



Roj: **STS 4229/2020 - ECLI:ES:TS:2020:4229**

Id Cendoj: **28079140012020101013**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **09/12/2020**

Nº de Recurso: **121/2019**

Nº de Resolución: **1100/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANGEL ANTONIO BLASCO PELLICER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 1194/2019,**
STS 4229/2020

CASACION núm.: 121/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Blasco Pellicer

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Margarita Torres Ruiz

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 1100/2020

Excmas. Sras. y Excmos. Sres.

D^a. María Luisa Segoviano Astaburuaga

D^a. María Lourdes Arastey Sahún

D. Ángel Blasco Pellicer

D^a. Concepción Rosario Ureste García

D. Ignacio Garcia-Perrote Escartín

En Madrid, a 9 de diciembre de 2020.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por Avanza Externalización de Servicios SA, representado y asistido por el letrado D. Javier Alcaide Royo, contra la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de fecha 3 de abril de 2019, dictada en autos número 58/2019, en virtud de demanda formulada por la Federación de Servicios, Movilidad y Consumo de la Unión General de Trabajadores (FesMC-UGT), frente Avanza Externalización de Servicios SA, sobre Conflicto Colectivo.

Han comparecido en concepto de parte recurrida, la Federación de Servicios, Movilidad y Consumo de la Unión General de Trabajadores (FesMC-UGT) representada y asistida por el letrado D. Roberto Manzano del Pino; la Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CCOO) representada y asistida por la letrada D^a. Sonia de Pablo Portillo; y la Central Sindical Independiente y de Funcionarios (CSIF) representada y asistida por el letrado D. Pedro Poves Oñate.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ángel Blasco Pellicer.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación de FesMC-UGT, se interpuso demanda de Conflicto Colectivo, de la que conoció la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional. En el correspondiente escrito, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando se dictara sentencia estimatoria por 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. 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. Condenando en ambos casos a la demandada a estar y pasar por dicha declaración".

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se celebró el acto del juicio, con la intervención de las partes y el resultado que se refleja en el acta que obra unida a las actuaciones. Recibido el pleito a prueba se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

TERCERO.- Con fecha 3 de abril de 2019, aclarada por auto de fecha 11 de abril de 2019, la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva:

"PREVIA DESESTIMACIÓN de la excepción de FALTA DE LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO Y ESTIMANDO LA DEMANDA DEDUCIDA POR FeSMCUGT 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".

El auto de fecha 11 de abril de 2019, aclara los errores materiales que se han producido en el Fundamento de Derecho Quinto de la sentencia de la siguiente manera:

" **Donde dice:** "...el carácter extra-salarial del plus de transporte, hace que el mismo pueda ser compensado o absorbido por el incremento del SMI..."

Debe decir: "...el carácter extra-salarial del plus de transporte, hace que el mismo **no** pueda ser compensado o absorbido por el incremento del SMI..."

Donde dice: "Por todo ello, dictaremos sentencia desestimatoria de la demanda."

Debe decir: "Por todo ello, dictaremos sentencia **estimatoria** de la demanda.""

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

"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 Antonia 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, Nazario, 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".

QUINTO.- Contra dicha resolución se interpuso recurso de casación por la representación de Avanza Externalización de Servicios SA, en el siguiente motivo:

"Esta parte recurre al entender que en la Resolución impugnada concurre la infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia que son de aplicación para resolver las cuestiones objeto de este debate, de conformidad con lo establecido en el art. 207 e) LJS".

El recurso fue impugnado por el letrado D. Roberto Manzano del Pino en representación de la Federación de Servicios, Movilidad y Consumo de la Unión General de Trabajadores (FesMC-UGT); por la letrada D^a. Sonia de Pablo Portillo en representación de la Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CCOO); y por el letrado D. Pedro Poves Oñate en representación de la Central Sindical Independiente y de Funcionarios (CSIF).

SEXTO.- Recibidas las actuaciones de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional y admitido el recurso de casación, se dio traslado por diez días al Ministerio Fiscal que emitió informe en el sentido de considerar improcedente el recurso.

Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 9 de diciembre de 2020, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- La cuestión que se plantea en el presente recurso de casación ordinario se limita a declarar si la actuación de la empresa que, unilateralmente, incrementó el salario base hasta los 900 euros y suprimió el plus transporte en las nóminas del mes de enero de 2019 resulta o no ajustada a derecho. La demanda solicitó que se declarará la actuación empresarial como una modificación sustancial de condiciones de trabajo nula e injustificada ya que la empresa modificó unilateralmente la estructura salarial vigente en la empresa y trató de compensar la cuantía del plus transporte con el incremento del salario base, lo que no podía hacerse dada la heterogeneidad entre las partidas que se compensaron. Por su parte, la demandada, desde el entendimiento de que el plus transporte tiene carácter salarial, entendió que no se había producido una modificación sustancial de condiciones de trabajo y si una compensación entre partidas salariales que cabe calificar de homogéneas.

2.- La sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 3 de abril de 2019, dictada en el Proc. 58/2019, aquí recurrida, estimó íntegramente la demanda formulada por UGT y declaró la nulidad de la modificación sustancial de condiciones de trabajo adoptada por la empresa consistente en la supresión del concepto plus transporte en las nóminas de los trabajadores.



SEGUNDO.- 1.- Avanza Externalización de Servicios SA recurre en casación la indicada sentencia a través de un único motivo, formulado al amparo del apartado e) del artículo 207 LRJS en el que denuncia infracción del artículo 6.3 del Código Civil; de los artículos 26.1, 26.2 y 26.5 ET y del artículo 3 del RD 1462/2018, de 21 de diciembre, por el que se fija el SMI para 2019, en relación con el artículo 27.1 ET. También denuncia infracción de la jurisprudencia, citando para ello una sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional -inhábil a los presentes efectos al no constituir jurisprudencia- y una sentencia de esta Sala Cuarta.

2.- Toda la construcción del recurso parte de la base de que el plus transporte tiene naturaleza salarial y no extrasalarial. En efecto, si se parte, como hace la recurrente del carácter salarial del plus transporte, la construcción del recurso encaja desde la perspectiva de que lo único que ha realizado la empresa es proceder a una compensación y absorción de partidas salariales amparada en el artículo 26.5 ET y en nuestra jurisprudencia interpretativa de tal precepto. Así la recurrente sostiene que, producido el incremento del SMI para 2019, que afectaba al salario base aplicado en la empresa, como los salarios realmente abonados son más favorables para los trabajadores que los establecidos por la norma legal o convencional, podía operar la compensación y absorción del complemento salarial denominado plus transporte.

TERCERO.- 1.- Al contrario de lo que sostiene el recurso, la sentencia recurrida ha partido de la naturaleza extrasalarial del Plus Transporte. Tal característica la deduce la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional del hecho de que tal fue la naturaleza que le otorgaron las partes en el convenio colectivo que creó la estructura salarial que se aplicaba en la empresa. Aun siendo cierto que el convenio colectivo que fijó la estructura salarial fue declarado nulo por esta Sala Cuarta de 16 de enero de 2018 (confirmatoria de la SSAN de 12 de mayo de 2016), no lo es menos que la estructura salarial fijada en dicho convenio continuó siendo aplicada pacíficamente en el seno de la empresa.

A esta apreciación del carácter extrasalarial del plus transporte se opuso la empresa alegando que era un concepto cotizado a la Seguridad Social como salario, sin embargo, tal aseveración ni está recogida en los hechos probados de la sentencia recurrida, ni se ha pretendido introducir como hecho probado en el presente recurso de casación. Por otro lado, las referencias de los hechos probados a que el mencionado plus se tuvo en cuenta para el cálculo de la indemnización por despido en sendos acuerdos conciliatorios resultan insuficientes para asegurar la naturaleza salarial del plus transporte.

2.- Partiendo, por tanto, del carácter extrasalarial del controvertido plus transporte no cabe duda que su compensación y absorción con el salario base resulta irregular e ilícita por cuanto que se produce entre conceptos no homogéneos, tal como reiteradamente ha declarado esta Sala. En efecto, la absorción y compensación prevista en el artículo 26.5 ET no es posible cuando uno de los conceptos retributivos que interviene en la operación es inabsorbible por su propia naturaleza, cual ocurre cuando se trata de un complemento no salarial (STS de 17 de enero de 2013, Rec. 1065/2012).

Con carácter general, la Sala ha entendido que normalmente la solución del caso ha de estar casuísticamente ajustada a cada situación de hecho, y que no siempre es fácil extraer una doctrina universal en esta materia con la que puedan resolverse todos los supuestos, sino que casi siempre ha de atenderse al examen de las peculiaridades del caso concreto; pero ello no es obstáculo para que se pueda afirmar que la compensación que autoriza el art. 26.5 ET es siempre posible en términos generales, salvo 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 (entre otras SSTS de 1 de diciembre de 2009, rec. 34/08 y 30 de septiembre de 2010, Rec. 186/2009). Con pretensión generalizadora, la STS de 14 de abril de 2010, RcuD 2721/09, estableció lo siguiente: 1) la compensación y absorción debe operar sobre retribuciones que presenten la necesaria homogeneidad, lo que tiene su fundamento en que la finalidad de la norma es evitar la superposición de mejoras salariales originadas en diversas fuentes reguladoras superposición que no se produce cuando los conceptos salariales son heterogéneos; 2) las posibilidades de compensación y absorción deben valorarse teniendo en cuenta las circunstancias del caso, atendiendo siempre a "los términos, modo y extensión en los que han sido pactadas" las remuneraciones salariales implicadas y 3) la absorción y compensación no rige en principio entre conceptos salariales por unidad de tiempo y devengos en función del esfuerzo laboral, ni entre complementos personales que no se vinculan a resultado alguno o a particulares condiciones de trabajo y aquéllos que se ligan al puesto de trabajo.

Doctrina, reiterada en las SSTS de 10 de enero de 2017, recs. 518/2016, 3199/2015, 327/2016, 503/2016 y 4255/2015, que introdujeron la matización consistente en que cuando el Convenio colectivo aplicable 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 pudiere 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 (SSTS de 6 de mayo de 2020, Rjud. 3618/2017, y de 24 de septiembre de 2020, Rjud. 2178/2018, entre otras)

3.- La aplicación de la anterior doctrina al supuesto examinado determina que no sea posible la compensación y absorción efectuada por la empresa y defendida en el recurso ya que opera sobre conceptos heterogéneos, uno de los cuales -el plus transporte- dado su carácter extrasalarial es inabsorbible por su propia naturaleza ya que remunera un gasto efectuado por el trabajador. Lo que ha ocurrido en este caso, es que la empresa, al objeto de no incrementar el coste por el incremento salario base hasta el umbral exigido por el nuevo SMI para 2019, ha detruido tal incremento del concepto plus transporte. Con ello ha alterado la estructura salarial vigente y ha provocado en la práctica una modificación sustancial de condiciones de trabajo, sin seguir las exigencias causales y de procedimiento establecidas en el artículo 41 ET.

CUARTO.- Todo lo expuesto comporta, tal como informa el Ministerio Fiscal, la desestimación del recurso y la consiguiente declaración de firmeza de la sentencia recurrida. En aplicación del artículo 235 LRJS no cabe la imposición de costas, al tratarse de un conflicto colectivo. Se decreta la pérdida del depósito constituido para recurrir, al que se dará el destino legal.

FALLO

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

- 1.- Desestimar el recurso de casación interpuesto por Avanza Externalización de Servicios SA, representado y asistido por el letrado D. Javier Alcaide Royo.
- 2.- Confirmar y declarar la firmeza de la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de fecha 3 de abril de 2019, dictada en autos número 58/2019, en virtud de demanda formulada por la Federación de Servicios, Movilidad y Consumo de la Unión General de Trabajadores (FesMC-UGT), frente Avanza Externalización de Servicios SA, sobre Conflicto Colectivo.
- 3.- No efectuar declaración alguna sobre imposición de costas.
- 4.- Decretar la pérdida del depósito constituido para recurrir.

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

Así se acuerda y firma.