



Roj: **SAN 1194/2019** - ECLI: **ES:AN:2019:1194**

Id Cendoj: **28079240012019100048**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **03/04/2019**

Nº de Recurso: **58/2019**

Nº de Resolución: **51/2019**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **RAMON GALLO LLANOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.NACIONAL SALA DE LO SOCIAL

MADRID

SENTENCIA: 00051/2019

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Social

Letrada de la Administración de Justicia

D^a. MARTA JAUREGUIZAR SERRANO

SENTENCIA Nº: 51/2019

Fecha de Juicio: 28/3/2019

Fecha Sentencia: 3/4/2019

Fecha Auto Aclaración:

Tipo y núm. Procedimiento: CONFLICTOS COLECTIVOS 0000058 /2019

Ponente: D. RAMÓN GALLO LLANOS

Demandante/s: FEDERACIÓN DE SERVICIOS, MOVILIDAD Y CONSUMO DE LA UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES

Demandado/s: AVANZA EXTERNALIZACIÓN DE SERVICIOS, S.A., ORGANIZACIÓN SINDICAL DE TRABAJADORES DE ARAGÓN, UNIÓN SINDICAL OBRERA, CENTRAL SINDICAL INDEPENDIENTE Y DE FUNCIONARIOS, CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALEGA, FEDERACIÓN DE SERVICIOS DE COMISIONES OBRERAS

Resolución de la Sentencia: ESTIMATORIA

AUD.NACIONAL SALA DE LO SOCIAL

-

GOYA 14 (MADRID)

Tfno: 914007258

Correo electrónico:

Equipo/usuario: BLM

NIG: 28079 24 4 2019 0000059

Modelo: ANS105 SENTENCIA

**CCO CONFLICTOS COLECTIVOS 0000058 /2019**

Procedimiento de origen: /

Sobre: CONFLICTO COLECTIVO

Ponente Ilmo. Sr: D. RAMÓN GALLO LLANOS

SENTENCIA 51/2019

ILMO. SR.PRESIDENTE:

D. RICARDO BODAS MARTÍN

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

D^a. EMILIA RUIZ JARABO QUEMADA

D. RAMÓN GALLO LLANOS

En MADRID, a tres de abril de dos mil diecinueve.

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 0000058 /2019 seguido por demanda de FEDERACIÓN DE SERVICIOS, MOVILIDAD Y CONSUMO DE LA UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES (letrado D. Roberto Manzano del Pino) contra AVANZA EXTERNALIZACIÓN DE SERVICIOS, S.A. (letrado D. Javier Alcaide), ORGANIZACIÓN SINDICAL DE TRABAJADORES DE ARAGÓN (no comparece), UNIÓN SINDICAL OBRERA (letrada D^a M^a Eugenia Moreno), CENTRAL SINDICAL INDEPENDIENTE Y DE FUNCIONARIOS (graduado social D. José Francisco Lucas), CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALEGA (no comparece) y FEDERACIÓN DE SERVICIOS DE COMISIONES OBRERAS (letrada D^a Sonia de Pablo) sobre CONFLICTO COLECTIVO. Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. D. RAMÓN GALLO LLANOS.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Según consta en autos, el día 28 de febrero de 2019 se presentó demanda por FEDERACIÓN DE SERVICIOS, MOVILIDAD Y CONSUMO DE LA UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES contra AVANZA EXTERNALIZACIÓN DE SERVICIOS, S.A., ORGANIZACIÓN SINDICAL DE TRABAJADORES DE ARAGÓN (OSTA), UNIÓN SINDICAL OBRERA (USO), CENTRAL SINDICAL INDEPENDIENTE Y DE FUNCIONARIOS (CSI-F), CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALEGA (CIG) y FEDERACIÓN DE SERVICIOS DE COMISIONES OBRERAS (CCOO-SERVICIOS) sobre CONFLICTO COLECTIVO, dicha demanda fue registrada bajo el número 58/2019.

Segundo.- Por Decreto de fecha 4 de marzo de 2019 se señaló el día 28 de marzo de 2019 para la celebración de los autos de conciliación y juicio.

Tercero .- Los actos de conciliación y juicio, tuvieron lugar el día previsto para su celebración, y resultando la conciliación sin avenencia, se inició el acto del juicio en el que:

El letrado de UGT se afirmó y ratificó en su escrito de demanda solicitando se dictase sentencia en la que se declare la nulidad de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo adoptada por la empresa, consistente en la supresión del concepto "Plus Transporte" de la nómina de los trabajadores afectados por el conflicto colectivo, y subsidiariamente a la anterior pretensión, interesamos que se declare injustificada tal medida, reconociéndose el derecho de los trabajadores afectados a ser repuestos en sus anteriores condiciones de trabajo.

En sustento de su pretensión alegó que el Convenio colectivo de empresa de 2009 en su artículo 28 regulaba un plus de transporte de naturaleza extra-salarial, y que si bien dicho Convenio fue anulado por SAN de 12-5-2016, confirmada por STS de 16-2-2018, la empresa vino aplicando durante el año 2018 la estructura salarial de dicho Convenio abonando el correspondiente plus de transporte a razón de 61,33 euros; que en la nómina del mes de enero de 2019 la empresa: ha incrementado unilateralmente el salario base hasta los 900€ (o hasta la parte proporcional correspondiente para aquellos trabajadores que no prestan servicios a jornada completa), y lo ha hecho absorbiendo y compensando este incremento del "Plus de Transporte" y de la "Mejora Voluntaria" (de aquellos trabajadores que la viniesen percibiendo), suprimiendo el primero de los conceptos mencionados



y minorando la cuantía del segundo, si bien otros complementos de la nómina, tales como "Kilometraje sin retención" y "Kilometraje con retención", "Festivos normales" o "Plus Productividad".

Consideró que la supresión del denominado plus de transporte constituía una MSCT de carácter colectivo pues afectaba al sistema de remuneración, y que la misma había sido prescindiendo de los trámites previstos al efecto en el art. 41. 4 E.T y sin fundamento en causa económica, técnica u organizativa que lo justifique.

A las peticiones del actor se adhirieron el resto de organizaciones sindicales comparecientes.

El letrado de la empresa solicitó se dictase sentencia desestimatoria de la demanda.

Con carácter procesal invocó la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario ya que el actor no ha dirigido su demanda frente a La FEDERACION DE SERVICIOS A LA CIUDADANIA DE CCOO tiene una sección sindical en la empresa, habiendo suscrito el 27.7.18 firmó determinados acuerdos, teniendo una personalidad jurídica diferenciada de la de la FEDERACIÓN DE SERVICIOS DE COMISIONES OBRERAS.

En cuanto al fondo defendió que si bien la empresa ha mantenido la estructura retributiva del Convenio anulado, el denominado plus de transporte ha perdido su consideración de retribución extra-salarial ya que la empresa cotiza por las cantidades abonadas por este concepto, se tiene en cuenta para las indemnizaciones por despido y la empresa paga kilometraje con y sin retención cuando el trabajador tiene que desplazarse y por lo tanto y de conformidad con el art. 29.2 del E.T es susceptible de ser compensado y absorbido con los incrementos que se operen en el SMI.

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

Hechos controvertidos- La FEDERACION DE SERVICIOS A LA CIUDADANIA DE CCOO tiene una sección sindical en la empresa. - Esta sección sindical de CCOO el 27.7.18 firmó determinados acuerdos. - El plus transporte se paga en doce meses incluido en los permisos y vacaciones. - La naturaleza jurídica del plus transporte es salarial, así se reconoce por demandas de UGT en que es reclamada su inclusión para el cálculo indemnizatorio. - La empresa cuando ha calculado indemnizaciones por despido improcedente ha incluido el plus transporte.

Hechos pacíficos: - La empresa tras SAN mantuvo la estructura de la nómina. - La empresa paga kilometraje con y sin retención cuando el trabajador tiene que desplazarse

Quinto .- En la tramitación de las presentes actuaciones se han observado todas las formalidades legales.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO .- La Federación de Servicios, Movilidad y Consumo de la Unión General de Trabajadores (FeSMC-UGT) está integrada en la Unión General de Trabajadores, sindicato más representativo a nivel estatal, según dispone el artículo 6 de la LOLS , y además tiene implantación en la empresa AVANZA EXTERNALIZACIÓN DE SERVICIOS (en adelante "AVANZA"). - conforme-

SEGUNDO .- El presente conflicto colectivo afecta a todos los trabajadores de la empresa demandada que el mes de diciembre de 2018 percibían en su nómina el concepto 'Plus de Transporte', el cual ha sido suprimido en la del mes de enero de 2019 por decisión unilateral de la empresa. El alcance territorial del presente conflicto colectivo es estatal porque están afectados trabajadores que prestan sus servicios en más de una Comunidad Autónoma .-conforme- .

TERCERO.- En fecha 26 de noviembre de 2009 se suscribió un Convenio colectivo en la empresa demandada entre ésta y los representantes de los trabajadores, cuya vigencia temporal alcanzaba desde el 1 de enero de 2009 hasta el 31 de diciembre de 2013. El artículo 23 de dicho convenio regulaba la estructura salarial y el art. 28 regulaba el plus extra-salarial de transporte -conforme-

CUARTO.- Dicho convenio colectivo fue impugnado por la Federación de Metal, Construcción y Afines de UGT (MCA-UGT) y la Federación de Servicios a la Ciudadanía de CC.OO. (FSC-CC.OO.).

En fecha 12 de mayo de 2016 esta dictó Sentencia por la que declaró la nulidad del convenio colectivo de la empresa demandada, publicado en el BOE de 25 de febrero de 2010, así como sus modificaciones posteriores, publicadas en el BOE de 6 de diciembre de 2012 y de 18 de abril de 2013, condenando a la empresa y a los firmantes a estar y pasar por dicha nulidad a todos los efectos legales oportunos. Dicha Sentencia fue recurrida por AVANZA ante el Tribunal Supremo. En fecha 16 de enero de 2018, el Alto tribunal dictó sentencia por la que desestimó el mencionado recurso de casación, confirmando la de esta Sala. - conforme-



QUINTO .- No obstante la declaración de nulidad, la empresa ha seguido aplicando a los trabajadores, de manera ininterrumpida, las condiciones reguladas en el convenio colectivo declarado nulo, incluido el régimen retributivo.

Hasta el mes de diciembre de 2018, la empresa abonó a los trabajadores, entre otras partidas salariales y extra-salariales, una cuantía de 61,33€ en concepto de 'Plus Transporte'. Dicha cuantía es el resultado de dividir los 735,96€ (cuantía anual del 'Plus Transporte' regulado en el artículo 28 del Convenio Colectivo) entre las doce mensualidades a que se hacía referencia en el mencionado precepto del convenio colectivo anulado - conforme-.

SEXTO.- En la nómina correspondiente al mes de enero de 2019, que ha sido abonada a los trabajadores el día 31 del mismo mes, la empresa ha incrementado unilateralmente el salario base hasta los 900€ (hasta la parte proporcional correspondiente para aquellos trabajadores que no prestan servicios a jornada completa), y lo ha hecho absorbiendo y compensando este incremento del "Plus de Transporte" y de la "Mejora Voluntaria" (de aquellos trabajadores que la viniesen percibiendo), suprimiendo el primero de los conceptos mencionados y minorando la cuantía del segundo y ha seguido manteniendo otros complementos de la nómina, tales como "Kilometraje sin retención" y "Kilometraje con retención", "Festivos normales" o "Plus Productividad".-conforme-.

SÉPTIMO .- El día 4-2-2015 el Secretario de organización de la Federación de Servicios a la Ciudadanía de CCOO comunicó a la empresa la constitución de la Sección sindical estatal de dicho sindicato en la empresa- documento 22 de los aportados por la empresa-.

OCTAVO .- Damos por reproducido el acuerdo de mediación suscrito en el SIMA por la empresa, y diversas organizaciones sindicales entre las que se encuentra la Federación de Servicios a la Ciudadanía de CCOO- documento 23 de los aportados por la empresa-.

NOVENO.- Damos por reproducida la papeleta de conciliación relativa a impugnación despido de la trabajadora Luisa y la nómina de la misma obrantes en los documentos 2 y 3 de los presentados por la empresa, así como las nóminas del trabajador, Argimiro , obrantes en los documentos 5 a 16, los conceptos tenidos en cuenta para el cálculo de la indemnización por despido improcedente- entre los que se incluye el plus de transporte-, y el acuerdo de conciliación alcanzado en fecha 5 de julio de 2017- documentos 17 y 18- en los que dichas cantidades son tenidas en cuenta para el cálculo de la indemnización correspondiente a la improcedencia del despido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional es competente para conocer del presente proceso 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, Reguladora de la Jurisdicción Social .

SEGUNDO.- De conformidad con lo prevenido en el artículo 97, 2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre , la redacción de la resultancia fáctica de la presente resolución descansa bien en hechos conformes, bien las fuentes de prueba que en los mismos se expresan.

TERCERO .- Expuestas las peticiones de las partes y lo argumentado en sustento en el tercero de los antecedentes de hecho de la presente resolución, resulta necesario dar respuesta a la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, que funda en la demandada en la falta de llamamiento al pleito de la FEDERACION DE SERVICIOS A LA CIUDADANIA DE CCOO la cual una sección sindical en la empresa y el 27-7-2018 firmó determinados acuerdos, tal y como consta en los hechos probados octavo y noveno de la presente resolución.

Para resolver esta cuestión, hemos de señalar que el art. 154 de la LRJS , regula la legitimación activa para promover la acción de conflicto colectivo, admitiéndose en el art. 155 la intervención de otros sindicatos, asociaciones empresariales y órganos de representación en los siguientes términos: *"En todo caso, los sindicatos representativos, de conformidad con los artículos 6 y 7 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical , las asociaciones empresariales representativas en los términos del artículo 87 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y los órganos de representación legal o sindical podrán personarse como partes en el proceso, aun cuando no lo hayan promovido, siempre que su ámbito de actuación se corresponda o sea más amplio que el del conflicto."* , lo cual resulta armonioso con las previsiones generales que en la materia se contienen en el párrafo 2º del art. 17 de la misma ley (*" Los sindicatos con implantación suficiente en el ámbito del conflicto están legitimados para accionar en cualquier proceso en el que estén en juego intereses colectivos de los trabajadores, siempre que exista un vínculo entre dicho sindicato y el objeto del pleito de que se trate; podrán igualmente personarse y ser tenidos por parte en dichos procesos,*



sin que tal intervención haga detener o retroceder el curso de las actuaciones." Pero tales previsiones no significan que las organizaciones sindicales o los órganos de las mismas, con implantación suficiente el ámbito de un determinado conflicto colectivo que no han promovido deban ser parte necesaria en el mismo, sino simplemente que están facultados para personarse en dichos litigios.

En todo caso, el presupuesto constitutivo para demandar de forma necesaria a alguna de las entidades a que se refiere el art. 155 de la LRJS en una demanda de conflicto colectivo, es que la misma deba ser condenada en el procedimiento por haber intervenido en la conformación del acuerdo, decisión o práctica que se impugna (en este sentido SAN de 29-6-2016- proc. 141/2016 -), lo cual cuando se trata de impugnar una MSCT, como sucede en el presente caso, implicará que la misma se deba a un acuerdo entre la parte patronal y la representación social, y que el sindicato u órgano de representación unitaria o sindical de los trabajadores que debe ser traído obligatoriamente a la litis haya firmado tal acuerdo (ex. Art. 138. 2 de la LRJS), lo que aquí no sucede y aboca a la excepción al fracaso.

CUARTO. - La cuestión de fondo que se plantea no es otra que determinar si la decisión empresarial de eliminar el denominado plus de transporte que venían percibiendo los trabajadores de la actora a raíz del incremento del SMI operado por el Real Decreto 1462/2018, de 21 de diciembre, que establece la cuantía del mismo para el año 2019 en 900 euros mensuales resulta ajustada a derecho por tratarse una válida compensación y absorción (ex. Art. 26.5 ET .) o si por el contrario, implica una MSCT, adoptada de forma unilateral prescindiendo de los trámites del art. 41.4 E., y tal fin debe determinarse la naturaleza jurídica de dicho concepto retributivo.

Tal y como consta en los hechos probados, la empresa demandada, a pesar de haber sido decretada la nulidad del Convenio de empresa por Sentencia de esta Sala de 12-5-2016 , confirmada por la STS de 16-1-2018 . ha venido retribuyendo a los trabajadores con arreglo a la estructura retributiva del Convenio anulado, de la cual hemos de destacar lo siguiente.

El art. 23.1 establecía la estructura salarial de la forma siguiente:

"1. El régimen retributivo pactado en el presente convenio queda estructurado en la siguiente forma:

A) Salario base de convenio.

B) Complementos salariales

C) Percepciones extrasalariales: indemnizaciones y suplidos.

...

C) Percepciones extrasalariales: indemnizaciones o suplidos:

1. Tendrán carácter extrasalarial las percepciones, cualesquiera que sea su forma, que no respondan a una retribución unida directamente, mediante vínculo causal, con el trabajo prestado.

Poseen esta naturaleza, entre otros conceptos, las compensaciones por gastos de transporte (plus extrasalarial de transporte), plus de mantenimiento de vestuario, dietas, kilometraje e indemnizaciones.

Plus extrasalarial de transporte.

Plus de mantenimiento de vestuario.

Dietas.

Quebranto de moneda".

El artículo 28 de dicha norma se dedicaba a regular las "percepciones extrasalariales: indemnizaciones y suplidos" contemplando en su apartado primero el "plus extrasalarial de transporte" de la forma siguiente:

"Se establece este plus extrasalarial, para el personal operativo de la empresa (Grupo IV) cuyo objeto es mitigar los gastos que ocasionan al trabajador sus desplazamientos dentro de la localidad, así como desde su domicilio a los centros de trabajo y su regreso.

Dicho plus se abonará en cuantía de 735,96 euros anuales, que corresponde a once mensualidades de 66,90 euros. No obstante, con el fin de facilitar la labor administrativa, dicho importe se repartirá en 12 mensualidades."

En orden la interpretación de los convenios colectivos la STS de 30-1-2019 (Rec. 234/2019) expone la constante doctrina de la Sala IV al respecto, y que reproducen entre otras las Ss.TS de 23 de septiembre Jurisprudencia citada STS, Sala de lo Social, Sección 1ª, 23-09-2010 (rec. 206/2009) y 11 de noviembre de 2010 Jurisprudencia citada STS, Sala de lo Social, Sección 1ª, 11-11-2010 (rec. 23/2010) (Rec. 206/2009 Jurisprudencia citada STS, Sala de lo Social, Sección 1ª, 23-09-2010 (rec. 206/2009) y 23/2010 Jurisprudencia citada STS, Sala de lo Social, Sección 1ª, 11-11-2010 (rec. 23/2010)), 22 de enero de 2013 (Rec.



60/2012 Jurisprudencia citada STS, Sala de lo Social, Sección 1ª, 22-01-2013 (rec. 60/2012)), 22 de abril de 2013 (Rec. 50/2011 Jurisprudencia citada STS, Sala de lo Social, Sección 1ª, 22-04-2013 (rec. 50/2011)), 19 de junio de 2013 (Rec. 102/2012 Jurisprudencia citada STS, Sala de lo Social, Sección 1ª, 19-06-2013 (rec. 102/2012)) y 6 de noviembre de 2015 (Rec. 320/2014 Jurisprudencia citada STS, Sala de lo Social, Sección 1ª, 06-11-2015 (rec. 320/2014)), diciendo: *"Recordábamos en la STS de 15 de abril de 2010 (rec. 52/09 Sentencias relacionadas STS, Sala de lo Social, Sección: 1ª, 15/04/2010 (rec. 52/2009) Interpretación de los convenios colectivos. Doctrina general.) que el primer canon hermenéutico en la exégesis del convenio colectivo es el sentido propio de sus palabras -la literalidad de sus cláusulas- (arts. 3.1 Legislación citada CC art. 3.1y 1281 del Código Civil Legislación citada CC art. 1281).- No obstante, "la interpretación de la normas contenidas en los convenios colectivos ha de combinar los criterios de orden lógico, finalístico, gramatical e histórico, junto con el principal de atender a la intención de los contratantes, pues la prevalencia del componente gramatical, en tanto que expresivo -en principio- de la voluntad de las partes, ha de ceder ante interpretaciones lógicas que pongan de manifiesto la discordancia entre la literalidad y la presumible voluntad de los pactantes" (así, STS de 27 de enero de 2009 -rec. 2407/2007 Sentencias relacionadas STS, Sala de lo Social, Sección: 1ª, 27/01/2009 (rec. 2407/2007) Interpretación de los convenios colectivos. Doctrina general.- que cita sentencias anteriores)".*

En nuestro caso, la literalidad del precepto que estableció el plus de transporte no deja lugar a dudas de que las partes quisieron que el plus de transporte fuese un concepto retributivo extra-salarial por obedecer a una finalidad compensatoria (*"mitigar los gastos que ocasionan al trabajador sus desplazamientos dentro de la localidad, así como desde su domicilio a los centros de trabajo y su regreso"*), y ninguna de las alegaciones de la demandada ha de enervar dicha naturaleza por cuanto que:

A.- El que la empresa abone kilometraje con y sin retención no desvirtúa dicha naturaleza pues el propio Convenio anulado preveía la coexistencia de ambas retribuciones extra-salariales, sin que conste acreditado que todas las personas que perciben dicho plus adicionalmente perciban cantidad alguna kilometraje por los desplazamientos desde su domicilio al lugar de trabajo.

B.- El hecho de que el plus transporte en un supuesto concreto de despido improcedente haya sido tenido en cuenta por la empresa para lograr una conciliación con un trabajador determinado carece de relevancia alguna a efectos de determinar tal naturaleza, no resultando un hecho oponible a terceros en virtud del principio de relatividad de los contratos que consagra el art. 1.257, 1 del Cc .

C.- El que el plus de transporte - tal y como se configura en el Convenio colectivo, que se abona a un tanto alzado mensualmente, en función de un cálculo anual- forme parte de las bases de cotización a la seguridad social, en nada desvirtúa su naturaleza extra-salarial. Estando constituidas las bases de cotización por la remuneración total, cualquiera que sea su forma o denominación, tanto en metálico como en especie, que con carácter mensual tenga derecho a percibir el trabajador o asimilado (art. 147.1 del TRLGSS) , no se computan a tales efectos únicamente aquellas asignaciones para gastos de locomoción del trabajador que se desplace fuera de su centro habitual de trabajo para realizar el mismo en lugar distinto, cuando utilice medios de transporte público, siempre que el importe de dichos gastos se justifique mediante factura o documento equivalente (art. 147.2 del TRLGSS), de lo que se infiere que una cantidad que se abona a los trabajadores para mitigar los gastos de desplazamiento desde su domicilio al centro de trabajo, así como los desplazamientos que deba realizarse dentro de la misma localidad ha de integrar en todo caso la bases de cotización.

Por todo ello, hemos de concluir, que el plus de transporte que viene retribuyendo la empresa, carece de naturaleza salarial, con arreglo a lo dispuesto en el art. 26.2 ET , al tener una finalidad claramente indemnizatoria o compensatoria.

QUINTO.- Resuelto lo anterior, hemos de recordar como hace la STS. 25-1-2017 - rcd 2198/2015 - que *"para que pueda operar el mecanismo -absorción/compensación- es necesario que entre los conceptos retributivos a examinar medie imprescindible homogeneidad, siendo norma general en la materia que únicamente se excepcionan los supuestos en que uno de los conceptos retributivos que intervienen en la operación sea inabsorbible por propia naturaleza o por expresa disposición de la norma legal o convencional que lo regula (siguiendo muchos precedentes, SSTS 01/12/09 -rec. 34/08 -; ... 30/09/10 -rco 186/09 -; 20/07/12 -rco 43/11 -; y 03/07/13 -rco 279/11 -)."*

Específicamente y con relación a los incrementos del SMI, el art. 27.1, párrafo 3º del E.T (*"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."*), establece la compensación y absorción únicamente con las retribuciones de carácter salarial.

En nuestro caso, el carácter extra-salarial del plus de transporte, hace que el mismo pueda ser compensado o absorbido por el incremento del SMI, lo que implica que la empresa al suprimirlo con ocasión del incremento operado por mor de los dispuesto en el Real Decreto 1462/2018, de 21 de diciembre, ha alterado de forma



unilateral el sistema de remuneración vigente en la empresa, lo que constituye una MSCT (ex art. 41.1 d)), que se adoptado prescindiendo de los trámites previstos para su adopción en el art. 41.4 ET , y que por lo tanto debe reputarse nula, con arreglo al art. 138.7 de la LRJS .

Por todo ello dictaremos sentencia desestimatoria de la demanda.

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

FALLAMOS

PREVIA DESESTIMACIÓN de la excepción de FALTA DE LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO Y ESTIMANDO LA DEMANDA DEDUCIDA POR FeSMC- UGT declaramos la nulidad de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo adoptada por la empresa, consistente en la supresión del concepto "Plus Transporte" de la nómina de los trabajadores afectados por el conflicto colectivo.

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 0058 19; si es en efectivo en la cuenta nº 2419 0000 00 0058 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.