



Roj: **STS 5779/2014** - ECLI: **ES:TS:2014:5779**

Id Cendoj: **28079140012014100853**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **26/11/2014**

Nº de Recurso: **1982/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Auto de aclaración**

Ponente: **MANUEL RAMON ALARCON CARACUEL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiséis de Noviembre de dos mil catorce.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala, en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado Javier Alboniga Ugarriza en nombre y representación de D^a Eloisa , contra la sentencia dictada el 28 de mayo de 2013 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el recurso de suplicación núm. 746/13 , que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Bilbao, de fecha 7 de febrero de 2013 , recaída en autos núm. 748/2012, seguidos a instancia de D^a Eloisa contra CORTEFIEL y FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, sobre CANTIDAD.

Ha comparecido en concepto de recurrido el Letrado D. Enrique García Arévalo actuando en nombre y representación de CORTEFIEL, S.A.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 7 de febrero de 2013 el Juzgado de lo Social nº 3 de Bilbao dictó sentencia , en la que se declararon probados los siguientes hechos:

" **1º** .-D^a Eloisa , presta servicios para la empresa CORTEFIEL SA desde el 15-11-07 con la categoría profesional de dependiente y salario bruto mensual de 1.379,57 euros.

2º .- En el contrato de trabajo se establece una cláusula que señala: *"el trabajador recibirá un complemento por ventas que se denominará comisiones y que se reincorporará a la retribución global desde la primera venta que haga, por lo que no se trata de un complemento de cantidad de trabajo, sino de una participación en ventas, este complemento tendrá carácter salarial y como tal estará sujeto a la posibilidad de compensarlo y absolverlo"* .

En virtud de esta cláusula la empresa detrae una cantidad fija del salario base establecido en Convenio que ha de ser recuperada en función de las ventas, de no alcanzar éstas esa cantidad se devenga el salario establecido en Convenio, de superarse la cantidad se cobrarán las comisiones correspondientes.

3º .- La trabajadora reclama un importe de 651,33 euros, de los meses de julio y agosto de 2011 y de mayo y junio de 2012.

4º .- El trabajador no ha ostentado cargo alguno de representación durante el último año. La presente cuestión litigiosa tiene vocación de generalidad habida cuenta de la pluralidad de trabajadores afectados, la totalidad de los dependientes de la mercantil, y del número de procedimientos planteados.

5º .- Intentado el acto de conciliación concluyó el mismo sin efecto".

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: "ESTIMAR la demanda interpuesta por Eloisa frente a la empresa CORTEFIEL SA, CONDENANDO a la misma a abonar la cantidad de 651,33 euros. Dicha cantidad devengará el interés legal del 10% por mora que asciende a 35,15 euros".



SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por CORTEFIEL S.A. ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, la cual dictó sentencia en fecha 26 de abril de 2012, en la que consta el siguiente fallo: "Que ESTIMANDO el recurso de Suplicación interpuesto por CORTEFIEL S.A. frente a la sentencia de 7 de febrero de 2013 (autos 748/12) dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Vizcaya en procedimiento sobre reclamación de cantidad instado por Eloisa contra el recurrente y el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, debemos REVOCAR la resolución impugnada, desestimando la demanda originadora de las actuaciones".

TERCERO.- Por la representación de D^a Eloisa se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina que tuvo entrada en el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco el 15 de julio de 2013. Se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en fecha 4 de septiembre de 2012.

CUARTO.- Con fecha 5 de diciembre de 2013 se admitió por esta Sala a trámite el presente recurso, dándose traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalice su impugnación en el plazo de quince días.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación, por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de considerar el recurso IMPROCEDENTE, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 17 de junio de 2014, suspendido dicho trámite, y dada la trascendencia y complejidad del asunto, se acordó que la deliberación, votación y fallo del mismo se hiciera por la Sala en Pleno, señalándose el día 17 de septiembre de 2014, fecha en que tuvo lugar. La tramitación de esta resolución se ha demorado más allá del plazo legal por incidencias imprevistas surgidas en los trámites de firma y de coordinación con otras resoluciones de la Sala.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Ramon Alarcon Caracuel,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La demandante -y ahora recurrente- es una dependiente de la empresa CORTEFIEL en cuyo contrato de trabajo, como en el de otros trabajadores/as de su misma categoría profesional figura una cláusula que -según consta en el hecho probado 2º de la sentencia de instancia, confirmado en suplicación- dice lo siguiente: *"el trabajador recibirá un complemento por ventas que se denominará comisiones y que se reincorporará a la retribución global desde la primera venta que haga, por lo que no se trata de un complemento de cantidad de trabajo, sino de una participación en ventas, este complemento tendrá carácter salarial y como tal estará sujeto a la posibilidad de compensarlo y absorberlo"* (sic; obviamente, quiere decir "absorberlo"). La manera en que la empresa interpreta y lleva a la práctica esa posibilidad contractual de realizar la compensación o absorción de dicho complemento salarial es la siguiente, según consta en el mismo hecho probado 2º: "En virtud de esta cláusula la empresa detrae una cantidad fija del salario base establecido en Convenio que ha de ser recuperada en función de las ventas, de no alcanzar éstas esa cantidad se devenga el salario establecido en Convenio, de superarse la cantidad se cobrarán las comisiones correspondientes".

La trabajadora entiende que dicha compensación/absorción no procede y demanda la suma de 651,33 euros por las comisiones de ventas devengadas y no pagadas durante cuatro meses. El juez de instancia estima la demanda y abre la posibilidad de recurso de suplicación al declarar (hecho probado 4º) lo siguiente: "La presente cuestión litigiosa tiene vocación de generalidad habida cuenta de la pluralidad de trabajadores afectados, la totalidad de los dependientes de la mercantil, y del número de procedimientos planteados".

Y, en efecto, la empresa condenada interpone recurso de suplicación que es estimado por la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco de 28/5/2013, revocando la sentencia de instancia y desestimando la demanda. Dicha sentencia es ahora objeto de este recurso de casación unificadora, aportando la trabajadora recurrente como sentencia contradictoria la de la misma Sala de lo Social del TSJ del País Vasco de 4/9/2012 (Rec. Sup. 1723/12).

SEGUNDO.- Procede comprobar si concurren entre ambas sentencias los requisitos de igualdad sustancial en los hechos, pretensiones y fundamentos y la disparidad de pronunciamientos requeridos por el art. 219 de la LRJS para la procedibilidad de este recurso de casación unificadora. Y así es. En la sentencia de contraste también demandaban varias trabajadoras de la misma empresa, en cuyos contratos de trabajo figuraba idéntica cláusula a la de la actora en estos autos, que plantearon reclamaciones de cantidad con idéntico fundamento y que, a diferencia de la sentencia recurrida, obtuvieron en instancia una sentencia estimatoria de su pretensión que, recurrida en suplicación por la empresa, fue confirmada por la sentencia del TSJ que ahora se aporta como contradictoria con la recurrida en autos, y efectivamente lo es.



TERCERO.- Superado el juicio de contradicción, procede analizar cual es la argumentación que conduce a la sentencia recurrida a su fallo desestimatorio. La encontramos en su único -y breve- fundamento de derecho, que dice así: "La voluntad de las partes, recogida en el contrato de trabajo, es fuente de la relación laboral y, en principio, plenamente válida. En el presente caso, se pactó un complemento salarial por ventas y aunque el mismo no fue declarado como complemento por cantidad de trabajo, la cuantía ó importe de tales ventas repercute en los derechos salariales del trabajador porque, si éste no alcanza una concreta cuantía, no es que deje de percibir el complemento ó lo perciba en menor cuantía, sino que repercute negativamente en el salario establecido en el convenio. Esto es, lo ya cobrado en concepto de complemento lo consolida el trabajador si no alcanza el objetivo por ventas, pero se le detrae en igual cuantía del salario base, con lo que se produce una compensación. Esta opera sobre conceptos heterogéneos, pero ello está admitido, cuando como en el presente caso esté pactado, por el Tribunal Supremo (sentencia 4 de febrero de 2013 (recurso 33/2012))".

La sentencia de contraste, en cambio, contiene una muy elaborada y -podemos anticiparlo ya- acertada argumentación, con la que esta Sala Cuarta coincide y cuyos elementos esenciales son los siguientes.

1º) En contra de lo que mantiene la empresa y de lo que dice la propia cláusula contractual arriba reproducida, lo que ésta establece sí es un complemento salarial por cantidad de trabajo (se obtiene en función del mayor o menor importe de las ventas que consiga realizar la dependiente en cuestión, con el objeto claro de estimular su esfuerzo en el trabajo), complemento que, como tal, se debe añadir al salario base del convenio que -como todo salario base- se obtiene simplemente por el tiempo que el trabajador emplea en su jornada de trabajo, al margen del mayor o menor esfuerzo desplegado durante la misma. Y, como concluye la sentencia de contraste (FD Tercero, B), "el salario pactado en el contrato de trabajo queda integrado por el del convenio y esa mejora adicional que son las comisiones por ventas".

2º) A partir de ahí, hay que interpretar el significado concreto de esa frase de la cláusula contractual de establecimiento de ese complemento salarial, según la cual el mismo "estará sujeto a la posibilidad de compensarlo y absorberlo". Y la interpretación que hace la sentencia de contraste es ésta: "de su tenor literal resulta que es esa mejora en cuestión la que puede ser compensada y absorbida por otras, pero en modo alguno se conviene que dicho complemento sirva para compensar o absorber salarios debidos por razón de otra fuente normativa o contractual. En definitiva, lo que se pactó fue que las comisiones devengadas con este amparo contractual puedan menguar o incluso suprimirse por otros conceptos, pero no que puedan imputarse como pago de conceptos salariales establecidos en otra fuente, como en concreto es el convenio colectivo de aplicación a la relación laboral".

Así es, desde luego. En efecto, carece de sentido que una "mejora" pueda consistir en, de entrada, "empeorar" el salario base y, solo después, poder en su caso -si se consigue, vía complemento por ventas y si éste alcanza una cuantía suficiente, o vía "comisión mínima garantizada", de la que luego hablaremos- llegar a recuperarlo en la cuantía establecida por el Convenio, aunque sea a costa de no cobrar ni un euro de comisión -salvo que se supere una cierta cuantía en las ventas realizadas- por todas las ventas inferiores a dicha cuantía. Práctica empresarial que, además, contradice palmariamente lo establecido en la propia cláusula contractual: que " *el trabajador recibirá un complemento por ventas que se denominará comisiones... desde la primera venta que haga* ". En la práctica impuesta por la empresa, no es así: de hecho, la trabajadora solamente recibe comisiones una vez superadas las ventas cuyas comisiones sean necesarias para recuperar la integridad del salario base de convenio previamente mutilado.

La interpretación que hace la sentencia de contraste se refuerza además con lo dispuesto en los artículos 3 y 15 del Convenio, como la propia sentencia de contraste se encarga de subrayar. Así, el artículo 3 del Convenio Colectivo dice que " *todas las condiciones económicas y de otra índole contenidas en el presente Convenio, se establecen con carácter de mínimos por lo que los pactos, cláusulas o situaciones implantadas en las empresas, que impliquen condiciones más beneficiosas con respecto a las convenidas, subsistirán para aquél personal que viniese disfrutándolas* ". Esto es, que el Convenio establece su régimen salarial como un mínimo a respetar y, además, el Convenio respeta las condiciones más beneficiosas de origen contractual, pero en absoluto admite que estas condiciones sirvan para menoscabar o disminuir las cuantías establecidas por el Convenio que, por lo ello, es evidente que tienen la naturaleza de indisponibles y que, por tanto, les afecta la prohibición de renuncia (más aún, de "disposición") impuesta por el artículo 3.5 del ET . Por si quedara duda, el artículo 15 del Convenio, bajo el rótulo "garantías de incremento salarial", dispone: " *las garantías de incrementos salariales para todo el personal afectado por la misma será la establecida en la 3ª columna del Anexo I para cada uno de los años de vigencia del convenio* ". Y, como concluye la sentencia de contraste, "Se trata de una cláusula reveladora de una inequívoca voluntad de incremento del salario real de cada trabajador, que constituye otro límite al ejercicio de la facultad de compensación legal o contractualmente dispuesta" .

CUARTO.- Llegados a este punto, casi no sería necesario ir más allá. Es evidente que el modo en que la empresa está aplicando la citada cláusula contractual infringe el artículo 3.1,c) del ET , en el que se prescribe



que en el contrato de trabajo " *en ningún caso pueden establecerse en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos* ". Es claro que una, así denominada, mejora, que consiste en, de entrada, rebajar el salario base establecido en el Convenio Colectivo de aplicación infringe dicho precepto estatutario y, en aplicación del art. 3.5 ET , la aceptación de dicha cláusula contractual peyorativa -si es que ese fuera su contenido- por parte de los trabajadores sería un acto de disposición o renuncia que no puede considerarse válida. Ahora bien, sucede que en la cláusula no se dice tal cosa: es la práctica empresarial la que procede a interpretarla -indebidamente- de ese modo. Y lo hace amparándose en el inciso final de la cláusula, según el cual el complemento salarial en cuestión "estará sujeto a la posibilidad de compensarlo y absorberlo". Dado que la sentencia recurrida da por válida esa presunta "compensación" de parte del salario base con el complemento, haciendo una interpretación que es atacada por el recurso de casación, defendida por la empresa en la impugnación del recurso y, en fin, tomada en consideración -haciendo una interpretación opuesta- por la sentencia de contraste, debemos entrar a considerar esta cuestión inmediatamente.

QUINTO.- El instituto de la compensación y/o absorción es de los peor comprendidos y aplicados en nuestras relaciones laborales dando lugar a una abundante litigiosidad. Recordemos que su base normativa se encuentra en el artículo 26.5 ET que dice así: " *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* ". De entrada, hay que decir que "los salarios realmente abonados" tienen un origen contractual: aunque el contrato de trabajo originario contemple una cuantía diferente, es sabido que la relación laboral se prolonga en el tiempo y su contenido concreto va evolucionando; pero se trata de una relación obligatoria de carácter oneroso y sinalagmático y, por ende, todas las prestaciones de una y de otra parte que se vayan produciendo tienen una base contractual: en principio -y salvo supuestos absolutamente aislados, ocasionales y excepcionales- ninguna prestación -y especialmente las salariales- tiene su origen en la mera liberalidad del empresario. Pues bien, son esas prestaciones salariales de origen contractual las que deben compararse con las establecidas en "el orden normativo o convencional de referencia". En la práctica: o con el salario mínimo fijado anualmente en el Decreto de Salarios Mínimos o, con mucha mayor frecuencia, con los salarios establecidos para cada categoría profesional en el Convenio Colectivo que resulte aplicable y que, habitualmente -y dejando ahora al margen lo que la crisis económica que padecemos desde 2008 nos está deparando- también van evolucionando con cadencia anual y en sentido expansivo. Hecha la comparación pertinente, habrá que aplicar la cuantía que resulte más favorable para el trabajador: si es la del contrato, ésta; y si es la del Convenio Colectivo, esta otra, pues de lo contrario estaríamos infringiendo el artículo 3.1,c) del ET y violando la fuerza vinculante de los convenios colectivos consagrada en el artículo 37.1 CE . Hasta aquí la cuestión no tiene dificultad alguna.

Pero el problema surge porque el art. 26.5 ET dice que la comparación debe hacerse "en su conjunto y cómputo anual". Ello, habida cuenta de que los salarios están compuestos por un salario base y una serie de complementos de trabajo de diversa naturaleza (esencialmente, los personales, los de puesto de trabajo y los ligados al resultado productivo; con diversas modalidades en cada una de estas tres categorías), la aplicación de esa regla de comparación global podría llevar a un resultado ilógico y jurídicamente inaceptable. Simplificando la cuestión, supongamos que un convenio colectivo sectorial fija un salario base de 900 euros y un plus por toxicidad de 200 euros. Entendiendo la empresa A que su proceso productivo reviste una gran toxicidad, pese a las medidas de salud e higiene adoptadas, fija en los contratos de trabajo un plus de toxicidad de 300 euros pero, en compensación, baja el salario base a 850 euros, argumentando que la suma total pagada ($850 + 300 = 1.150$) es superior a la establecida por el Convenio Colectivo ($900 + 200 = 1.100$) y que, por lo tanto, está respetando lo establecido en el artículo 26.5 ET . Pero sucede que, con ello estamos mezclando dos deudas -la del salario base y la del complemento de toxicidad- que provienen de dos títulos jurídicos diferentes: el desarrollo normal de la jornada de trabajo, común a todos los trabajadores de la empresa, y la prestación en determinadas condiciones de toxicidad que solamente afectan a los trabajadores que ocupan ciertos puestos de trabajo afectados por ese problema. No cabe, por ello, esa compensación por no tratarse de conceptos salariales homogéneos. Eso es lo que ha dicho la jurisprudencia de esta Sala Cuarta del TS desde hace muchos años y que es bien conocida: la propia sentencia de contraste cita, en apoyo de su decisión, entre muchas otras, la STS de 28/2/05 (RCUD 2486/04), que dice así: " *La cuestión aquí debatida ha sido abordada por la reciente sentencia de esta Sala de 6 de julio de 2004 (recurso 4562/03), estableciendo <<El artículo 26.5 del Estatuto de los Trabajadores establece que "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". La doctrina de esta Sala ha señalado con reiteración que la institución de la compensación y absorción que en el precepto citado se recoge tiene por objeto evitar la superposición de mejoras salariales que tengan su origen en diferentes fuentes reguladoras, de forma que el incremento de un concepto salarial contenido en una fuente normativa o convencional quede neutralizado por cualquier otro incremento con origen en fuente distinta (sentencias de 10 de noviembre de 1998 , 9 de julio de*



2001 , 18 de septiembre de 2001 y 2 de diciembre de 2002). Ello implica que, en principio, la compensación tenga que producirse necesariamente en el marco de retribuciones que presenten la necesaria homogeneidad (sentencias de 15 de octubre de 1992 y 10 de junio de 1994), al menos en el orden de la función retributiva; homogeneidad que, desde luego, no puede existir entre los conceptos salariales que aquí se consideran. Por una parte, los incrementos compensados se refieren a partidas salariales por unidad de tiempo -el salario base, la antigüedad y las pagas extraordinarias, entre ellas, la paga de beneficios- y, por otra parte, el concepto que actúa como absorbente -la comisión por ventas- es ciertamente una remuneración compleja, pero tiene en cuenta tanto un mayor esfuerzo o habilidad del trabajador como el resultado de ese esfuerzo que se traduce en la realización de una operación comercial por parte de la empresa>> ". Digamos -para terminar de precisar la cuestión- que si no cabe la compensación entre conceptos no homogéneos, tampoco cabe la absorción. La diferencia entre compensación y absorción es meramente temporal, es decir, depende de la dinámica de los acontecimientos. En el ejemplo anterior, supongamos que la empresa respetó inicialmente el salario base de Convenio de 900 euros y subió el plus de toxicidad a 300 euros (900 + 300 = 1.200): nada que objetar; posteriormente, el salario de Convenio sube a 925 y la empresa argumenta: como 925 + 200 = 1125, yo no estoy obligada a aplicar esa subida de 25 euros del salario base porque la "absorbo" en el total que abono (1.200 euros) que es superior al total del Convenio (1.125). Pues bien, esa absorción tampoco es lícita por la misma razón de heterogeneidad que impedía, en el supuesto anterior, la compensación. Dado que en la vida de una relación laboral se pueden dar sucesivamente situaciones de compensación y de absorción es por lo que, habitualmente, se habla de ambas conjuntamente porque, en esencia, son instituciones prácticamente iguales, con el mismo fundamento legal y sometidas al criterio jurisprudencial de la necesaria homogeneidad de las condiciones salariales a las que una u otra se aplican.

Pues bien, no está del todo claro que la práctica empresarial en la aplicación de esa cláusula contractual lleve a un resultado "en conjunto" superior a las condiciones salariales establecidas en el Convenio Colectivo: parece ser -y tampoco está del todo claro- que lo máximo que se garantiza es que la suma del salario rebajado y las comisiones, si éstas no bastan, se completen (mediante un mecanismo que se introdujo posteriormente, denominado "comisión mínima garantizada", al que alude el escrito de impugnación de la empresa) hasta igualar la cuantía del salario base del Convenio. Pero, incluso si así fuera, sería una práctica ilícita por no respetar el criterio de homogeneidad: no se puede rebajar el salario base por el hecho -no probado en autos- de que las trabajadoras -y, en concreto, la demandante- cobre siempre una cantidad -bien en concepto de comisiones o bien por aplicación de la llamada "comisión mínima garantizada"- que, sumada a ese salario base previamente rebajado, iguale el salario base de Convenio. Nótese, además, que rebajar el salario base (aunque luego la rebaja se llegue a compensar con un complemento como el de autos) tiene otras repercusiones no tenidas en cuenta, ya que el salario base se emplea como módulo para el cálculo de otros complementos, por ejemplo para calcular los complementos por antigüedad, así como para las pagas extraordinarias.

En conclusión, esa posibilidad de "compensar o absorber" el citado complemento solamente se puede interpretar de la manera que, con total acierto, lo hace la sentencia de contraste en su FD Tercero, E): "la lectura del inciso final de la cláusula sobre dicha mejora limita su alcance a la posibilidad de que ésta se reduzca o suprima por sobrevenir otras partidas salariales, pero no es esto lo que aquí ha sucedido, sino que desde un primer momento se han abonado los conceptos salariales de convenio por un importe inferior al establecido en dicha fuente". Es decir, es la propia "mejora" del complemento por ventas la que podría ser compensada o absorbida por futuras mejoras salariales (y, por supuesto, respetando el criterio de homogeneidad jurisprudencialmente establecido), no que esa "mejora" sirva para disminuir -compensándolos- conceptos salariales heterogéneos del Convenio Colectivo, nada menos que el salario base, como se ha hecho.

SEXO.- En la sentencia recurrida se invoca como fundamento de su decisión el que, aunque la compensación se está operando entre conceptos heterogéneos, "ello está admitido cuando, como en el presente caso, esté pactado, por el Tribunal Supremo (sentencia de 4/2/2013, Rec. 33/2012)". Pero acabamos de ver que no es eso lo que está pactado, si interpretamos correctamente el inciso final de la cláusula en cuestión que lo que dice es que el complemento se podrá (insistimos: si se dan las condiciones para ello) compensar o absorber, no que el complemento pueda compensar o absorber una parte del salario base de Convenio. Y, precisamente, en esa sentencia de 4/2/2013 se resolvía un caso en el que un denominado "complemento personal voluntario" era objeto de compensación con las retribuciones establecidas en un Convenio Colectivo sectorial porque éste tenía un artículo en el que expresamente se había establecido que "el convenio compensa y absorbe cualesquiera mejoras logradas por el personal, bien a través de otros Convenios o normas de obligado cumplimiento, bien por decisiones unilaterales de la empresa": es decir, lo contrario de lo que hace la empresa en el caso de autos, que pretende disminuir una partida del Convenio - nada menos que el salario base- compensando, en su caso, esa disminución con el eventual cobro de unas comisiones por ventas.

Ahora bien, en dicha STS de 4/2/2013 se alude -erróneamente, porque es un caso distinto- a la STS de 29/9/2008 (RCUD 2255/07), en la que sí se enjuicia un caso igual al de autos, con una cláusula contractual



idéntica y con la misma práctica empresarial que ya hemos analizado. Pues bien, en dicha sentencia de 29/9/2008 se establece una doctrina -seguida después por las SSTs de 27/11/2013 (RCUD 714/13) y de 4/12/2013 (RCUD 720/13)- que debemos matizar y concretar. La razón es que en esa sentencia de 29/9/2008 , se parte, en su FD Segundo, de una premisa que es la siguiente: "La cuestión que plantea el presente recurso de casación para la unificación de doctrina consiste, pues, en determinar si procede o no la compensación y absorción de las cantidades abonadas a la actora en concepto de incentivo o complemento por ventas, denominado "comisiones", expresa y únicamente previsto en la antes transcrita cláusula de su contrato individual de trabajo". Pero, en realidad, el problema que se plantea no es el de determinar si el citado complemento puede ser compensable o absorbible en el futuro sino -al contrario- si el hecho de pagar dicho complemento puede compensar o absorber una parte del salario base de Convenio. Lo primero -que el complemento sea "compensado o absorbido"- puede ser válido (dependerá -insistimos de nuevo- en la naturaleza del nuevo concepto retributivo, si guarda o no la necesaria homogeneidad). Lo segundo -que dicho complemento tenga valor "compensador o absorbente" de parte del salario base- no es válido en absoluto. Y, si eso fuera lo pactado, tal pacto sería nulo por infringir el art. 3.5 del ET .

En conclusión, la doctrina que establecemos es la siguiente: cuando la cláusula convencional que introduce una mejora salarial especifique que la misma podrá ser "compensable o absorbible", ello significa que lo podrá ser con futuras mejoras salariales siempre que las mismas cumplan el requisito de homogeneidad - en los términos exigidos tradicionalmente por nuestra jurisprudencia- para que sea jurídicamente válida esa compensación o absorción. Ahora bien, si lo que se pretende decir con esa cláusula convencional es que con esa mejora se elimina -por "compensación o absorción"- una condición salarial previa, deberá indicarse cual es esa condición salarial preexistente para que así se pueda controlar judicialmente si concurre el requisito de homogeneidad necesario para que esa cláusula convencional sea válida. En cualquier caso, ninguna mejora salarial podrá dar como resultado la disminución del salario base establecido en el Convenio Colectivo de aplicación o en el contrato de trabajo.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado Javier Alboniga Ugarriza en nombre y representación de D^a Eloisa , contra la sentencia dictada el 28 de mayo de 2013 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el recurso de suplicación núm. 746/13 , que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Bilbao, de fecha 7 de febrero de 2013 , recaída en autos núm. 748/2012, seguidos a instancia de D^a Eloisa contra CORTEFIEL y FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, sobre CANTIDAD. Casamos y revocamos la sentencia recurrida y, resolviendo en suplicación, estimamos la demanda. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

D. Jesus Gullon Rodriguez D. Fernando Salinas Molina D^a Maria Milagros Calvo Ibarlucea D. Luis Fernando de Castro Fernandez D. Jose Luis Gilolmo Lopez D. Jordi Agusti Julia D^a Maria Luisa Segoviano Astaburuaga D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana D^a Rosa Maria Viroles Piñol D^a Maria Lourdes Arastey Sahun D. Manuel Ramon Alarcon Caracuel D. Miguel Angel Luelmo Millan D. Antonio V. Sempere Navarro D. Jesus Souto Prieto

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Ramon Alarcon Caracuel hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.