



Roj: **STS 6178/2013 - ECLI:ES:TS:2013:6178**

Id Cendoj: **28079140012013100779**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **27/11/2013**

Nº de Recurso: **714/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **MARIA LUISA SEGOVIANO ASTABURUAGA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ GAL 11036/2012,**
STS 6178/2013

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintisiete de Noviembre de dos mil trece.

Vistos los autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la letrada D^a Sonia Juanis Portillo, en nombre y representación de DOUGLAS SPAIN, S.A., contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de fecha 28 de diciembre de 2012, recaída en el recurso de suplicación nº 3424/2009, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Lugo, dictada el 28 de mayo de 2009, en los autos de juicio nº 1013/08, iniciados en virtud de demanda presentada por D^a María Angeles, contra DOUGLAS SPAIN, S.A., sobre RECLAMACIÓN DE CANTIDAD.

Es Ponente la Excm. Sra. D^a. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 28 de mayo de 2009, el Juzgado de lo Social nº 2 de Lugo, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que estimando parcialmente la demanda presentada por D^{ña}. María Angeles, contra la empresa DOUGLAS SPAIN S.A, declaro el derecho de la parte demandada a percibir la cantidad de 391,90 euros, en concepto de diferencias salariales por el periodo comprendido entre el 1 de julio de 2007 y el 30 de septiembre de 2008 por el ejercicio de funciones de superior categoría y por el plus de locomoción condenando en consecuencia a la demandada a estar y pasar por tal declaración y a abonar al actor la citada suma."

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes: "**PRIMERO** .- La actora, D^{ña}. María Angeles, mayor de edad y con D.N.I. NUM000, viene prestando servicios para la empresa DOUGLAS SPAIN, S.A., desde el 16 de junio de 2007, con la categoría profesional de dependiente. **SEGUNDO** .- Desde el inicio de la relación laboral la actora viene desempeñando las funciones de ventas de cosméticos, asesorando en alguna ocasión sobre dichos productos a clientes. El 28 septiembre 2008 la actora trabajó en el inventario de la tienda desde las 9.00 hasta las 21.30 horas. **TERCERO** .- Las partes pusieron fin a su relación laboral con efectos de 3 octubre 2008 mediante acuerdo, en los términos que en él constan y se dan por reproducidos, en cuyo primer ordinal expositivo se recoge literalmente que "D^a María Angeles, viene prestando sus servicios para Douglas Spain S.A. desempeñando las funciones correspondientes al puesto de trabajo de Dependienta". **CUARTO** .- La actora reclama las diferencias retributivas existentes entre la categoría que ostenta y las correspondientes al desempeño de funciones de superior categoría desde el inicio de su relación laboral, y que ascienden a 3.151,84 euros en el año 2008 y 1 600,44 euros en el año 2007. **QUINTO** .- En la demandada es de aplicación el Convenio Colectivo Interprovincial de las Empresas Minoristas de Droguerías, Herboristerías, Ortopedias y Perfumerías (BOE 21 de febrero de 2008 **SEXTO** .- El 28 de octubre de 2008 se



celebro el preceptivo acto de conciliación ante el Servicio Provincial de Mediación Arbitraje e Conciliación de la Consellería de Asuntos Sociais, Emprego e Relacions Laborais de la Xunta de Galicia, que concluyó sin efecto."

TERCERO.- Contra la anterior sentencia, el letrado de D^a María Angeles formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, dictó sentencia en fecha 28 de diciembre de 2012, en la que consta el siguiente fallo: "Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación procesal de María Angeles contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social 2 de Lugo de fecha 28-5-09, en proceso sobre cantidad, promovido por la recurrente contra DOUGLAS SPAIN S.A., revocamos en parte la sentencia de instancia y, condenamos a la entidad demandada a que abone a la actora 4.752,28 más los intereses del 10% por mora. Dese a las consignaciones y depósitos el destino legal".

CUARTO.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, la letrada D^a Sonia Juanis Portillo, en nombre y representación de DOUGLAS SPAIN, S.A., interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó ante esta Sala mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2008, recurso 2255/07 .

QUINTO.- Se admitió a trámite el recurso, y tras ser impugnado por la parte recurrida, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de estimar procedente el recurso interpuesto.

SEXTO.- Se señaló para la votación y fallo el día 20 de noviembre de 2013, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- El Juzgado de lo Social nº 2 de Lugo dictó sentencia el 28 de mayo de 2009 , auto 1013/08, estimando en parte la demanda formulada por D^a María Angeles contra Douglas Spain SA, declarando el derecho de la parte actora a percibir la cantidad de 391'90 euros, en concepto de diferencias salariales por el periodo de 1 de julio de 2007 a 30 de septiembre de 2008, por el ejercicio de funciones de superior categoría y por el plus de locomoción, condenando a la demandada a estar y pasar por tal declaración y a abonar a la actora la citada suma. Tal y como resulta de dicha sentencia la actora viene prestando servicios para la demandada desde el 16 de junio de 2007, con la categoría profesional de dependiente. Desde el inicio de la relación laboral, la actora viene desarrollando funciones de venta de cosméticos, asesorando en alguna ocasión sobre dichos productos a clientes. El 28 de septiembre de 2008 la actora trabajó en el inventario de la tienda desde las 9 hasta las 21'30 horas. En el contrato de la actora consta una cláusula quinta en la que se consigna que "el trabajador recibirá un complemento por ventas realizadas que se denominará comisiones y que se incorporará 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 el carácter salarial y como tal estará sujeto a la posibilidad de compensarlo y abonarlo".

Recurrida en suplicación por la parte actora, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia dictó sentencia el 28 de diciembre de 2012, recurso 3424/09 , estimando el recurso formulado, revocando en parte la sentencia de instancia y condenando a la demandada a abonar a la actora la cantidad de 4.752'28 euros mas los intereses del 10% por mora. Consta en la sentencia que la actora ostenta la categoría de vendedora y reclama las diferencias de cantidad correspondientes entre las funciones de vendedora-dependiente y las de auxiliar dependiente desde el inicio de la relación laboral, señalando que percibe un complemento por ventas, denominado "comisiones", que tiene el carácter de complemento o incentivo por la cantidad y el resultado del trabajo, por lo que no es un concepto retributivo homogéneo con el salario base, plus de locomoción y complementos personales, incluidos el "ad personam" contemplados en el artículo 40 del convenio colectivo, por lo que no procede la compensación y absorción.

Contra dicha sentencia se interpuso por el demandado Douglas Spain SA., recurso de casación para la unificación de doctrina, aportando como sentencia contradictoria la dictada por esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo el 29 de septiembre de 2008, recurso 2255/07 . Dicha designación se efectuó por la recurrente en escrito presentado ante este Tribunal el 18 de abril de 2013, admitido por diligencia de fecha 22 de abril. La parte recurrida ha impugnado el recurso habiendo informado el Ministerio Fiscal que estima que el mismo es procedente.

SEGUNDO .- Procede el examen de la sentencia de contraste para determinar si concurre el requisito de la contradicción, tal y como lo enuncia el artículo 219 de la LRJS , que supone que ante hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, las sentencias comparadas han llegado a pronunciamientos distintos.



La sentencia de contraste, la dictada por esta Sala de lo Social el 29 de septiembre de 2008, recurso 2255/07, desestimó el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Doña Mónica frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, de fecha 4 de julio de 2006, dictada en el recurso de suplicación número 946/05, formulado por la ahora recurrente contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Albacete, de fecha 28 de marzo de 2005, dictada en virtud de demanda formulada por D^a Mónica frente a la mercantil Quiral SA., en reclamación de cantidad. Consta en dicha sentencia que la actora ha venido prestando servicios para la demandada, con categoría de encargada, figurando en el primer contrato de aprendizaje por el que se inició la relación laboral lo siguiente: "El trabajador percibirá un incentivo por ventas realizadas que se denominará comisiones y que se incorporará 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 el carácter de salarial y como tal está sujeto a la posibilidad de compensarlo y absorberlo". La sentencia razona que, aun admitiendo que no se trate de conceptos homogéneos, pues, en principio no parecen serlo, por un lado, las retribuciones abonadas por unidad de tiempo y, por otro, las comisiones por ventas, sin embargo al existir un acuerdo expreso en tal sentido entre las partes, procede la compensación y absorción, sin que dicho acuerdo vulnere el principio de indisponibilidad del artículo 3, 5 del ET, porque la prohibición legal solo puede entenderse en los términos que expresamente contempla el precepto estatutario y en este caso el derecho que reclama la actora no está reconocido en el convenio colectivo ni en ninguna disposición legal de derecho necesario.

Entre las sentencias comparadas concurre el requisito de la contradicción pues en ambos supuestos se trata de trabajadores que perciben un determinado complemento, "el complemento por ventas realizadas que se denominará comisiones", que aparece recogido en su contrato de trabajo, no constando en el convenio colectivo aplicable ni en norma alguna de derecho necesario, consignándose en la citada cláusula contractual que dicho complemento es absorbible y compensable. Las sentencias comparadas han llegado a resultados contradictorios, en tanto la recurrida entiende que no procede la compensación y absorción, la de contraste razona que se aplica la absorción y compensación.

Cumplidos los requisitos de los artículos 219 y 224 de la LRJS, procede entrar a conocer del fondo del asunto.

TERCERO .- El recurrente alega infracción de lo dispuesto en el artículo 26.5 del RD Ley 1/94 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en relación con los artículos 3 c) y 4f) del mismo cuerpo legal.

Cuestión similar a la ahora debatida ha sido resuelta por esta Sala en la sentencia de 19 de septiembre de 2008, recurso 2255/07, invocada de contraste en el recurso, que contiene el siguiente razonamiento: "2. La doctrina correcta al respecto se contiene en la sentencia impugnada. La jurisprudencia de esta Sala ha señalado con reiteración que la institución de la compensación y absorción que recoge el art. 26.5 del Estatuto de los Trabajadores " *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)* ", lo que " *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 "* (STS 6-7-2004, R. 4562/03 , FJ 3º). *Todo ello se haya dicho, precisamente, en un litigio en el que era parte la misma empresa y el problema planteado era también, como ahora, "si resulta procedente la compensación entre un concepto salarial por unidad de tiempo y otro concepto -las comisiones- que retribuyen el resultado del trabajo desde la perspectiva de la intervención del trabajador en una operación entre la empresa y un cliente "* (FJ 2º STS 6-7-2004).

3. *Y aunque en una primera aproximación al problema debatido parece tratarse también aquí de conceptos heterogéneos, pues, como igualmente dijimos en nuestra precitada sentencia, " 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 "* (FJ 3ª "in fine" STS 6-7-2004), *lo verdaderamente relevante ahora, a los efectos de revolver el presente recurso, no es sino que, a diferencia de lo que sucedía en el tan repetido precedente, la fuente de la mejora o complemento que la empresa trata de compensar y absorber ya no es la libre y unilateral concesión empresarial sino la voluntad concurrente de ambas partes, empresa y trabajador, plasmada de forma expresa y clara en el contrato de trabajo y sometida, precisamente, a "la posibilidad de compensarlo y absorberlo".*

4. *Así pues, aún admitiendo que en este caso no se trate de conceptos homogéneos, pues, en principio, no parecen serlo, por un lado, las retribuciones abonadas por unidad de tiempo y, por otro, las comisiones por ventas, sin embargo, pese a ello, el acuerdo expreso en tal sentido entre las partes permite aquí la compensación*



y absorción, sin que dicho acuerdo vulnere el principio de indisponibilidad del art. 3.5 del Estatuto de los Trabajadores porque la prohibición legal ("los trabajadores no podrán disponer válidamente...") sólo puede entenderse en los términos que expresamente contempla el precepto estatutario y, en este caso -se insiste- el derecho que la actora reclama (la "comisión por ventas") no está en absoluto reconocido en el Convenio Colectivo aplicable (ni como indisponible ni como disponible), tampoco está contemplado en ninguna disposición legal de derecho necesario y únicamente es el resultado de la concertada voluntad individual de los contratantes (no de la ley ni de pacto colectivo alguno), por lo que habrá de estarse a sus propios términos y condiciones.

5. La compensación y absorción del art. 26.5 del Estatuto de los Trabajadores y, sobre todo, la limitación respecto a la homogeneidad de los conceptos compensables y absorbibles establecida por la jurisprudencia, no solo ha de tener un tratamiento individualizado en función de las concretas mejoras o conceptos en cuestión (téngase en cuenta, según reconoce la STS de 26-3-2004, R. 135/03, que ese requisito se ha relativizado o suavizado en algunas ocasiones, como ocurrió en la STS de 18-7-1996, R. 2724/95, en la que se admitió como ajustada a derecho la absorción del concepto de antigüedad de los períodos de aprendizaje, en prácticas y formación para aquellos trabajadores que luego pasaron sin interrupción a la condición de fijos), sino que, en principio, la exigencia de homogeneidad, al menos cuando se trata, como es el caso, de remuneraciones complejas, debe atenerse a los términos, modo y extensión en los que han sido pactadas, máxime si, como vimos, ello no supone disponer de ningún derecho necesario ni de los reconocidos como indisponibles por convenio colectivo."

Aplicando la anterior doctrina al supuesto debatido procede la estimación del recurso formulado. En efecto, tal y como se ha consignado en el fundamento derecho primero de esta resolución, en la cláusula quinta del contrato de trabajo suscrito por la actora consta que el trabajador recibirá un complemento por ventas realizadas que se denomina comisiones..., ese complemento tendrá carácter salarial y como tal estará sujeto a la posibilidad de compensarlo y absorberlo". Dichas comisiones no están contempladas en el convenio colectivo, ni en norma alguna de derecho necesario.

En el escrito de impugnación el recurrente alega que, en el supuesto de que se estimara el recurso, únicamente cabe compensar la cantidad de 708'92 euros que es la que figura en la sentencia de instancia que ha percibido la actora en concepto de comisiones. Tal alegación ha de ser desestimada ya que en el sentencia de instancia consta que la actora percibió de julio de 2007 a septiembre de 2008, 13.260'98 euros, siendo el salario anual de un dependiente de 13.556'71 euros, por lo que existe una diferencia, que es la que reconoce dicha sentencia de 319'90 euros. La parte actora no ha combatido tal aserto, por lo que la estimación del recurso formulado por la demandada acarrea la desestimación del recurso de suplicación interpuesto por la actora y la confirmación de la sentencia de instancia.

No desconoce la Sala que en un asunto que guarda cierta similitud con el ahora examinado y en el que se invocó la misma sentencia de contraste, se ha dictado auto de inadmisión el 26 de junio de 2013, recurso 2992/12. Hay, sin embargo una diferencia esencial ya que en el citado asunto la sentencia recurrida establecía que no operaba la compensación y absorción por el modo concreto en que las comisiones se regulan en el contrato, en el que se prevén como complemento de mejora del salario según convenio, dato que no aparece en la sentencia recurrida.

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 la abogada Doña Sonia Juanis Portillo, en representación de Douglas Spain SA., frente a la sentencia dictada el 28 de diciembre de 2012 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el recurso de suplicación nº 3424/09, interpuesto por D^a María Angeles, frente a la sentencia dictada el 28 de mayo de 2009 por el Juzgado de lo Social nº 2 de Lugo, en autos número 1013/08, seguidos a instancia de dicha recurrente frente a Douglas Spain SA y en reclamación de cantidad. Casamos y anulamos la sentencia recurrida y resolviendo el debate planteado en suplicación, desestimamos el recurso formulado por la actora, declarando la firmeza de la sentencia de instancia. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al órgano jurisdiccional de procedencia, 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.

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