



Roj: **STSJ M 2896/2016 - ECLI:ES:TSJM:2016:2896**

Id Cendoj: **28079340022016100273**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **2**

Fecha: **09/03/2016**

Nº de Recurso: **808/2015**

Nº de Resolución: **231/2016**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **FERNANDO MUÑOZ ESTEBAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 02 de lo Social**

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta 2 - 28010

Teléfono: 914931969

Fax: 914931957

34002650

**NIG** : 28.079.00.4-2015/0010640

**Procedimiento Recurso de Suplicación 808/2015-s**

**ORIGEN:**

Juzgado de lo Social nº 14 de Madrid Procedimiento Ordinario 275/2015

**Materia** : Reclamación de Cantidad

**Sentencia número: 231/2016**

**Ilmos. Sres**

D./Dña. MIGUEL MOREIRAS CABALLERO

D./Dña. MANUEL RUIZ PONTONES

D./Dña. FERNANDO MUÑOZ ESTEBAN

En Madrid a nueve de marzo de dos mil dieciséis habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección 2 de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los Ilmos. Sres. citados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

**EN NOMBRE DE S.M. EL REY**

**Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE**

**EL PUEBLO ESPAÑOL**

ha dictado la siguiente

**S E N T E N C I A**

En el Recurso de Suplicación 808/2015, formalizado por el/la LETRADO D./Dña. CARLOS FUENTES VAREA en nombre y representación de D./Dña. Jose Augusto , contra la sentencia de fecha 27.4.2015 dictada por el Juzgado de lo Social nº 14 de Madrid en sus autos número Procedimiento Ordinario 275/2015, seguidos a instancia de D./Dña. Jose Augusto frente a GARBIALDI SA, en reclamación de Cantidad, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo./Ilma. Sr./Sra. D./Dña. FERNANDO MUÑOZ ESTEBAN, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes



## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO:** Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

**SEGUNDO:** En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos en calidad de expresamente declarados probados:

PRIMERO .- Don Jose Augusto presta sus servicios para la empresa GARBIALDI S.L desde el 1 de mayo de 2014 tras subrogarse en el contrato de trabajo del actor, que previamente prestó servicios para la empresa S.L.M. como encargado de grupo, percibiendo un salario bruto diario de 48,11 euros incluyendo la prorrata de las pagas extra.

SEGUNDO .- Resulta de aplicación el Convenio colectivo del sector de limpieza de edificios y locales de la Comunidad de Madrid.

TERCERO .- La empresa S.L.M para la que prestó servicios el actor antes de la subrogación abonó al trabajador en concepto de plus de productividad los importes que se detallan en las nóminas aportadas como documentos nº 5 a 23 del ramo de prueba de la actora, que se tienen por reproducidos.

Constan tres nóminas del trabajador de diciembre de 2007, febrero de 2010 y agosto del 2010 en las que la empresa SERALIA abonó por productividad los importes que se recogen. En concreto, en la nómina de diciembre de 2007 733,16 euros; en la nómina de febrero de 2010, 550,85 euros; en la nómina de agosto de 2010, 529,46 euros.

CUARTO .- GARBIALDI S.L no ha abonado al trabajador el plus de productividad.

QUINTO .- La actora reclama la cantidad de 5.562,72 euros por el período comprendido entre 1 de mayo de 2014 a 30 de marzo de 2015 a razón de 463,56 euros mensuales.

SEXTO .- Consta celebrado el preceptivo acto de conciliación previa sin efecto.

**TERCERO:** En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: "Que desestimo la demanda interpuesta por don Jose Augusto contra GARBIALDI S.L y absuelvo a la demandada de cuantas peticiones se deducían en su contra."

**CUARTO:** Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte DEMANDANTE , formalizándolo posteriormente; tal recurso no fue objeto de impugnación por la contraparte.

**QUINTO:** Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta Sección, dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

**SEXTO:** Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de los autos al mismo para su conocimiento y estudio, señalándose el día 02.3.2016 para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**ÚNICO .-** El actor formula recurso de suplicación contra la sentencia de instancia, en que, al amparo del artículo 193 c) de la LRJS , denuncia la infracción del artículo 26 del Estatuto de los Trabajadores , en relación con el artículo 44.1 del propio Estatuto.

Pues bien, vistas las alegaciones realizadas, se ha de significar que para la resolución del presente recurso deben hacerse las consideraciones siguientes:

1ª) Para que pueda estimarse la demanda ha de quedar acreditado el hecho constitutivo de la acción ejercitada por el demandante, recayendo sobre éste la carga de la prueba de dicho hecho, según declararon, aplicando la norma del *art. 1214 del Código Civil* , las sentencias del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 1980 , de 21 de diciembre de 1981 , de 15 de abril de 1982 y de 31 de octubre de 1983 , entre otras muchas, y tal como se establece tras la entrada en vigor de la *Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en su art. 217, pfo. 2º* , siendo preciso en todo caso para la existencia de la acción que haya una norma que anude al supuesto de hecho el efecto jurídico pedido, según cabe deducir de la propia disposición mencionada, e incumbiendo al



demandado por su parte la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos constitutivos de la acción ( art. 217.3 LEC ).

2ª) Si bien es cierto que puede darse el caso tanto de una condición de trabajo individualmente pactada como el de una condición "otorgada" por el empresario, no es posible ignorar que, como tiene declarado la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1993 , dictada en unificación de doctrina, una situación de ventaja meramente tolerada o permitida, aun de modo reiterado y prolongado en el tiempo, no determina la adquisición de derecho alguno por parte de los trabajadores ni la dejación de los suyos por parte de la empresa, mientras no conste la existencia de una voluntad inequívoca de concesión, insistiéndose en dicha sentencia en que "la aplicación de la doctrina de la condición más beneficiosa tiene como presupuesto la existencia de un acto de voluntad, expresado habitualmente por la tática (hechos concluyentes), que permite la incorporación al nexo contractual de una determinada ventaja o beneficio, y que no se puede extraer del mismo por decisión unilateral del empresario", pero "la tolerancia o condescendencia no dejan de ser tales necesariamente porque duren más o menos tiempo, sino porque se transformen en una conducta distinta de concesión o reconocimiento de un derecho, y ello es así por más que, ciertamente, sólo el otorgamiento liberal o gracioso que se da en el tiempo con regularidad y sin contradicción en su disfrute puede convertirse en derecho adquirido, "beneficio consolidado" o condición obligada", habiendo declarado asimismo la sentencia del Alto Tribunal de 20 de mayo de 2002 (RC núm. 1235/2001 / RJ 2002 , 6794), siguiendo a la de 11 de marzo de 1998 (Recurso 2616/1997 / RJ 1998, 2562) que "la jurisprudencia de esta Sala ha declarado que para que pueda sostenerse la existencia de una condición más beneficiosa es preciso que ésta se haya adquirido y disfrutado en virtud de la consolidación del beneficio que se reclama, por obra de una voluntad inequívoca de su concesión ( sentencia de 16 de septiembre de 1992 [RJ 1992 , 6789], 20 de diciembre de 1993 [ RJ 1993, 9974], 21 de febrero de 1994 [ RJ 1994, 1216], 31 de mayo de 1995 [RJ 1995, 4012 ] y 8 de julio de 1996 [RJ 1996, 5758], de suerte que la ventaja que se concede se haya incorporado al nexo contractual en virtud de un acto de voluntad constitutivo de una concesión o reconocimiento de un derecho ( sentencias de 21 de febrero de 1994 , 31 de mayo de 1995 y 8 de julio de 1996 )... Es la incorporación al nexo contractual de ese beneficio el que impide extraerlo del mismo por decisión unilateral del empresario; manteniéndose en definitiva el principio de intangibilidad unilateral de las condiciones más beneficiosas adquiridas y disfrutadas ( sentencia de 16 de septiembre de 1992 ), añadiendo también la referida doctrina que la condición más beneficiosa así configurada, tiene vigencia y pervive mientras las partes no acuerden otra cosa o mientras no sea compensada o neutralizada en virtud de una normativa posterior -legal o pactada colectivamente- más favorable que modifique el "status" anterior en materia homogénea", de modo que cuando el trabajador percibe un complemento salarial "ad personam", el mismo no puede suprimirse unilateralmente por la empresa si no es en los términos ya indicados.

3ª) En el presente caso la sentencia de instancia desestimó la demanda interpuesta, por las razones que se indican.

Mientras que el recurrente viene a afirmar que el denominado "plus de productividad" que venía percibiendo era en realidad un complemento salarial "ad personam", insistiendo en que por ello le correspondería percibir las cantidades reclamadas, al haber dejado de abonársele su salario normal o pactado ( art. 26 E.T .).

Así las cosas, hemos de señalar que, ciertamente, el artículo 26.3 del Estatuto de los Trabajadores permite establecer la estructura del salario, determinando incluso los complementos salariales y su carácter consolidable y absorbible o no.

Sin embargo, debiendo partirse necesariamente del relato fáctico de la sentencia, lo que conlleva ignorar las alegaciones de hechos no recogidos en la misma, resulta indudable que se ha de desestimar este único motivo del recurso, ya que si bien ha quedado acreditado que el actor percibía un plus de productividad antes de producirse la subrogación, no se ha acreditado, según se recoge en la sentencia recurrida, a qué responde su concesión ni los criterios fijados para determinar su importe, con lo que no resultaría posible acoger la pretensión del recurrente, sin que sean de recibo sus alegaciones, en absoluto justificadas.

Y es que el recurrente parte de una premisa que no resulta acreditada, cual es la pretendida existencia de ese complemento salarial "ad personam" establecido en su favor, ya que de la relación fáctica no resulta en absoluto ese pacto que se alega, en cuya virtud le corresponderían las cantidades que reclama.

Y bajo esta perspectiva deviene claro que el recurso ha de ser desestimado, al no aparecer que el actor tuviera derecho a que se le abonen dichas cantidades por el complemento de referencia.

Por todo lo cual procede, conforme a lo expuesto, con desestimación del recurso, la confirmación de la sentencia de instancia.

**VISTOS** los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,



## FALLAMOS

Que **desestimando** el recurso de suplicación interpuesto por D. Jose Augusto contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 14 de Madrid de fecha 27.4.2015, dictada en virtud de demanda presentada contra GARBIALDI S.A., en reclamación de Cantidad, debemos **CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS** dicha resolución.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia.

**MODO DE IMPUGNACIÓN** : Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de DIEZ DÍAS hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia. Siendo requisito necesario que en dicho plazo se nombre al letrado que ha de interponerlo. Igualmente será requisito necesario que el recurrente que no tenga la condición de trabajador ,causahabiente suyo o beneficiario del Régimen Publico de la Seguridad Social o no gozare del derecho de asistencia jurídica gratuita, acredite ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso haber depositado 600 euros, conforme al artículo 229 de la LRJS, y consignado el importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente en la cuenta corriente nº 2827-0000-00-0808-15 que esta sección tiene abierta en BANCO DE SANTANDER sita en PS. del General Martinez Campos, 35; 28010 Madrid, pudiendo en su caso sustituir la consignación de la condena en metálico por el aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito ( art.230.1 L.R.J.S ).

Se puede realizar el ingreso por transferencia bancaria desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de BANCO DE SANTANDER. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

Emitir la transferencia a la cuenta bancaria siguiente: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. En el campo ordenante, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el nif /cif de la misma. En el campo beneficiario, se identificará al juzgado o tribunal que ordena el ingreso. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al procedimiento 2827-0000-00-0808-15.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sección de Sala.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

## **PUBLICACIÓN**

Publicada y leída fue la anterior sentencia en el día de su fecha por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado-Ponente en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.