

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-**AUDIENCIA NACIONAL**

Sentencia 101/2019, de 12 de septiembre de 2019

Sala de lo Social

Rec. n.º 151/2019

SUMARIO:

Impugnación de convenios colectivos. *Impugnación de acuerdo de modificación de convenio colectivo de empresa en el que se señala que cuando el SMI sea superior al salario base establecido para las distintas categorías, se incrementará este hasta la cuantía mínima fijada para el SMI, con adecuación del resto de conceptos, al objeto de que en cómputo anual la suma de todos ellos experimente la misma variación prevista y pactada en el convenio.* En el supuesto analizado, la empresa compensó y absorbió el nuevo salario base, equivalente a 900 euros mensuales por 14 pagas, con el importe de los pluses de transporte, distancia y mantenimiento de vestuario. Sin embargo, no cabe compensar y absorber los incrementos del convenio o del SMI con las indemnizaciones o suplidos por los gastos realizados por el trabajador como consecuencia de su actividad laboral, por cuanto dichos conceptos no tienen la consideración de salario, a tenor de lo dispuesto en el art. 26.2 del ET, que los distingue claramente de los conceptos salariales, listados en el art. 26.3 del ET. Se trata, por tanto, de conceptos heterogéneos, por cuanto uno retribuye salario por unidad de tiempo, mientras que los otros retribuyen gastos que los trabajadores deben realizar como consecuencia del trabajo, que no pueden compensarse o absorberse, aunque lo disponga así el convenio, por cuanto la compensación y absorción, prevista legalmente en el art. 26.5 ET, contempla únicamente, como factores comparables, los conceptos salariales, al igual que lo hace el SMI, lo que podrá mejorarse por la negociación colectiva, pero no regularse peyorativamente respecto a los límites legales. La Sala no ignora que la jurisprudencia ha permitido la compensación y absorción de conceptos salariales heterogéneos, cuando así lo disponga la negociación colectiva, pero dicha doctrina viene referida únicamente a conceptos salariales, sin incluir, de ningún modo, conceptos extra salariales, puesto que sería incongruente que los gastos realizados por los trabajadores por su actividad profesional se compensaran o absorbieran con conceptos salariales, especialmente, como sucede aquí, cuando el concepto comparable es el salario base.

PRECEPTOS:

RDLeg 2/2015 (TRET), arts. 26.2, 3 y 5 y 27.

RD 1462/2018 (SMI para 2019), art. 3.2

PONENTE:

Don Ricardo Bodas Martin.

Magistrados:

Don RICARDO BODAS MARTIN

Don EMILIA RUIZ-JARABO QUEMADA

Don RAMON GALLO LLANOS

AUD.NACIONAL SALA DE LO SOCIAL

MADRID

SENTENCIA: 00101/2019

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Social

Letrada de la Administración de Justicia

D^ª. MARTA JAUREGUIZAR SERRANO

SENTENCIA N^º: 101/2019

Fecha de Juicio: 11/9/2019 a las 11:00

Fecha Sentencia: 12/09/2019

Tipo y núm. Procedimiento: IMPUGNACION DE CONVENIOS 0000151/2019

Materia: IMPUG.CONVENIOS

Ponente: RICARDO BODAS MARTÍN

Demandante: CENTRAL SINDICAL INDEPENDIENTE Y DE FUNCIONARIOS (CSIF)

Demandados: ESC SERVICIOS GENERALES SL, MINISTERIO FISCAL

Resolución de la Sentencia: ESTIMATORIA PARCIAL

Breve Resumen de la Sentencia: Impugnado un convenio colectivo, porque suprime dos conceptos extra salariales de manera retroactiva, se desestima dicha pretensión, por cuanto se acreditó cumplidamente que no se pactó dicha supresión retroactiva. - Se impugna, por otro lado, la compensación y absorción de ambos pluses con el nuevo salario base, equiparado convencionalmente al SMI y se estima dicha pretensión, por cuanto no es posible legalmente compensar y absorber un concepto salarial y pluses extra salariales, sin que sea relevante que el convenio permita compensar cualquier concepto, por cuanto el ET contempla únicamente la compensación y absorción entre salarios, al igual que sucede con el SMI.

AUD.NACIONAL SALA DE LO SOCIAL

GOYA 14 (MADRID)

Tfno: 914007258

Correo electrónico:

Equipo/usuario: MMM

NIG: 28079 24 4 2019 0000159

Modelo: ANS105 SENTENCIA

IMC IMPUGNACION DE CONVENIOS 0000151 /2019

Procedimiento de origen: /

Sobre: IMPUG.CONVENIOS

Ponente Ilmo. Sr.: RICARDO BODAS MARTÍN

SENTENCIA 101/2019

ILMO. SR. PRESIDENTE:

D. RICARDO BODAS MARTÍN

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

D^a. EMILIA RUIZ JARABO QUEMADA

D. RAMÓN GALLO LLANOS

En MADRID, a doce de septiembre de dos mil diecinueve.

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 IMPUGNACION DE CONVENIOS 0000151/2019 seguido por demanda de CENTRAL SINDICAL INDEPENDIENTE Y DE FUNCIONARIOS (CSIF) (representada por el Graduado Social D. José Francisco Lucas) contra ESC SERVICIOS GENERALES SL (Letrado D. José Luis Fraile Quinzanos), MINISTERIO FISCAL sobre IMPUG.CONVENIOS. Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. D. RICARDO BODAS MARTÍN.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

Según consta en autos, el día 18 de junio de 2019 se presentó demanda por CENTRAL SINDICAL INDEPENDIENTE Y DE FUNCIONARIOS (CSIF) contra ESC SERVICIOS GENERALES SL, MINISTERIO FISCAL sobre IMPUG.CONVENIOS.

Segundo.

La Sala acordó el registro de la demanda y designó ponente, con cuyo resultado se señaló el día 11/9/2019 a las 11:00 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, Reguladora de la Jurisdicción Social debe destacarse, que las partes debatieron sobre los extremos siguientes:

La CENTRAL SINDICAL INDEPENDIENTE Y DE FUNCIONARIOS (CSIF desde aquí) ratificó su demanda de impugnación de convenio, mediante la cual pretende que declaramos lo siguiente:

Primero.

- La nulidad de los efectos retroactivos del punto nº 1 del acuerdo "dejar sin efecto jurídico o económico alguno lo establecido en el art. 46.b.5 del Convenio - Indemnizaciones o suplidos, (Pluses transporte y distancia - 360 euros/año- y Plus de mantenimiento de vestuario para el Grupo profesional 5 - 264€/año-)", debiéndose mantener en ultraactividad los efectos jurídicos y económicos de dicho artículo desde el 1/01/19 al momento de publicación del acuerdo.

Segundo.

- La nulidad de los efectos retroactivos del punto nº 2 respecto de la supresión del art. 46.b5, en concreto, el párrafo: "Consecuencia de lo anterior es que ambas partes acuerdan que las cantidades que pudieran corresponder a los trabajadores como consecuencia de la aplicación de las nuevas tablas salariales relativas al período comprendido entre el 1 de enero de 2019 y la publicación de este acuerdo, serán compensadas por las que, por concepto de salario base, plus de transporte o plus de vestuario, hubieran percibido efectivamente los trabajadores en el indicado período."

Tercero.

- La nulidad de la aplicación retroactiva de las tablas salariales para el año 2019, a las que en el período desde el 1/01/19 al momento de publicación del acuerdo deberán añadirse los pluses extrasalariales absorbidos/compensados de forma contraria a derecho.

Destacó, a estos efectos, que la empresa regula sus relaciones laborales mediante convenio de empresa, publicado en el BOE de 4-04-2018, cuya vigencia corrió desde el 1-01- 2018 al 31-12-2018, encontrándose, desde entonces, en régimen de ultraactividad. - En la DA 3ª del convenio se dispuso que, si el salario base fuera inferior al SMI, se incrementaría hasta alcanzar el importe del SMI.

Tras la publicación del RD 1462/2018, de 21 de diciembre, que fijó el SMI para 2019, la empresa no cumplimentó adecuadamente la adaptación del salario base, lo cual provocó que CSIF promoverá mediación ante el SIMA que, tras una suspensión, concluyó sin acuerdo.

La empresa denunció el convenio y se constituyó la comisión negociadora, que alcanzó un acuerdo parcial el 30-04-2019, que es el objeto de la impugnación del convenio.

Denunció, a estos efectos, que se han suprimido ilegalmente los pluses de transporte y vestimenta, puesto que su supresión fue retroactiva. - Denunció, del mismo modo, que no cabe compensar y absorber dichos pluses, cuya naturaleza es extrasalarial, con los incrementos del salario base, tal y como se hizo en la nueva DA 3ª del acuerdo parcial.

ESC SERVICIOS GENERALES, SLCC (ESC desde aquí) se opuso a la demanda, por cuanto es perfectamente legítimo que el nuevo convenio suprima, si lo estiman sus negociadores, los pluses de transporte y vestimenta. - Negó, sin embargo, que se suprimieran retroactivamente los pluses de transporte y vestimenta, puesto que se cobraron hasta el mes de mayo inclusive.

Defendió la compensación y absorción de dichos pluses con los incrementos del salario base, que se retrotrajeron al 1-01-2019, por cuanto el art. 6 del convenio y el propio art. 3.2 del RD 1462/2018 permiten la compensación y absorción de cualquier retribución, sin distinguir si su naturaleza es salarial o extrasalarial.

Quinto.

- Cumpliendo el mandato del art. 85.6 de la Ley 36/2011, de 14 de octubre , se significa que los hechos controvertidos y pacíficos fueron los siguientes:

Hechos Controvertidos:

- No se ha aplicado retroactividad de la supresión del plus transporte y vestuario porque no se prevé en el acuerdo y se ha pagado hasta julio de 2019.
- Establece la DA 3ª incrementos del salario base, quedan compensada y absorbidas por los importante ya devengados y percibidos del plus transporte y vestuario.
- En los convenios anteriores ya hay una DA 3ª del mismo tema.
Hechos Pacíficos:
 - La empresa ha tenido convenios previos de 2008 a 2010, 2017 a 2018, suscritos por CSIF.
 - Tras la mediación fallida ante el SIMA se reúne la comisión negociadora y se alcanza el 29.4.2019 un acuerdo de modificación parcial no suscrito por CSIF.
 - En acuerdo 29.4.2019 se suprimían plus de transporte y vestuario, se modifica el salario base que sustituye por SMI y régimen específico de compensación y absorción.
 - Hay informe favorable al convenio de DGT.
 - Se pagó plus de transporte y vestuario hasta mayo de 2019 incluido.Resultando y así se declaran, los siguientes

HECHOS PROBADOS

Primero.

CSIF es un sindicato de ámbito estatal, implantado debidamente en la empresa ESC. - Acredita 16 de los 160 representantes unitarios existentes en la empresa.

Segundo.

ESC regula sus relaciones laborales por su propio convenio de empresa, suscrito por la representación de la empresa y las secciones sindicales de UGT, USO, CCOO y SIPVS, publicado en el BOE de 4-04-2018. - La vigencia inicial del convenio corrió desde el 1-01 al 31-12-2018. - Las partes convinieron la denuncia automática del convenio, así como su vigencia en su totalidad hasta que fuera sustituido por otro convenio de igual o superior ámbito y eficacia.

Tercero.

El 25-02-2019 CSIF formalizó reclamación ante la Comisión Paritaria del convenio para reclamar la adaptación de los salarios al SMI.

Cuarto.

CSIF promovió ante el SIMA papeleta de mediación de conflicto colectivo, en la en la cual reclamó que la empresa se avenga a reconocer que, con la subida del Salario Mínimo Interprofesional para 2019, en aplicación e interpretación conjunta de los arts. 6 y DA 3ª del Convenio Colectivo con los arts. 26 y 27 ET y el RD 1462/18 que, la empresa debe fijar como cuantía mínima en concepto de Salario la cantidad de 900 euros mensuales o 30 euros día, sin que sea posible compensar y/o absorber las cuantías correspondientes a Pluses Extrasalariales.

El 1-04-2019 se decidió aplazar la mencionada mediación en el SIMA, con la finalidad de que la empresa convocara a la comisión negociadora del convenio para convenir la adaptación de los salarios de acuerdo con la regulación del salario mínimo. - Finalmente, el 13-04-2019 concluyó sin acuerdo la mediación ante el SIMA.

Quinto.

- La empresa convocó a la comisión negociadora del convenio, que se constituyó el 30-04-2019, compuesta por los representantes de ESC, así como por 6 vocales de UGT; 3 de USO; 2 de CCOO; 1 de CSIF y 1 de SSP. - En la misma reunión se alcanzó un acuerdo parcial, ya que los negociadores descartaron negociar completamente el convenio colectivo, suscrito únicamente por UGT, USO y CCOO.

El acuerdo alcanzado consistió en lo siguiente:

1. Se acuerda dejar sin efecto jurídico o económico alguno lo establecido en el artículo 46.B5) del Convenio.

2. Se da nueva redacción a la Disposición adicional tercera, que tendrá el siguiente contenido:

"En materia retributiva, el resultado reflejado en las tablas establecidas para el presente año 2019 es el fruto del esfuerzo de las partes negociadoras marcado por la necesidad de ajustar la cuantía reflejada en las mismas a la prevista para 2019 para el salario mínimo interprofesional y, a la vez, evitar una pérdida de competitividad con resultados negativos para el mantenimiento del empleo. Por ello las partes han efectuado un ajuste pactado consistente en la supresión de los pluses de transporte y vestuario y la integración del importe de dichos pluses en el salario base. Así, las cuantías establecidas en la tabla salarial referida al año 2019 no modifican, en cómputo anual, el importe bruto de todas las retribuciones devengadas y percibidas por estos conceptos por los trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación hasta la fecha de la firma del presente convenio. Consecuencia de lo anterior es que ambas partes acuerdan que las cantidades que pudieran corresponder a los trabajadores como consecuencia de la aplicación de las nuevas tablas salariales relativas al período comprendido entre el 1 de enero de 2019 y la publicación de este acuerdo, serán compensadas por las que, por concepto de salario base, plus de transporte o plus de vestuario, hubieran percibido efectivamente los trabajadores en el indicado período. No obstante, y si aun aplicando la expuesta fórmula de compensación y absorción para el abono de los atrasos, existieran diferencias a favor de los trabajadores, las mismas serán abonadas dentro de los tres meses siguientes al de la publicación del convenio.

Ambas partes acuerdan que, durante la vigencia del acuerdo, en caso de que el salario mínimo interprofesional fuera, en su conjunto, superior al salario base establecido para las distintas categorías en dicho Convenio se procederá a incrementar el salario mismo hasta que alcance la cuantía fijada para el salario mínimo interprofesional". 1. Se acuerda dejar sin efecto jurídico o económico alguno lo establecido en el artículo 46.B5) del Convenio. 2. Se da nueva redacción a la Disposición adicional tercera, que tendrá el siguiente contenido: "En materia retributiva, el resultado reflejado en las tablas establecidas para el presente año 2019 es el fruto del esfuerzo de las partes negociadoras marcado por la necesidad de ajustar la cuantía reflejada en las mismas a la prevista para 2019 para el salario mínimo interprofesional y, a la vez, evitar una pérdida de competitividad con resultados negativos para el mantenimiento del empleo. Por ello las partes han efectuado un ajuste pactado consistente en la supresión de los pluses de transporte y vestuario y la integración del importe de dichos pluses en el salario base. Así, las cuantías establecidas en la tabla salarial referida al año 2019 no modifican, en cómputo anual, el importe bruto de todas las retribuciones devengadas y percibidas por estos conceptos por los trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación hasta la fecha de la firma del presente convenio. Consecuencia de lo anterior es que ambas partes acuerdan que las cantidades que pudieran corresponder a los trabajadores como consecuencia de la aplicación de las nuevas tablas salariales relativas al período comprendido entre el 1 de enero de 2019 y la publicación de este acuerdo, serán compensadas por las que, por concepto de salario base, plus de transporte o plus de vestuario, hubieran percibido efectivamente los trabajadores en el indicado período. No obstante, y si aun aplicando la expuesta fórmula de compensación y absorción para el abono de los atrasos, existieran diferencias a favor de los trabajadores, las mismas serán abonadas dentro de los tres meses siguientes al de la publicación del convenio.

Ambas partes acuerdan que, durante la vigencia del acuerdo, en caso de que el salario mínimo interprofesional fuera, en su conjunto, superior al salario base establecido para las distintas categorías en dicho Convenio se procederá a incrementar el salario mismo hasta que alcance la cuantía fijada para el salario mínimo interprofesional".

1. Se acuerda dejar sin efecto jurídico o económico alguno lo establecido en el artículo 46.B5) del Convenio.

2. Se da nueva redacción a la Disposición adicional tercera, que tendrá el siguiente contenido:

"En materia retributiva, el resultado reflejado en las tablas establecidas para el presente año 2019 es el fruto del esfuerzo de las partes negociadoras marcado por la necesidad de ajustar la cuantía reflejada en las mismas a la prevista para 2019 para el salario mínimo interprofesional y, a la vez, evitar una pérdida de competitividad con resultados negativos para el mantenimiento del empleo. Por ello las partes han efectuado un ajuste pactado consistente en la supresión de los pluses de transporte y vestuario y la integración del importe de dichos pluses en el salario base. Así, las cuantías establecidas en la tabla salarial referida al año 2019 no

modifican, en cómputo anual, el importe bruto de todas las retribuciones devengadas y percibidas por estos conceptos por los trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación hasta la fecha de la firma del presente convenio. Consecuencia de lo anterior es que ambas partes acuerdan que las cantidades que pudieran corresponder a los trabajadores como consecuencia de la aplicación de las nuevas tablas salariales relativas al período comprendido entre el 1 de enero de 2019 y la publicación de este acuerdo, serán compensadas por las que, por concepto de salario base, plus de transporte o plus de vestuario, hubieran percibido efectivamente los trabajadores en el indicado período. No obstante, y si aun aplicando la expuesta fórmula de compensación y absorción para el abono de los atrasos, existieran diferencias a favor de los trabajadores, las mismas serán abonadas dentro de los tres meses siguientes al de la publicación del convenio.

Ambas partes acuerdan que, durante la vigencia del acuerdo, en caso de que el salario mínimo interprofesional fuera, en su conjunto, superior al salario base establecido para las distintas categorías en dicho Convenio se procederá a incrementar el salario mismo hasta que alcance la cuantía fijada para el salario mínimo interprofesional".

1. Se acuerda dejar sin efecto jurídico o económico alguno lo establecido en el artículo 46.B5) del Convenio.

2. Se da nueva redacción a la Disposición adicional tercera, que tendrá el siguiente contenido:

"En materia retributiva, el resultado reflejado en las tablas establecidas para el presente año 2019 es el fruto del esfuerzo de las partes negociadoras marcado por la necesidad de ajustar la cuantía reflejada en las mismas a la prevista para 2019 para el salario mínimo interprofesional y, a la vez, evitar una pérdida de competitividad con resultados negativos para el mantenimiento del empleo. Por ello las partes han efectuado un ajuste pactado consistente en la supresión de los pluses de transporte y vestuario y la integración del importe de dichos pluses en el salario base. Así, las cuantías establecidas en la tabla salarial referida al año 2019 no modifican, en cómputo anual, el importe bruto de todas las retribuciones devengadas y percibidas por estos conceptos por los trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación hasta la fecha de la firma del presente convenio. Consecuencia de lo anterior es que ambas partes acuerdan que las cantidades que pudieran corresponder a los trabajadores como consecuencia de la aplicación de las nuevas tablas salariales relativas al período comprendido entre el 1 de enero de 2019 y la publicación de este acuerdo, serán compensadas por las que, por concepto de salario base, plus de transporte o plus de vestuario, hubieran percibido efectivamente los trabajadores en el indicado período. No obstante, y si aun aplicando la expuesta fórmula de compensación y absorción para el abono de los atrasos, existieran diferencias a favor de los trabajadores, las mismas serán abonadas dentro de los tres meses siguientes al de la publicación del convenio.

Ambas partes acuerdan que, durante la vigencia del acuerdo, en caso de que el salario mínimo interprofesional fuera, en su conjunto, superior al salario base establecido para las distintas categorías en dicho Convenio se procederá a incrementar el salario mismo hasta que alcance la cuantía fijada para el salario mínimo interprofesional".

Sexto.

CSIF promovió procedimiento de oficio ante la A. Laboral, para que no se registrara, ni se depositara, ni se publicara el acuerdo parcial de modificación del convenio. - Realizadas las alegaciones por la empresa, la DGT emitió informe, que obra en autos y se tiene por reproducido, en el que descartó la petición del sindicato y ordenó la inscripción del acuerdo parcial.

Séptimo.

El 3-08-2019 se publicó en el BOE el acuerdo de modificación parcial del convenio.

Octavo.

La empresa ha abonado los pluses de transporte y uniformidad desde enero a mayo 2019 inclusive. - Desde el mes de junio de 2019 ha incrementado los salarios bases, que no alcanzaban el SMI 2019, a 900 euros mensuales. No obstante, ha compensado y absorbido las cantidades, abonadas de enero a mayo 2019 inclusive, por salario base, plus de transporte y distancia y plus de vestimenta, con el salario base acomodado al SMI 2019.

Noveno.

Obran en autos y se tienen por reproducidos varios recibos, suscritos antes y después de la modificación parcial del convenio, en los que la empresa entrega ropa de trabajo a determinados trabajadores. 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, h de la Ley 36/2011, de 14 de octubre, compete el conocimiento del proceso a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional.

Segundo.

- En cumplimiento de lo establecido en el artículo 97.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, se hace constar que los anteriores hechos declarados probados se han obtenido de los medios de prueba siguientes:

- a. - El primero no fue controvertido, deduciéndose, en cualquier caso, del documento 5 de la empresa (descripción 39 de autos), que fue reconocido de contrario.
- b. - El segundo del BOE mencionado, que obra como documento 2 de CSIF (descripción 20 de autos).
- c. - El tercero de la solicitud mencionada, que obra como documento 7 de CSIF (descripción 25 de autos), que fue reconocida de contrario.
- d. - El cuarto de los documentos 5, 6 y 8 de CSIF (descripciones 23, 24 y 26 de autos), que fueron reconocidos de contrario.
- e. - El quinto del acta de la reunión referida, que obra como documento 7 de la empresa (descripción 41 de autos), que fue reconocida de contrario.
- f. - El sexto de la solicitud de CSIF, de las alegaciones de la empresa y del informe de la DGT, que obran como documentos 8 a 11 de la empresa y 11 del demandante (descripciones 42 a 45 y 29 de autos respectivamente).
- g. - El séptimo del BOE mencionado.
- h. - El octavo de las nóminas, que obran en descripciones 54 y 55 de autos, que fueron reconocidas de contrario.
- i. - El noveno de los recibos citados, que obran en la descripción 53 de autos, aportados por la empresa y reconocidos de contrario. - Declaramos probado esa entrega, por cuanto los documentos fueron aportados por la empresa y reconocidos de contrario, si bien no acabamos de ver su utilidad, porque la empresa no negó, en ningún momento, que el plus de mantenimiento de vestuario es extra salarial, ni alegó tampoco que entregaba el vestuario con independencia de la percepción del plus.

Tercero.

- CSIF reclama, en primer lugar, que anulemos los efectos retroactivos del punto nº 1 del acuerdo "dejar sin efecto jurídico o económico alguno lo establecido en el art. 46.b.5 del Convenio -Indemnizaciones o suplidos, (Pluses transporte y distancia -360 euros/año- y Plus de mantenimiento de vestuario para el Grupo profesional 5 - 264 €/año-)", debiéndose mantener en ultra actividad los efectos jurídicos y económicos de dicho artículo desde el 1/01/19 al momento de publicación del acuerdo.

Dos son, por tanto, las pretensiones, contenidas en el apartado primero del suplico:

- a. - Que se anule la eficacia retroactiva de la supresión de los pluses de transporte y distancia y mantenimiento y vestuario.

b. - Que se continúen percibiendo sus importes hasta la publicación del acuerdo de modificación parcial del convenio, que se publicó en el BOE de 3-08-2019.

La resolución de ambas pretensiones requiere destacar algunos extremos, que han quedado perfectamente acreditados:

1. - El acuerdo de 30-04-2019 no contiene una cláusula de vigencia específica, aunque sí hay una mención concreta en la DA 3ª, referida a la compensación y absorción, en la cual se dispone que procederá la misma entre "las nuevas tablas salariales relativas al período comprendido entre el 1 de enero de 2019 y la publicación de este acuerdo" y las que, por concepto de salario base, plus de transporte o plus de vestuario, hubieran percibido efectivamente los trabajadores en el indicado período.

2. - Su apartado primero suprime los efectos jurídicos del art. 46.B.5 del convenio, sin precisar desde cuando se produce dicha supresión.

3. - La nueva DA 3ª, que regula el modo de equipar los salarios base al SMI 2019, dispone que las cantidades que pudieran corresponder a los trabajadores como consecuencia de la aplicación de las nuevas tablas salariales relativas al período comprendido entre el 1 de enero de 2019 y la publicación de este acuerdo, serán compensadas por las que, por concepto de salario base, plus de transporte o plus de vestuario, hubieran percibido efectivamente los trabajadores en el indicado período.

4. - Como hemos visto, la empresa mantuvo los pluses controvertidos desde enero a mayo inclusive de 2019 y procedió a compensar y absorber las cantidades, correspondientes al salario base 2019, que comenzó a abonar en el mes de junio, con el salario base + el plus de transporte y distancia - el plus de mantenimiento de vestuario, percibidos desde enero a mayo inclusive de 2019.

Así pues, aunque el acuerdo de modificación del convenio no contemple una cláusula específica de vigencia, como hubiera sido pertinente, de conformidad con lo dispuesto en el art. 86.3 ET y la redacción de su primer apartado sea manifiestamente mejorable, por cuanto no concreta desde qué momento se produce dicha supresión, parece claro que, nunca fue intención de las partes la supresión de los pluses controvertidos desde el 1-01-2019, porque si hubiera sido así, vaciarían de contenido la DA 3ª, donde queda claro que los trabajadores percibirán ambos pluses desde el 1-01-2019 hasta la publicación del acuerdo.

Consiguientemente, aunque se haya acreditado, que la empresa implementó lo acordado a partir del mes de junio de 2019, momento en el que incrementó el salario base hasta el SMI 2019 y suprimió los pluses controvertidos y no desde la publicación del acuerdo, que se produjo el 3-08-2019, dicha inconsecuencia no permite acceder a las pretensiones actoras, por cuanto la demanda de impugnación de convenio solo puede limitarse a constatar si los preceptos impugnados vulneran o no el ordenamiento jurídico, en cuyo caso deben ser expulsados del mismo.

En efecto, el apartado primero del acuerdo no contempla una eficacia retroactiva, que quedaría desmontada, en todo caso, por lo pactado en la DA 3ª y por los propios actos de la empresa, que continuó abonando los pluses hasta el mes de mayo inclusive de 2019. - Cuestión distinta, claro está, es, si debió esperar, para hacer dichas operaciones a la publicación del convenio, es decir, a partir del 3-08-2019, como parece deducirse de la DA 3ª, pero dicho interrogante no puede resolverse en demanda de impugnación de convenio, cuya cognición queda limitada al control de legalidad del convenio, del que no tenemos duda.

Cuarto.

- La demandante reclama, por otra parte, la nulidad de la DA 3ª, cuando proclama que, "Consecuencia de lo anterior es que ambas partes acuerdan que las cantidades que pudieran corresponder a los trabajadores como consecuencia de la aplicación de las nuevas tablas salariales relativas al período comprendido entre el 1 de enero de 2019 y la publicación de este acuerdo, serán compensadas por las que, por concepto de salario base, plus de transporte o plus de vestuario, hubieran percibido efectivamente los trabajadores en el indicado período."

Reclama finalmente, la nulidad de la aplicación retroactiva de las tablas salariales para el año 2019, a las que en el período desde el 1/01/19 al momento de publicación del acuerdo deberán añadirse los pluses extra salariales absorbidos/compensados de forma contraria a derecho.

ESC se opuso a ambas reclamaciones, por cuanto el art. 6 del convenio, que regula la compensación y absorción, incluye a todas las condiciones y pluses, sin distinguir conceptos salariales y extra salariales. - Apoyó, por otro lado, su actuación, en lo dispuesto en el art. 3.2 ET, en el cual se establece que, el salario mínimo

comparable, compuesto por el SMI, más los complementos salariales del art. 26.2 ET , más la remuneración a prima o con incentivo de producción, son compensables con los ingresos que por todos los conceptos viniesen percibiendo los trabajadores en cómputo anual y jornada completa con arreglo a normas legales o convencionales, laudos arbitrales y contratos individuales de trabajo en vigor en la fecha de promulgación del real decreto, sin distinguir, por tanto, conceptos salariales y extra salariales.

Subrayó, en todo caso, que los negociadores del convenio ya lo convinieron así en la DA 3ª del convenio 2018 y lo mantuvieron expresamente en la DA 3ª del acuerdo modificativo del convenio, donde pactaron, para asegurar la competitividad de la empresa, que el nuevo salario base, para alcanzar el SMI 2019, incluiría los importes del plus transporte y distancia y de mantenimiento de vestuario y compensaría y absorbería las cantidades percibidas por salario base y los pluses reiterados desde el 1-01-2019 hasta la publicación del acuerdo.

La resolución del litigio requiere reproducir, en primer lugar, lo dispuesto en el art. 26.5 ET , que dice lo siguiente: " Operará la compensación y absorción cuando los salarios realmente abonados, en su conjunto y cómputo anual, sean más favorables para los trabajadores que los fijados en el orden normativo o convencional de referencia".

El art. 27.5 del ET , que regula el régimen de compensación y absorción de los incrementos del SMI, dice lo siguiente: "La revisión del salario mínimo interprofesional no afectará a la estructura ni a la cuantía de los salarios profesionales cuando estos, en su conjunto y cómputo anual, fueran superiores a aquel".

El salario mínimo profesional, que se tomará como término de comparación, para la compensación y absorción de la revisión del salario mínimo, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 2 y 3.1 RD 1462/2018 , se compone del salario mínimo, fijado en su artículo 1, más los complementos salariales del art. 26.3 ET , que no incluyen las indemnizaciones y suplidos, más el importe correspondiente al incremento garantizado sobre el salario a tiempo en la remuneración a prima o con incentivo a la producción.

Estas percepciones son compensables con los ingresos que por todos los conceptos viniesen percibiendo los trabajadores en cómputo anual y jornada completa con arreglo a normas legales o convencionales, laudos arbitrales y contratos individuales de trabajo en vigor en la fecha de promulgación de este real decreto, de conformidad con lo dispuesto en el art. 3.2 RD 1462/2018, de 21 de diciembre , por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2019.

El art. 6 del convenio vigente, que regula la compensación, absorción y garantía ad personam, dice lo siguiente:

Las condiciones contenidas en este Convenio Colectivo son compensables y absorbibles respecto a las que vinieren rigiendo anteriormente, estimadas en su conjunto y cómputo anual, y por todos los conceptos y pluses que se vinieran percibiendo.

Por ser condiciones mínimas, las de este convenio, se respetarán las superiores implantadas con anterioridad, examinadas en su conjunto y en cómputo anual (salvo las que se hayan modificado de forma expresa).

Se implantará, en cualquier caso, la estructura salarial del presente Convenio Colectivo, incluyéndose la diferencia entre las anteriores condiciones económicas individuales y las ahora establecidas en un complemento de carácter personal .

El art. 48.b. 5 del convenio, que regula las indemnizaciones o suplidos, dice lo siguiente:

b.5) Indemnizaciones o suplidos (conceptos extra salariales.) Las cuantías de los siguientes pluses son en cómputo anual y redistribuido en doce pagas, tratándose de una compensación de las previstas en el artículo 26.2 del Estatuto de los Trabajadores .

b.5.1) Plus de transporte y distancia. Se establece como compensación a los gastos de desplazamiento y medios de transporte dentro de la localidad, así como desde el domicilio al centro de trabajo y su regreso. Su cuantía en cómputo anual, será de 360 euros anuales.

b.5.2) Plus de mantenimiento de vestuario. Para el grupo profesional 5, se establece como compensación de gastos que obligatoriamente correrá a cargo del trabajador, por limpieza y conservación del vestuario y calzado. Su cuantía en cómputo anual, será de 264 euros anuales.

Los Trabajadores con contrato a tiempo parcial o bien tengan reducida su jornada, percibirán todos los conceptos salariales y extra-salariales que le pudiesen corresponder en proporción a la jornada pactada .

La DA 3ª de aquel convenio, que regulaba el régimen de acomodación del salario base a los incrementos del SMI, dice lo siguiente:

Las partes acuerdan que, durante la vigencia del Convenio, en caso de que el salario mínimo interprofesional sea superior al salario base establecido para las distintas categorías, se incrementará éste hasta la cuantía mínima fijada para el salario mínimo interprofesional, con adecuación del resto de los conceptos, al objeto de que en cómputo anual la suma de todos los conceptos experimente la misma variación prevista y pactada en este Convenio .

Ya hemos visto, que los negociadores del acuerdo de modificación parcial del convenio colectivo suprimieron, por una parte, el art. 48.b.5 del convenio y regularon una nueva DA 3ª, en la que convinieron esencialmente lo siguiente:

"En materia retributiva, el resultado reflejado en las tablas establecidas para el presente año 2019 es el fruto del esfuerzo de las partes negociadoras marcado por la necesidad de ajustar la cuantía reflejada en las mismas a la prevista para 2019 para el salario mínimo interprofesional y, a la vez, evitar una pérdida de competitividad con resultados negativos para el mantenimiento del empleo. Por ello las partes han efectuado un ajuste pactado consistente en la supresión de los pluses de transporte y vestuario y la integración del importe de dichos pluses en el salario base. Así, las cuantías establecidas en la tabla salarial referida al año 2019 no modifican, en cómputo anual, el importe bruto de todas las retribuciones devengadas y percibidas por estos conceptos por los trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación hasta la fecha de la firma del presente convenio. Consecuencia de lo anterior es que ambas partes acuerdan que las cantidades que pudieran corresponder a los trabajadores como consecuencia de la aplicación de las nuevas tablas salariales relativas al período comprendido entre el 1 de enero de 2019 y la publicación de este acuerdo, serán compensadas por las que, por concepto de salario base, plus de transporte o plus de vestuario, hubieran percibido efectivamente los trabajadores en el indicado período. No obstante, y si aun aplicando la expuesta fórmula de compensación y absorción para el abono de los atrasos, existieran diferencias a favor de los trabajadores, las mismas serán abonadas dentro de los tres meses siguientes al de la publicación del convenio.

Ambas partes acuerdan que, durante la vigencia del acuerdo, en caso de que el salario mínimo interprofesional fuera, en su conjunto, superior al salario base establecido para las distintas categorías en dicho Convenio se procederá a incrementar el salario mismo hasta que alcance la cuantía fijada para el salario mínimo interprofesional".

Llegados aquí, debemos resolver, a continuación, si cabe o no cabe, que la empresa compense y absorba el nuevo salario base, equivalente a 900 euros mensuales por catorce pagas, conformado por la integración en la integración en el salario base de los pluses del art. 48.b.5 del Convenio, con el importe de los pluses de transporte y distancia y mantenimiento del vestuario, percibidos desde el 1-01-2019 hasta la publicación del acuerdo, puesto que, si la respuesta fuera afirmativa, deberíamos desestimar la demanda o estimarla, caso contrario.

Como es sabido, la compensación y absorción constituye una técnica en virtud de la cual el salario percibido por el trabajador no se incrementa, aunque se incremente el salario previsto en el convenio colectivo aplicable, o en su caso el salario mínimo interprofesional, siempre que el salario realmente abonado siga siendo igual o superior a la nueva cuantía del salario fijado por el convenio colectivo, o en su caso, la nueva cuantía del salario mínimo interprofesional. - Se trata, en definitiva, de una técnica de neutralización y no superposición o escalada de incrementos sucesivos y establecidos en fuentes distintas, de manera que el salario percibido realmente por el trabajador no varía, siempre que su cuantía fuera superior a la pactada en el nuevo convenio o, en su caso, en el salario mínimo interprofesional.

Tal y como anticipamos más arriba, en la DA 3ª originaria se convino que, cuando el SMI sea superior al salario base establecido para las distintas categorías, se incrementará éste hasta la cuantía mínima fijada para el salario mínimo interprofesional, con adecuación del resto de los conceptos, al objeto de que en cómputo anual la suma de todos los conceptos experimente la misma variación prevista y pactada en este Convenio. - Es claro, por tanto, que los incrementos del SMI obligaban a la adecuación de los demás conceptos, de manera que, los salarios aplicables, en cómputo anual, mantuvieran la misma variación prevista y pactada en el propio convenio.

Hemos constatado también, que los negociadores del convenio pactaron en su art. 6 un régimen de compensación y absorción, que incluía a todos los conceptos y pluses que vinieren percibiendo los trabajadores en cómputo anual, sin distinguir entre conceptos salariales y extra salariales. - Hemos comprobado finalmente, que el art. 3.2 RD 1462/2018 dispone también que el salario mínimo comparable, identificado en el art. 3.1 de dicha norma, es compensable con los ingresos que, por todos los conceptos, viniesen percibiendo los trabajadores en cómputo anual y jornada completa con arreglo a normas legales o convencionales, laudos arbitrales y contratos individuales de trabajo en vigor en la fecha de promulgación de este real decreto, sin distinguir tampoco entre conceptos salariales y extra salariales.

La Sala considera que no cabe compensar y absorber los incrementos del convenio o del SMI con las indemnizaciones o suplidos por los gastos realizados por el trabajador como consecuencia de su actividad laboral, por cuanto dichos conceptos no tienen la consideración de salario, a tenor con lo dispuesto en el art. 26.2 ET, que los distingue claramente de los conceptos salariales, listados en el art. 26.3 ET.

Es así, porque la compensación y absorción, predicada en el art. 26.5 ET, está referida expresamente a salarios, cuya identificación ya hemos precisado, que no tienen nada que ver con las indemnizaciones y suplidos, cuya naturaleza jurídica es extra salarial. - Sucede lo mismo, con el art. 27.5 ET, en el que los factores comparables son el propio SMI y los salarios profesionales, que deberán compararse en cómputo anual, sin que quepa, a nuestro juicio, incluir dentro del concepto "salarios profesionales" a los conceptos extra salariales, porque, si lo hubiera querido así el legislador, no habría utilizado la expresión "salarios profesionales", sino retribuciones por todos los conceptos.

Es cierto y no escapa a la Sala que, el art. 3.2 RD 1462/2018 prevé que el salario mínimo comparable, compuesto por el SMI, los complementos salariales del art. 26.3 ET y las primas e incentivos a la producción, es compensable con todos los conceptos viniesen percibiendo los trabajadores en cómputo anual y jornada completa con arreglo a normas legales o convencionales, laudos arbitrales y contratos individuales de trabajo en vigor en la fecha de promulgación del real decreto, pero no es menos cierto que, la compensación y absorción, pactada en el convenio, no opera sobre la comparación entre el salario mínimo comparable y todos los ingresos que, por todos los conceptos, perciben los trabajadores, que incluyen, además, del salario base, la antigüedad consolidada, el plus funcional, el plus de responsable, el plus de nocturnidad, el plus de fin de Semana y Festivos, el plus idiomas, el plus de Navidad y Año Nuevo, el plus de cantidad y calidad de trabajo y las pagas extraordinarias (art. 46 del convenio), sino entre el SMI + pluses de transporte y distancia y mantenimiento del vestuario, percibido entre el 1-01-2019 y la fecha de publicación del acuerdo y el nuevo salario base, de manera que la empresa no está aplicando, de ningún modo, el régimen de compensación y absorción, dispuesto en el art. 3.2 RD 1462/2018.

De este modo, al no concurrir aquí el presupuesto de hecho, previsto en el art. 3.2 RD 1462/2018, no vamos a abundar en su posible extralimitación respecto al art. 27.5 ET, que solo contempla la absorción y compensación de conceptos salariales comparables: el propio SMI y los "salarios profesionales". - En efecto, en SAN 24-5-19, proced. 57/19, ya concluimos que el salario mínimo comparable, previsto en los arts. 2 y 3.1 RD 1462/2018, constituía una extralimitación sobre el mandado del art. 27.5 ET, que solo contemplaba los factores de comparación ya reseñados.

Resta por dilucidar si el juego de los arts. 6 y DA 3ª original y DA 3ª impugnada permite que el incremento del salario base, causado por el incremento del SMI, tal y como convinieron los negociadores, permite que éstos compensen y absorban dos complementos extra salariales desde el 1-01-2019 hasta la fecha de su supresión, que los propios negociadores, situaron en la fecha de publicación del convenio, a lo que vamos a anticipar una respuesta negativa.

Es así, por cuanto el salario base, de conformidad con lo dispuesto en el art. 46.A del convenio retribuye, en cada uno de los grupos profesionales, una actividad normal, durante la jornada fijada, mientras que el plus de transporte y distancia es una compensación a los gastos de desplazamiento y medios de transporte dentro de la localidad, así como desde el domicilio al centro de trabajo y su regreso, cuya cuantía en cómputo anual asciende a 360 euros anuales, mientras que el plus de mantenimiento de vestuario es una compensación de gastos, que obligatoriamente correrá a cargo del trabajador, por limpieza y conservación del vestuario y calzado, cuya cuantía en cómputo anual asciende a 264 euros anuales, a tenor con lo previsto en el art. 46.5.1 y 2 del convenio.

Se trata, por tanto, de conceptos heterogéneos, por cuanto uno retribuye salario por unidad de tiempo, mientras que los otros dos retribuyen gastos que los trabajadores deben realizar como consecuencia del trabajo, que no pueden compensarse o absorberse, aunque lo disponga así el convenio, por cuanto la compensación y absorción, prevista legalmente en el art. 26.5 ET, contempla únicamente, como factores comparables, los

conceptos salariales, al igual que lo hace el SMI, lo que podrá mejorarse por la negociación colectiva, pero no regularse peyorativamente respecto a los límites legales.

La Sala no ignora que, la jurisprudencia, por todas STS 6-03-2019, rec. 72/18 , confirma SAN 24-01-2018, proced. 334/17 , ha permitido la compensación y absorción de conceptos salariales heterogéneos, cuando así lo dispone la negociación colectiva, pero dicha doctrina viene referida únicamente a conceptos salariales, sin incluir, de ningún modo, conceptos extra salariales, puesto que sería incongruente que los gastos, realizados por los trabajadores por su actividad profesional, se compensaran o absorbieran con conceptos salariales, especialmente, como sucede aquí, cuando el concepto comparable es el salario base.

Así, lo viene defendiendo esta Sala, por todas SAN 3-04-2019, proced. 58/2019 , en la que descartamos que quepa absorber o compensar conceptos extra salariales con los incrementos de IPC.

Consiguientemente, vamos a estimar parcialmente la demanda, por lo que anulamos parcialmente la DA 3ª del acuerdo modificativo del convenio, en lo que afecta a las manifestaciones siguientes:

"Consecuencia de lo anterior es que ambas partes acuerdan que las cantidades que pudieran corresponder a los trabajadores como consecuencia de la aplicación de las nuevas tablas salariales relativas al período comprendido entre el 1 de enero de 2019 y la publicación de este acuerdo, serán compensadas por las que, por concepto de salario base, plus de transporte o plus de vestuario, hubieran percibido efectivamente los trabajadores en el indicado período."

Lo hacemos así, por cuanto no cabe compensar el importe del nuevo salario mínimo con los pluses ya reiterados, por cuanto la naturaleza de estos últimos es extra salarial. - No cabe acceder, por el contrario, a la tercera pretensión de la demanda, puesto que excede claramente los límites cognitivos del procedimiento de impugnación de convenio, limitados únicamente a la convalidación o expulsión, en su caso, de las cláusulas convencionales ilegales, sin que la Sala tenga que pronunciarse sobre la confección de las nóminas desde el 1-01-2019 hasta la supresión de los pluses reiterados.

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

FALLAMOS

Estimamos parcialmente la demanda de impugnación de convenio, promovida por CSIF contra el Acuerdo de modificación del convenio colectivo de la empresa ESC, suscrito por dicha mercantil y los sindicatos UGT, USO y CCOO, por lo que anulamos parcialmente la DA 3ª del acuerdo, en lo referido a la compensación y absorción de los pluses de transporte y distancia y mantenimiento de vestuario, por lo que condenamos a ESC SERVICIOS GENERALES, SL, así como a las Secciones sindicales de UGT, USO y CCOO a estar y pasar por dicha anulación, absolviéndoles de los restantes pedimentos de la demanda.

Notifíquese la presente sentencia a la Dirección General de Trabajo.

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 4, si es por transferencia con el nº 0049 3569 92 0005001274 haciendo constar en las observaciones el nº 2419 0000 00 0151 19; si es en efectivo en la cuenta nº 2419 0000 00 0151 19, 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.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.