



Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª). Sentencia de 17 septiembre 2013

[JUR\2013\319946](#)

Extinción contractual y posterior demanda en solicitud de indemnización de daños y perjuicios por diversas causas: inexistencia de contradicción: no es posible que la parte, por primera vez en casación, intente variar los fundamentos y pretensiones que fueron objeto de análisis en instancia y en la sentencia de suplicación recurrida.

Jurisdicción: Social

Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 515/2012

Ponente: Excmo Sr. fernando salinas molina

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecisiete de Septiembre de dos mil trece.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Doña Guadalupe , representada y defendida por el Letrado Don Roberto Castells Arrizabalaga contra la [sentencia dictada en fecha 25-noviembre-2011 \(AS 2011. 3130\)](#) (rollo 6185/2010) por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña , en recurso de suplicación interpuesto por la trabajadora ahor recurrente contra la sentencia de fecha 26-julio-2010 (autos 1278/2009) dictada por el Juzgado de lo Social nº 18 de Barcelona , en autos seguidos a instancia de referida trabajadora ahora recurrente contra la sociedad "

RADIO CLUB 25, S.A.

" sobre CANTIDAD.

Ha comparecido en concepto de recurrido la sociedad "

RADIO CLUB 25, S.A.

", representada y defendida por el Letrado Don Jonathan Ramos Cabané.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. **Fernando Salinas Molina** ,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO

.- El día [25 de noviembre de 2011 \(AS 2011. 3130\)](#) la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, dictó sentencia en virtud del recurso de suplicación nº 6185/2010 interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 18 de Barcelona, en los autos 1278/2009, seguidos a instancia de Doña Guadalupe contra la sociedad "

Radio Club 25, S.A.

", sobre cantidad. La parte dispositiva de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, es del tenor literal siguiente: "

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por Guadalupe frente a la

sentencia de fecha 26 de julio de 2010 dictada por el Juzgado de lo Social nº 18 de los de Barcelona en autos 1278/2009

, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida

".

SEGUNDO

La sentencia de instancia, de fecha 26 de julio de 2010, dictada por el Juzgado de lo Social nº 18 de Barcelona, contenía los siguientes hechos probados: "

1.- La actora, Dª Guadalupe, con DNI nº NUM000, ha prestado servicios por cuenta y dependencia de la empresa Radio Club 25, S.A., dedicada, entre otras actividades, a la venta de publicidad en radio, desde el 1-9-1.990, estando afiliada la actora a la Seguridad Social en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, desde el inicio de la prestación de servicios. 2.- La actora fue nombrada como Jefa de Grupo de Ventas de Agencias de Publicidad en fecha 3-2-2.005, siendo su ámbito de actuación el área de Barcelona y la zona de Madrid, siendo sus funciones la captación de publicidad directamente de clientes y a través de Agencias de Publicidad. 3.- La actora percibía un salario fijo mensual de 751 euros, más una cantidad variable por comisiones, y cuyo promedio era de 103,82 euros diarios. 4.- La actora instó demanda de extinción de contrato de trabajo, al amparo del

artículo 50 del [Estatuto de los Trabajadores \(RCL 1995, 997\)](#), que fue repartida al

Juzgado de lo Social Nº 25 de esta ciudad, dictándose sentencia en fecha 30-6-2.008, donde se declaró que la prestación de servicios de la actora para la empresa demandada tenía naturaleza laboral, y estimó la demanda extinguiendo el contrato de trabajo con efectos de dicha sentencia, condenando a la empresa demandada a pagar a la actora la indemnización de 45 días de salario por año de servicio, por importe de 103.129,27 euros. Dicha sentencia ha sido confirmada por la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia en fecha [25-3-2.009 \(AS 2009, 1906\)](#). 5.- En la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social Nº 25 se declaró como hecho probado 5º: 'En el mes de julio de 2.007, la empresa la apartó de sus funciones y puso en su puesto a Pascual. La actora vio reducidas sus funciones por la decisión unilateral de la empresa, pasando a ejercer de vendedora de publicidad a particulares de la zona de Barcelona, sin la zona de Madrid. En fecha 20-07-07 la empresa comunicó a la actora un cambio en las condiciones económicas: a partir del mes siguiente en que dejaría de percibir los 751 euros mensuales fijos y las comisiones pasarían del 21% sobre las ventas a de los clientes directos, es decir, los que captaba sin mediación de agencias, al 8%, así como se le comunicó que no se encargaría de la gestión de ventas de agencias. La empresa ha cambiado los parámetros que tenía establecidos anteriormente por la venta de publicidad, ha incrementado el precio de las 'cuñas' publicitarias a 150 euros en lugar de los 49 euros que era el precio anterior. La demandada también ha cambiado las claves de la oficina, de manera que la actora u los otros trabajadores de la empresa no pueden acceder libremente. El aumento de precios así como el cambio de funciones y la pérdida de la zona de Madrid así como de la captación de publicidad de las agencias, juntamente con la disminución del porcentaje de comisiones y la desaparición de la cantidad fija de 751 euros mensuales ha supuesto para la demandante una disminución de sus ingresos y de la expectativa de futuros ingresos'. 6.- En la citada sentencia se desestimó la alegación realizada por la actora de vulneración de derechos fundamentales por parte de la empresa, en la forma de acoso, dando lugar a la extinción del contrato de trabajo con fundamento en incumplimientos contractuales de la empresa al haber impuesto a la actora modificación sustancial de condiciones de retribución y de las condiciones de trabajo que afectan a la formación profesional de la misma. 7.- En fecha 29-10-2.007 la actora presentó demanda en reclamación del salario fijo del mes de julio de 2.007 por importe de 751 euros, el salario variable derivado de comisiones por ventas del mes de julio de 2.007 por importe de 1.012,11 euros y el salario fijo correspondiente al mes de agosto de 2.007 por importe de 751 euros, que correspondió por turno de reparto al Juzgado de lo Social Nº 25 de esta ciudad (

Autos 759/2007), habiéndose dictado

sentencia en fecha 18-7-2.008 estimatoria de la demanda y condenando a la empresa demandada a pagar a la actora la cantidad total de 2.514,11 euros, más el interés del 10% en concepto de recargo por mora; dicha sentencia ha sido confirmada por la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha [4-6-2.009 \(PROV 2009, 391843\)](#).

8.- En fecha 8-2-2.008 la actora interpuso demanda en reclamación por importe total de 11.905,04 euros, consistente en los salarios fijos de los meses de septiembre de 2.007, octubre 2.007, noviembre de 2.007, diciembre de 2.007 y enero de 2.008, así como el salario variable por comisiones por ventas directas de septiembre de 2.007, de noviembre de 2.007, las comisiones de Agencias del periodo 1 de enero de 2.007 a 30 de junio de 2.007, y las comisiones por ventas directas correspondientes a las facturas libradas a Nexo Diagonal, S.L, nº NUM001, NUM002, NUM003, NUM004, factura mes octubre 2.007, facturas diciembre de 2.007 y facturas nº NUM005, NUM006 libradas a Bacardí y la factura 52.789 librada a la Empresa Comercial del Descanso, que fue repartida al

Juzgado de lo Social Nº 29 (Autos 218/2008). En el que se alcanzó conciliación judicial en fecha 21-1-2.010 en los siguientes términos: 'la actora

reduce su reclamación a la suma de 7.368,74 euros. A la vista de las manifestaciones de la parte demandada acepta la deuda y se compromete a abonarla el próximo lunes 25-01-10, mediante la transferencia bancaria a la cuenta que la demandante tiene en 'la Caixa' con número NUM007 '. 9.- Se ha tramitado de oficio el alta de la actora en la empresa demandada, en el Régimen General de la Seguridad Social, el 1- 9-1.990 y baja el 30-6-2.008, mediante resolución de 30-10-2.009

. 10.- En el Régimen General de la Seguridad Social la base de cotización por contingencias comunes referido a la actora es de 102,47 euros diarios en el año 2.008. 11.- La actora ha estado en situación de incapacidad temporal en los siguientes periodos:

-Desde el 7-9-2.007 al 14-9-2.007.

-Desde el 21-9-2.007 al 19-10-2.007.

-Desde el 2-1-2.008 al 8-9-2.008.

12.- La actora ha percibido en concepto de subsidio de incapacidad temporal del Instituto Nacional de la Seguridad Social por 178 días de incapacidad temporal la cantidad de 3.351,71 euros, en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos. 13.- Es aplicable el

[Convenio Colectivo Nacional para las Empresas de Publicidad \(RCL 2010, 428\)](#), siendo el último publicado el del año 2.003, en cuyo artículo 5

se establece: '...la prórroga automática del Convenio conllevará un aumento salarial para el año entrante, aplicable sobre el salario base especificado en tablas, coincidente con el IPC del año anterior'. 14.- En el periodo enero 2.003 a enero de 2.004 el incremento del IPC fue de 2,3%; en el periodo enero 2.004 a enero de 2.005 fue de 3,1%; en el periodo enero de 2.005 a enero de 2.006 fue de 4,2%; en el periodo enero de 2.006 a enero de 2.007 fue de 2,4%; en el periodo enero de 2.007 a enero de 2.008 fue de 4,3%. En el periodo enero 2.003 a enero 2.008 fue de 17,3%. 15.- Presentada Papeleta de Conciliación ante el SCI en fecha 27-11-2.009, el acto se celebró el 16-12-2.009, resultando intentado sin avenencia".

El fallo de dicha sentencia es del tenor literal siguiente: "

Que, desestimando las excepciones de prescripción y de cosa juzgada y entrando en el examen del fondo del asunto, debo desestimar y desestimo la demanda interpuesta por D^a Guadalupe , contra la empresa Radio Club 25, S.A., absolviendo a la empresa demandada de los pedimentos formulados".

TERCERO

Por el Letrado Don Roberto Castells Arrizabalaga, en nombre y representación de Doña Guadalupe , formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO.- Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de fecha [16-enero-2009 \(rollo 251/2008 \) \(RJ 2009, 656\)](#). SEGUNDO.- Alega infracción de los [arts. 1101 del Código Civil \(LEG 1889, 27 \)](#) (CC), 39.3 y 50.1.c) del Estatuto de los Trabajadores ([ET \(RCL 1995, 997 \)](#)).

CUARTO

Por providencia de esta Sala de 18 de octubre de 2012 se admitió a trámite el presente recurso y por diligencia de ordenación de la misma fecha se dio traslado del mismo a la parte recurrida, la sociedad "Radio Club 25, S.A.

", representada y defendida por el Letrado Don Jonathan Ramos Cabané para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

QUINTO

Evacuado el traslado de impugnación por la parte recurrida, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para que emitiera informe, dictaminando en el sentido de considerar el recurso procedente, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 11 de septiembre actual, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- 1.- La trabajadora, ahora recurrente en casación unificadora, en sentencia firme de fecha

[25-03-2009 \(AS 2009, 1906\)](#), en la que también se declaró que la relación jurídica que le unía a la sociedad demandada era de naturaleza laboral y no mercantil, obtuvo la extinción de su contrato de trabajo con derecho a una indemnización de 103.129,27 #; igualmente, por posterior sentencia firme de fecha 04-06-2009 dictada en otro procedimiento, obtuvo la condena empresarial al abono de diferencias salarial de un determinado periodo del año 2007 por importe de 2.514,11 #; y, por último, en otro procedimiento reclamó salarios fijos y variables por comisiones del año 2007, alcanzándose conciliación judicial en fecha 21-01-2010 por importe de 7.368,74 #.

2. La referida trabajadora presentó nueva demanda contra la empresa en fecha 22-10-2009, la que da origen al presente procedimiento. En ella, al amparo del [art. 1101 Código Civil \(LEG 1889, 27 \)](#), se pretendía la condena empresarial a indemnizarle de los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de los que alegaba como incumplimientos contractuales que habían dado origen a la extinción contractual a su instancia (falta de alta y cotización en el RGSS, modificación de condiciones desde julio 2007, apartándola de sus funciones, reduciendo su zona de actuación, minorando el porcentaje de comisiones, desapareciendo el salario fijo) y para fijar el importe indemnizatorio, que cifraba en 43.679,40 #, incluía, entre otros conceptos, posibles diferencias en las prestaciones de incapacidad temporal por no haber estado incluida en el RGSS (13.433,71 #), del salario variable del periodo julio-2007 a enero-2008 (15.365,36 #), diferencias convenio con una alegada categoría profesional y la retribución convenio actualizada con el IPC desde febrero-2005 hasta el año 2008, inclusive (18.232,04 #).

3. La sentencia de instancia (SJS/Barcelona nº 18 de fecha 26-julio-2010 -autos 1278/2009), desestima la demanda, razonando, en esencia, que en la sentencia firme de extinción contractual ya se resarcía a la actora de todos los daños y perjuicios derivados de los incumplimientos contractuales, sin que procediera fijar un nuevo resarcimiento por los mismos.

4. Recurrida en suplicación por la actora, la sentencia ahora impugnada ([STSJ/Cataluña 25-noviembre-2011 -rollo 6185/2010 \(AS 2011, 3130\)](#)) confirmó la sentencia de instancia, invocando la jurisprudencia de esta Sala de casación ("

la pretensión de resolución del contrato con la indemnización tasada que prevé el

art. 50 [ET \(RCL 1995, 997 \)](#)

satisface íntegramente el interés del trabajador derivado de un incumplimiento grave de las prestaciones contractuales a cargo del empresario y se indica también que la aplicación de esa indemnización impide la búsqueda de nuevas soluciones indemnizatorias en el campo del derecho civil, entendido como derecho común

"), y concluyendo que "

Pero esta doctrina se ha matizado en algunas resoluciones posteriores como en los supuestos de indemnización por daños morales en los supuestos de vulneración de derechos fundamentales, y en los supuestos de reclamación de salarios devengados y no cobrados cuando es esa precisamente la causa de la extinción del contrato, que no impide accionar para el cobro de dichos salarios adeudados

", que "

De ahí que la nueva

[LPL \(RCL 1995, 1144 y 1563 \)](#)

(denominada

Ley de la jurisdicción social, [ley 36/2011 \(RCL 2011, 1845 \)](#)) permita acumular en una sola demanda la acción por extinción del contrato del artículo 50

y la reclamación de los salarios cuyo impago provocó dicha extinción y sólo en ese supuesto, que no es, precisamente el que aquí se contempla

" y que "

Lo expuesto debe predicarse de todos los conceptos reclamados en la demanda pues ninguno de ellos se deriva de salarios devengados y no percibidos, que es el caso del 50 b) del

ET "

5. La referida trabajadora, -- que alega como infringidos por la sentencia de suplicación los [arts. 1101 Código Civil , 39.3 y 50.1.c\)](#) [Estatuto de los Trabajadores \(RCL 1995, 997\)](#) --, invoca como contradictoria la [STS/IV 16-enero-2009 \(rcud 251/2008 \) \(RJ 2009, 656\)](#). En esta sentencia se declara la posibilidad de que un trabajador que tenga extinguido el contrato de trabajo a su instancia con derecho al percibo de la correspondiente indemnización pueda reclamar las diferencias salariales debidas aunque se haya valorado en la sentencia de extinción como incumplimiento empresarial la realización de funciones de categoría inferior por imposición empresarial ilícita, es decir, se proclama que tras el ejercicio de la acción resolutoria del contrato de trabajo que se funda en una modificación de condiciones de trabajo que motivó las diferencias, al reducir la retribución, pueden reclamarse las diferencias salariales y es compatible la reclamación de las diferencias salariales con la indemnización, reconocida por la resolución

del contrato; razonándose que "

En realidad, podría discutirse si estamos aquí ante la indemnización de un daño o ante la petición del cumplimiento de la obligación de abonar el salario por el trabajo que se prestado. Si se tratara de una indemnización, habría que examinar hasta qué punto la doctrina que se inicia con la

[sentencia de 17 de mayo de 2.006 \(RJ 2006, 7176\)](#)

, puede aplicarse a supuestos, como el presente, en el que los dos daños -la pérdida de empleo y la reducción de salarios- están claramente delimitados

", concluyendo que "

Pero lo cierto es que un examen de la demanda muestra que lo que se pide son diferencias de salario y el

art. 39.3ET

, cuando establece que en los casos de movilidad descendente #se mantendrá la retribución de origen, está calificando esta obligación como salarial. Materialmente lo pedido es una indemnización, pues el salario que se ha abonado es el que corresponde al tipo de trabajo realmente prestado, aunque éste corresponda a una categoría inferior y se haya realizado por una imposición empresarial ilícita. Lo que se pide no es, por tanto, el salario correspondiente al trabajo realizado, sino al que debió realizarse. Pero formalmente el

art. 39.3ET

califica las diferencias reclamadas como salario y a esta declaración hay que estar, sin que sea necesario entrar en una consideración hipotética de la compatibilidad entre las indemnizaciones. El supuesto es aquí similar al del

art. 50.1.c)ET

: la indemnización percibida por la resolución motivada por un impago de salarios no impediría la reclamación de los salarios debidos

".

6. Si lo reclamado por la actora en su demanda hubieran sido los salarios o diferencias salariales de un periodo determinado concurriría el requisito o presupuesto de contradicción de sentencias exigido en el art. 219.1 [LRJS \(RCL 2011, 1845\)](#) para viabilizar el recurso de casación unificadora, pero esa no fue la acción ejercitada en su demanda sino, como se ha indicado, al amparo del [art. 1101](#) Código Civil, pretendía la condena empresarial a indemnizarle de los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de los que alegaba como incumplimientos contractuales que habían dado origen a la extinción contractual a su instancia (falta de alta y cotización en el RGSS, modificación de condiciones desde julio 2007, apartándola de sus funciones, reduciendo su zona de actuación, minorando el porcentaje de comisiones, desapareciendo el salario fijo) fijando el importe indemnizatorio en 43.679,40 #, partiendo como módulo de los diversos conceptos. Esa fue la pretensión ejercitada tanto en la demanda como en suplicación y sobre la misma versó el litigio en instancia y en suplicación; por lo que no concurre el presupuesto de contradicción exigible ("...

respecto de los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación donde, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos

"); y sin que sea posible que la parte, por primera vez en casación, intente variar los fundamentos y pretensiones que fueron objeto de análisis en instancia y en la sentencia de suplicación recurrida. En efecto, la parte recurrente, por primera vez en el escrito de formalización de este recurso de casación, pretende indirectamente variar su pretensión, tanto de la formulada en la instancia como de la propugnada en su recurso de suplicación, argumentando que lo pedido son diferencias salariales, sin hacer ya referencia a su pretensión global de indemnización de daños y perjuicios, y en el suplico de su escrito de recurso casacional indica que la compatibilidad de la indemnización por extinción contractual debe ser con "

el derecho al cobro de salarios por movilidad funcional descendente acordada por la empresa y motivadora de la extinción, interesa esta parte se estime su recurso de suplicación por lo que respecta al hecho tercero del mismo, en el sentido de que se condene a la empresa demandada a pagar a la actora la suma de 15.365,36 # por el periodo 1.7.07 a 1.1.08 durante el cual la trabajadora fue apartada de sus funciones, lo que le impidió cobrar la suma antedicha

".

7. El recurso de casación unificadora interpuesto por la trabajadora demandante debería haber sido inadmitido, lo que en este trámite comporta la desestimación, sin imposición de costas (art. 235.1 [LRJS \(RCL 2011, 1845\)](#)).

[LRJS](#)

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

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Doña Guadalupe , contra la [sentencia dictada en fecha 25-noviembre-2011 \(rollo 6185/2010 \(AS 2011. 3130\)\)](#) por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña , en recurso de suplicación interpuesto por la trabajadora ahora recurrente contra la sentencia de fecha 26- julio-2010 (autos 1278/2009) dictada por el Juzgado de lo Social nº 18 de Barcelona , en autos seguidos a instancia de referida trabajadora ahora recurrente contra la sociedad "

RADIO CLUB 25, S.A.

". Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ,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. Fernando Salinas Molina hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

El presente texto se corresponde exactamente con el distribuido de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ), en cumplimiento de lo establecido en el artículo 3.6 b) del Reglamento 3/2010 (BOE de 22 de noviembre de 2010). La manipulación de dicho texto por parte de Editorial Aranzadi se puede limitar a la introducción de citas y referencias legales y jurisprudenciales.