de 22 de febrero de 2018, de la Dirección General de Empleo. (descriptor 29)

**TERCERO.** - El presente conflicto colectivo afecta a los trabajadores y trabajadoras de ambas empresas, salvo a los que provienen de la empresa EDS ESPAÑA, con independencia de la categoría, jornada, y centro de trabajo que tengan cada uno de ellos, y en la nómina del mes de mayo se le hayan compensado los incrementos por antigüedad. Como quiera que existen trabajadores de ambas empresas en centros de trabajo situados en diferentes Comunidades Autónomas, el conflicto es de ámbito estatal.

Los trabajadores que fueron transferidos a HPCA desde las mercantiles HP Española S.L. y HP Customer Delivery Services S.L. (acuerdo 2-9-2014) y los relacionados en el acuerdo de 29-7-2015 se rigen, en lo que se refiere a la antigüedad, por los referidos acuerdos. (Descriptores 48 y 51)

El 29-7-2015, se formalizó un acuerdo entre HP Outsourcing España S.L.U. y la sección sindical estatal de CCOO en HPO. (Descriptor 50, cuyo contenido, se da por reproducido)

**CUARTO.**- El 27 de febrero de 2003 se planteó demanda de conflicto colectivo ante la Sala de lo Social de La Audiencia Nacional por la Federación de Servicios Financieros y Administrativos (COMFIA) del Sindicato CC.OO. y por la Sección Sindical Estatal del Sindicato CC.OO. en la empresa "Electronic Data Systems España, S.A.", en la que se pedía una declaración de no ser ajustada a derecho la práctica empresarial de absorber los incrementos retributivos que experimenten los trabajadores de la empresa como consecuencia del cumplimiento de trienios, minorando en la misma cuantía un complemento de puesto de trabajo previsto en los contratos de trabajo individuales.

La cláusula contractual que regulaba dicho complemento era del siguiente tenor literal: "*El puesto de trabajo del trabajador se define en régimen de dedicación plena y sujeto a posible prolongación de jornada y disponibilidad. El complemento salarial al que se refiere su contrato de trabajo, contiene la remuneración y compensación por la plena dedicación y disponibilidad, así como la prolongación de jornada que pueda producirse. Como quiera que dicho complemento se abonará al trabajador en todo caso, es decir, exista o no prolongación de jornada o la realización de cualquier tipo de horas extraordinarias, en caso de realizarse por el trabajador efectivamente dicha prolongación de jornada, el pago de dicho complemento engloba sustituye y excluye cualquier otra remuneración por la percepción de horas extraordinarias o pluses por jornada de trabajo o turnos que en la actualidad o en el futuro pudieran producirse por cualquier tipo de norma, convenio o acuerdo colectivo.*" .

El 5 de junio de 2003 se dictó sentencia por la SAN, en el proc. 44/2003, estimando la demanda y declarando contraria a derecho la práctica empresarial impugnada declarando el derecho de los trabajadores afectados por el conflicto a que no se le compensen los trienios de antigüedad con el denominado 'complemento salarial condenado a la demandada a estar y pasar por ello'.

Frente a la referida sentencia, se interpone por la empresa recurso de casación, que fue desestimado por S. 26-3-2004, rec. 135/2003. El TS señala que cuando el complemento que ve disminuida su cuantía con el mismo importe en el que se incrementa la antigüedad tiene naturaleza ligada a una mayor productividad o rendimiento, como en este caso acontece, no cabe hablar de homogeneidad de conceptos retributivos con la antigüedad y, por tanto, no cabe la compensación. (descriptor 22 y 23)



A partir de esa fecha EDS y cumpliendo la sentencia deja de compensar los trienios de antigüedad con dicho complemento. Igualmente, y a partir de esa fecha EDS, en las nuevas contrataciones, se varían las cláusulas del contrato de los contratos individuales relativas a la retribución.

Así, a partir del 2005 la cláusula dice:

*" El trabajador percibirá una retribución total anual de XXX. - euros brutos, desglosada en: Salario Base, Plus Convenio y demás Complementos Salariales, que incluyen tanto los personales, como los de cantidad, calidad y puesto de trabajo, así como todos aquellos obligatorios o voluntarios de la empresa que, en cada momento, fuesen determinados. Dicha retribución anual será abonada en 12 pagas ordinarias y 2 extraordinarias en junio y diciembre, conforme regula el Convenio de aplicación.*

*Queda bien entendido que el total de lo percibido por el Trabajador, por aplicación de lo establecido en el artículo 26.5 del Estatuto de los Trabajadores , podrá ser usado por la Empresa para absorber y compensar cualesquiera mejoras, que, legal o convencionalmente, puedan establecerse en el futuro, de acuerdo con la legislación aplicable en cada momento." (descriptor 24)*

Con posterioridad esta cláusula vuelve a ser modificada, en el 2007, la que se incluía en los contratos de los nuevos trabajadores era:

*"Retribución. La retribución total del Trabajador consistirá en un sueldo anual de XXX. - Euros brutos anuales, que se abonará en 14 mensualidades iguales y se distribuirá en los siguientes conceptos: (i) salario base y demás pluses salariales establecidos por el Convenio Colectivo, (ii) compensación económica por la dedicación plena y exclusiva del Trabajador, acordada en la cláusula segunda del Contrato al amparo de lo dispuesto por el artículo 21.1 del Estatuto de los Trabajadores . Esta compensación económica figurará dentro del concepto de complemento salarial, este complemento es totalmente compensable y absorbible y, por tanto, podrá compensar y absorber cualesquiera otras cantidades salariales que se abonen al Trabajador por cualesquiera otros conceptos, con independencia de su origen normativo (por ejemplo y a título meramente enunciativo, antigüedad, revisiones salariales anuales, etc.).*

*De la retribución pactada en este Contrato se deducirán las retenciones a cuenta del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y las cuotas de la Seguridad Social a cargo del Trabajador que procedan de acuerdo con la legislación vigente en cada momento, incluidas las que resulten de las retribuciones en especie, que, en su caso, puedan ser percibidas por el Trabajador." (descriptor 25)*

**QUINTO.** - Posteriormente EDS, crea diferentes empresas que son: EDS Omega y EDS Alfa Aplicaciones.

En el año 2009, el grupo HP compra a EDS Omega y a EDS Alfa aplicaciones.

EDS Omega cambió su denominación por HP Outsourcing.

EDS Alfa Aplicaciones pasó a denominarse HP Consultoría y Aplicaciones.

La mayor parte de los trabajadores que estaban en EDS España pasaron también a las distintas empresas de HP en función de las tareas realizadas, o de las áreas de negocio en las que estaban, así unos fueron a HP Outsourcing, otros a HP Consultoría y Aplicaciones y otros a otras empresas del grupo HP.

Para formalizar todo este proceso de sucesión de empresas, se firmó un acuerdo entre la empresa EDS y la RLT con fecha 29 de octubre de 2009 por el que se garantizaban que, a los trabajadores afectados por la sucesión empresarial, se les respetaban las condiciones tanto individuales como colectivas que tuvieran en EDS. (descriptor 26)

Además, a las empresas HP Outsourcing y HP Consultoría se han ido incorporando diferentes colectivos de otras empresas del grupo HP.

En enero 2017 vuelve las empresas HP Outsourcing y HP Consultoría y Aplicaciones vuelven a cambiar su razón social y se pasaron a llamar Enterprise Solutions Outsourcing España S.L.U. y Enterprise Solutions Consultoría y Aplicaciones España S.L.U. respectivamente.

Finalmente, en abril de 2017, HP vendió las empresas Enterprise Solutions Outsourcing España S.L.U. y Enterprise Solutions Consultoría y Aplicaciones España S.L.U. que pasaron a formar parte del grupo de empresas de DXC. Esta es la situación actual. (hecho no controvertido)

**SEXTO.** - Las empresas HP Outsourcing y HP Consultoría y Aplicaciones, en las contrataciones que han ido haciendo a lo largo de los años (desde 2009) también han ido incorporando cláusulas de retribución en las que expresamente se establece la posibilidad de absorción y compensación del complemento salarial. (hecho no controvertido)



**SEPTIMO.** - La empresa demandada no ha venido compensando y absorbiendo los trienios de antigüedad con ningún complemento de los que estaban establecidos. (Hecho conforme)

**OCTAVO.** - Que, en el anterior convenio, concretamente el XVI Convenio Colectivo Estatal de empresas de consultoría y estudios de mercado y de la opinión pública, publicado en el BOE de 6 de abril de 2009, en su art. 7 establecía " 1. *Todas las condiciones económicas que se establecen en el presente Convenio, sean o no de naturaleza salarial, son compensables en su conjunto y cómputo anual con las mejoras de cualquier tipo que vinieran anteriormente satisfaciendo las empresas, bien sea por imperativo legal, Convenio Colectivo, laudo, contrato individual, uso o costumbre, concesión voluntaria de las empresas o por cualesquiera otras causas.* 2. *Dichas condiciones también serán absorbibles, hasta donde alcancen y en cómputo anual, por los aumentos que en el futuro pudieran establecerse en virtud de preceptos legales, Convenios Colectivos, contratos individuales de trabajo y por cualesquiera otras causas, con la única excepción de aquellos conceptos que expresamente fuesen excluidos de absorción en el texto del presente Convenio*" (descriptor 27)

Después de la entrada en vigor de dicho convenio, la empresa continuó sin compensar ni absorber los trienios de antigüedad. (hecho conforme)

**NOVENO.** - Con posterioridad a la publicación de dicho convenio, desde 2010, todos los contratos individuales de los trabajadores que se iban incorporando a la compañía tenían cláusulas de compensación, siendo la cláusula más habitual:

*" Retribución. - la cantidad detallada en la cláusula 4ª del contrato de trabajo se entenderá como salario global anual bruto que absorbe y compensa la totalidad de los conceptos retribuidos que pudieran corresponder al trabajador por la legislación aplicable o convenio colectivos en vigor. Ninguno de los complementos que pudieran entenderse en dicho salario global tendrá carácter de consolidable, salvo que se trate de complementos salariales que fueran consolidables por la aplicación de una norma imperativa no derogable por la autonomía de la voluntad de las partes"* (hecho no controvertido)

**DECIMO.** - En el mes de enero de 2018, aquellos trabajadores que cumplían un trienio en el año 2018, se les comienza a abonar el trienio tal y como se venía haciendo en la empresa, sin compensar dicho incremento con ninguno de los complementos que percibían los trabajadores. (Hecho conforme)

**DECIMO-PRIMERO.** -Con fecha 6 de marzo de 2018 se publica el en el BOE el XVII Convenio colectivo estatal de empresas de consultoría y estudios de mercado y de la opinión pública por Resolución de 22 de febrero de 2018, de la Dirección General de Empleo. (descriptor 29)

**DECIMO-SEGUNDO.** - Con fecha 25 de mayo de 2018, Casiano Labor Relations, Human Resources Spain, remite correo electrónico a RLT en la empresa en la que manifiestan lo siguiente:

*" Debido a que ya son varias las consultas que estoy recibiendo en los diferentes centros de trabajo sobre la aplicación de los incrementos de convenio, he decidido centralizar la información en este correo. Con relación a la entrada en vigor del nuevo convenio colectivo de consultoría queremos informaros que la Empresa va a proceder a aplicar el mecanismo legal de compensación y absorción sobre los incrementos salariales que se derivan del mismo teniendo en cuenta los siguientes criterios: - No se llevará a cabo la compensación y absorción sobre aquellos conceptos que se encuentren garantizados/no absorbibles conforme a la estructura salarial actual. - Con relación al colectivo PRE EDS - Omega, la cantidad no absorbible del complemento salarial es aquella acumulada en noviembre de 2009. Como ejemplo de dicha operativa, lo indicado en el acuerdo de categorías de julio 2015. - Con relación al colectivo PRE EDS y conforme al acuerdo de transferencia firmado en el año 2009, no se procederá a la compensación y absorción del incremento del complemento de antigüedad. Un saludo"* (descriptor 30)

**DECIMO-TERCERO.** -En la nómina del mayo, la empresa compensa todos los incrementos por la antigüedad que han experimentado los trabajadores afectados por el conflicto. (hecho conforme)

Se han cumplido las previsiones legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.**-En cuanto a los hechos declarados probados, los mismos se obtienen de los documentos que en ellos se indica, dando con ello cumplimiento a lo establecido en el artículo 97.2 de la LRJS.

**SEGUNDO.** - Se solicita, se dicte sentencia por la que: se declare:

a) la NULIDAD de la decisión empresarial de compensar y absorber los incrementos de los trienios de antigüedad y en consecuencia que se reponga a los trabajadores en la situación anterior.



- b) que se condene a la empresa a abonar a cada trabajador las cantidades que le han sido compensadas
- c) que se condene a la empresa a estar y pasar por esta declaración.

Frente a tal pretensión, CORRIENTE SINDICAL DE IZQUIERDA (CSI), no compareció al acto del juicio, pese a costar citada en legal forma.

FEDERACION DE SERVICIOS MOVILIDAD Y CONSUMO DE LA UNION GENERAL DE TRABAJADORES (FES-UGT) y FEDERACION DE SINDICATOS DE BANCA, BOLSA, AHORRO, ENTIDADES FINANCIERAS, SEGUROS, OFICINAS Y DESPACHOS DE LA CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO (FESIBAC-C.G.T.), se adhieren a la demanda.

El letrado de ENTERPRISE SOLUTIONS CONSULTORIA Y APLICACIONES, S.L.U. y ENTERPRISE SOLUTIONS OUTSOURCING ESPAÑA, S.L.U, se opone a la demanda, por considerar que, si bien es cierto que la empresa en otros ejercicios no ha aplicado la absorción y compensación prevista en los sucesivos convenios colectivos y en los contratos formalizados con los trabajadores, el no haber hecho uso de aquella facultad no impide su aplicación en cualquier momento que proceda, ya que, ello no impide hacer uso de su efectividad porque ello no significa que se consolide definitivamente perdiendo el empresario su facultad compensatoria.

La parte demandante sostiene que la empresa demandada nunca ha compensado y absorbido los incrementos que se producen por el cumplimiento de trienios de antigüedad a pesar de que pudo haber procedido a la compensación y absorción en la fecha de la publicación del convenio, concurren los requisitos que conforman la condición más beneficiosa, ya que se trata de un beneficio que nace de una inequívoca voluntad empresarial y supera los límites establecidos por la fuente convencional y se consolida como derecho adquirido a lo largo del tiempo quedando incorporando al nexo contractual de la plantilla.

La cuestión litigiosa se centra en determinar si puede aplicarse la compensación y absorción sobre los incrementos de trienios de antigüedad de acuerdo con lo establecido en el artículo 7 del XVII Convenio Colectivo Estatal de empresas de consultoría y estudios de mercado y de la opinión pública, en supuestos como el presente, en el que la empresa a pesar de la entrada en vigor de los convenios que lo permitían expresamente no ha hecho uso de dicha facultad hasta la actualidad.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo en SSTs de 10 de enero de 2017, rec. 3199/2015, 3 de julio de 2013 (R. 279/2011), 21 de enero de 2014 (R. 99/2013), 13 de marzo de 2014 (R. 122/2013), 8 de mayo de 2015 (R. 1347/2014) y 9 de marzo de 2016 (R. 138/2015), resolviendo similar controversia, en relación con empresas distintas, pero aplicando los mismos preceptos convencionales, a cuya doctrina, sobre la posibilidad de compensar conceptos salariales heterogéneos cuando lo autoriza el convenio colectivo de aplicación o el título que reconoció el complemento personal, habrá que estar por razones de seguridad jurídica.

Las SSTs de 12 de mayo de 2017, rec. 4239/2015, (cuatro) de 10 de enero de 2017, números 6, 11, 14 y 15, recursos 3199/2015, 4255/2015, 327/2016 y 503/2016, y la nº 118/2017 de 9 de febrero de 2017, recurso 2718/2015, en relación con trabajadores de otra empresa en la que se aplica el mismo convenio colectivo, si bien en relación a un convenio precedente en el que los preceptos de aplicación tienen idéntica redacción, en las que a su vez se recoge doctrina anterior unificada por las SSTs de 3 de julio de 2013 (R. 279/2011), 21 de enero de 2014 (R. 99/2013), 13 de marzo de 2014 (R. 122/2013), 8 de mayo de 2015 (R. 1347/2014) y 9 de marzo de 2016 (R. 138/2015), se pronuncia afirmando que " *sí puede utilizarse la compensación y absorción del complemento salarial personal convenido en el contrato de trabajo con los conceptos salariales derivados de promoción profesional y antigüedad. Con este mecanismo se pretende evitar la consolidación irreversible de mejoras salariales superpuestas, garantizando que las retribuciones no sean nunca inferiores a las previstas convencionalmente (FJ 4 y 5).*"

Los preceptos a los que dichas resoluciones se refieren son los contenidos en el XVI Convenio colectivo estatal de empresas de Consultoría y estudios de mercado y de la opinión pública, que en idénticos términos se recogen en el XVII convenio (BOE 6 de marzo de 2018) y que transcribimos a continuación:

Art. 4 " *Los efectos económicos del convenio colectivo serán de aplicación, en lo que se refiere a incrementos salariales a partir del día 1 de octubre de 2017*"

Art. 7 del convenio, contiene idéntica cláusula de compensación y absorción que tenía el convenio anterior. " *Artículo 7. Compensación. Absorción. 1. Todas las condiciones económicas que se establecen en el presente Convenio, sean o no de naturaleza salarial, son compensables en su conjunto y cómputo anual con las mejoras de cualquier tipo que vinieran anteriormente satisfaciendo las empresas, bien sea por imperativo legal, Convenio Colectivo, laudo, contrato individual, uso o costumbre, concesión voluntaria de las empresas o por cualesquiera otras causas. 2. Dichas condiciones también serán absorbibles, hasta donde alcancen y en cómputo anual, por los aumentos que en el futuro pudieran establecerse en virtud de preceptos legales, Convenios Colectivos,*



*contratos individuales de trabajo y por cualesquiera otras causas, con la única excepción de aquellos conceptos que expresamente fuesen excluidos de absorción en el texto del presente Convenio."*

El Art. 8 establece:

*" Respeto de las mejoras adquiridas: " 1. Se respetarán como derechos adquiridos, a título personal, las situaciones que pudieran existir a la fecha de la firma de este Convenio que, computadas en conjunto y anualmente, resultasen superiores a las establecidas en el mismo.*

*2. Asimismo, se mantendrán como derechos adquiridos a título colectivo las situaciones que pudieran existir a la fecha de la firma de este Convenio que, computadas en conjunto y anualmente, resultasen superiores a los establecidas en el mismo, siempre que no estén expresamente modificadas en el articulado de este Convenio."*

El artículo 25 relativo al complemento de antigüedad dispone:

*"1. Las bonificaciones por años de servicio, como premio de vinculación a la empresa respectiva, consistirán, en este orden, en cinco trienios del 5 por 100 cada uno del salario base pactado para su categoría en las tablas salariales del presente Convenio; tres trienios siguientes del 10 por 100 cada uno, y un último trienio del 5 por 100 del indicado salario.*

*2. No obstante, de acuerdo con lo pactado en el artículo 7.1, y en sus propios términos, aquellas empresas que vinieren satisfaciendo por el concepto de antigüedad un porcentaje por trienio superior a los indicados en el apartado anterior, las personas a ellas vinculados y en activo en la fecha del 12 de febrero de 1981 continuarán manteniendo, a título personal, la condición más beneficiosa que vinieren disfrutando, sin que, en ningún caso, la acumulación de los incrementos por antigüedad pueda suponer más del 10 por ciento a los cinco años, del 25 por ciento a los quince años, del 40 por ciento a los veinte años y del 60 por ciento, como máximo a los veinticinco o más años.*

*En el supuesto contemplado en el párrafo precedente, para la plantilla que en el mismo se menciona, y siempre con las limitaciones en él establecidas, la antigüedad no será absorbible en ningún caso.*

*3. Los trienios se devengarán a partir del 1 de enero del año en que se cumplan y todos ellos se abonarán, con arreglo a la última categoría y sueldo base de Convenio que tenga la persona. (descriptor 29)*

*Aplicando la doctrina citada en la que se afirma que "... el problema debatido ha de ser reconducido a la aplicación de los criterios tradicionales y precedentes de esta Sala en materia de absorción y compensación , rectificando los dos aislados pronunciamientos de las SSTs de 19/4/2012 y 20/7/2012 , para concluir definitivamente que el Convenio Colectivo Estatal de Empresas Consultoras de Planificación, Organización de Empresas y Contable, Empresas de Servicios de Informática y de Estudios de Mercado y de la Opinión Pública permite la absorción y compensación del complemento personal convenido en el contrato de trabajo con los conceptos salariales derivados de promoción profesional y antigüedad , porque así se establece en su artículo 7, antes transcrito, precepto que, como se afirma en la STS 15/2017 (EDJ 2017/11097), "... comporta un marco convencional pactado que excluye el requisito de homogeneidad y habilita la compensación y absorción con las mejoras de cualquier tipo que vinieren satisfaciendo las empresas, incluso las derivadas del contrato individual, uso o costumbre, concesión voluntaria del empleador o por cualesquiera otras causas, lo que impide considerar que pudiese haberse ganado por los trabajadores una condición más beneficiosa inmune a la aplicación de este mecanismo, con el que justamente se pretende evitar por el Convenio Colectivo la consolidación irreversible de mejoras salariales superpuestas, garantizando en todo caso que las retribuciones de los trabajadores no sean nunca inferiores a las previstas en el orden convencional de referencia y cumplir de esta forma la finalidad de la previsión legal contenida en el art. 26.5 ET "*

*Aplicando la doctrina expuesta al presente caso debemos concluir que el Convenio Colectivo Estatal de Empresas de empresas de consultoría y estudios de mercado y de la opinión pública , permite la absorción y compensación de todas las condiciones económicas que se establecen en dicho convenio con las mejoras de cualquier tipo que vinieran anteriormente satisfaciendo las empresas, bien sea por imperativo legal, convenio colectivo, laudo, contrato individual, uso o costumbre, o concesión voluntaria de las empresas, recogándose en los contratos de trabajo desde 2005 una cláusula relativa a la retribución anual del trabajador y su desglose y los períodos de pago de la misma conforme regula el convenio de aplicación añadiendo, el total de lo percibido por el trabajador por aplicación de lo establecido en el artículo 26.5 del ET podrá ser usado por la empresa para absorber y compensar cualesquiera mejoras que legal o convencionalmente puedan establecerse en el futuro de acuerdo con la legislación aplicable en cada momento, siendo posible, por tanto la absorción y compensación sobre los incrementos salariales que se derivan de la entrada en vigor del nuevo convenio, porque así se establece en los contratos de trabajo y en su artículo 7, antes transcrito, precepto que, como se afirma en la STS de 10 de enero de 2017, "... comporta un marco convencional pactado que excluye el requisito de homogeneidad y habilita la compensación y absorción con las mejoras de cualquier tipo que vinieren*



*satisfaciendo las empresas, incluso las derivadas del contrato individual, uso o costumbre, concesión voluntaria del empleador o por cualesquiera otras causas, lo que impide considerar que pudiese haberse ganado por los trabajadores una condición más beneficiosa inmune a la aplicación de este mecanismo, con el que justamente se pretende evitar por el Convenio Colectivo la consolidación irreversible de mejoras salariales superpuestas, garantizando en todo caso que las retribuciones de los trabajadores no sean nunca inferiores a las previstas en el orden convencional de referencia y cumplir de esta forma la finalidad de la previsión legal contenida en el art. 26.5 ET )".*

**CUARTO.-** Por lo que se refiere al Instituto de la condición más beneficiosa, sostiene la demanda la concurrencia de los requisitos que conforman su aplicación ya que se trata de un beneficio que nace de una inequívoca voluntad empresarial, supera los límites establecidos por la fuente convencional y se consolida como derecho adquirido a lo largo del tiempo quedando incorporando al nexo contractual de la plantilla y ello porque a pesar de que en los contratos individuales firmados por los trabajadores desde el año 2005 se prevé la posibilidad de compensar y absorber cualquier complemento con cualquier otro, e incluso en algunos de ellos expresamente se determina que los complementos salariales son compensables con la antigüedad y a pesar de la publicación del convenio de 2009 y sucesivos convenios que permiten la absorción y compensación de todas las condiciones económicas que se establecen en el convenio con las mejoras de cualquier tipo que vinieran anteriormente satisfaciendo las empresas, porque así se establece en su artículo 7, la empresa no ha utilizado este mecanismo hasta el 25 de mayo de 2018, tras la entrada en vigor del XVII convenio colectivo estatal de empresas de consultoría y estudios de mercado y de la opinión pública (publicado en el BOE el 6-03-2018), pretensión que no pueda alcanzar éxito porque tal proceder no constituye condición más beneficiosa. El hecho de no haber procedido a la absorción y compensación pese a que se lo permitía el convenio tiene su único origen en la voluntad de la empresa, sin que respondan a pacto alguno con los trabajadores ni con sus representantes, de tal suerte que mal puede ser de aplicación el artículo 3.1.c del ET, y tampoco resulta de aplicación el artículo 1256 del Código Civil que impide dejar la validez del cumplimiento de los contratos al arbitrio de una sola de las partes contratantes y como argumenta la S.TSJ de Cataluña de 9 de julio de 2002, rec. 243/2002 : " *el que la empresa no hubiera hecho uso de la compensación y absorción en anteriores ocasiones ello no implica ni le impide hacer uso de su efectividad ya que si bien es verdad que la continuación en el abono o en el respeto a situaciones personales después de la vigencia de una norma legal o convencional que permita la compensación por absorción significa un mantenimiento tácito de aquélla, ello no implica ni determina que la misma se consolide definitivamente perdiendo el empresario su facultad compensatoria, sino únicamente que la concurrencia queda reducida a la época de la vigencia del incremento que no se aplicará, sin que, en modo alguno impida utilizarlo en ulteriores mejoras -cual acontece en el supuesto enjuiciado que la demandada hace uso de su facultad de compensar a la entrada en vigor del nuevo convenio que las establece siéndole bastante con su alegación o invocación sin que haya de justificar o demostrar el tipo de razones -económicas o de cualquier otra índole- que le movieran a tal cambio de actitud.*"

En el mismo sentido se han pronunciado las SS TSJ Andalucía Sevilla de 1/03/2018, rec. 4202/2017, Cataluña 30/01/2008, rec. 826/2006 y 15/12/1993 y La Rioja 17/11/1998, rec. 207/1998.

En el presente supuesto la absorción y compensación está expresamente prevista en el artículo 7 del convenio que excluye el requisito de homogeneidad, no existe pacto individual o colectivo que prohíba dicha absorción y es jurídicamente irrelevante el hecho de que hasta la actualidad la empresa no haya aplicado el Instituto de la absorción y compensación puesto que ello no quiere decir que la misma se consolida definitivamente, perdiendo la empresa la facultad compensatoria, pudiendo la empresa proceder a dicha absorción a la hora de aplicar ulteriores mejoras.

Por todo lo expuesto, procede la desestimación de la demanda rectora del proceso.

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

## FALLAMOS

Desestimamos la demanda formulada por Doña Pilar Caballero Marcos, Abogada, actuando en nombre y representación de la FEDERACION DE SERVICIOS DE COMISIONES OBRERAS, a la que se han adherido FEDERACION DE SERVICIOS MOVILIDAD Y CONSUMO DE LA UNION GENERAL DE TRABAJADORES (FES-UGT) y FEDERACION DE SINDICATOS DE BANCA, BOLSA, AHORRO, ENTIDADES FINANCIERAS, SEGUROS, OFICINAS Y DESPACHOS DE LA CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO (FESIBAC-C.G.T.) contra, ENTERPRISE SOLUTIONS CONSULTORIA Y APLICACIONES, S.L.U. y ENTERPRISE SOLUTIONS OUTSOURCING ESPAÑA, S.L.U, y, como interesado, CORRIENTE SINDICAL DE IZQUIERDA (CSI) , sobre, CONFLICTO COLECTIVO en materia de MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO y absolvemos a las empresas demandadas de las pretensiones frente a las mismas deducidas en 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 abogado, graduado social o representante 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 el *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 0173 18; si es en efectivo en la cuenta nº 2419 0000 00 0173 18, 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.