

¿Es aplicable el salario mínimo interprofesional a la relación laboral especial de las personas que intervienen en operaciones mercantiles actuando por cuenta de uno o más empresarios, sin asumir el riesgo y ventura de las mismas?

Comentario a la **Sentencia del Tribunal Supremo 725/2023, de 10 de octubre**

Carmen Ferradans Caramés

*Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Cádiz (España)*

carmen.ferradans@uca.es | <https://orcid.org/0000-0001-6328-2840>

Extracto

La sentencia que se comenta dilucida si es aplicable la normativa sobre el salario mínimo interprofesional en la relación laboral especial de los operadores de comercio que actúan por cuenta de uno o más empleadores, sin asumir el riesgo y ventura de las operaciones. Se pretende esclarecer si existen argumentos que permitan sostener la no operatividad de este tope mínimo retributivo en las condiciones laborales de estas personas trabajadoras.

Palabras clave: salario mínimo; relaciones laborales especiales; operadores mercantiles.

Recibido: 15-12-2023 / Aceptado: 21-12-2023 / Publicado: 04-01-2024

Cómo citar: Ferradans Caramés, C. (2024). ¿Es aplicable el salario mínimo interprofesional a la relación laboral especial de las personas que intervienen en operaciones mercantiles actuando por cuenta de uno o más empresarios, sin asumir el riesgo y ventura de las mismas? Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 725/2023, de 10 de octubre. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 478, 173-181. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.20239>

Is the interprofessional minimum wage applicable to the special employment relationship of commercial operators on behalf of one or more entrepreneurs, without assuming the risk and fortune?

Commentary on Supreme Court Ruling 725/2023, of 10 October

Carmen Ferradans Caramés

Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Cádiz (España)

carmen.ferradans@uca.es | <https://orcid.org/0000-0001-6328-2840>

Abstract

The ruling commented determines whether the regulation on the minimum wage is applicable in the special employment relationship of commercial operators who perform their services on behalf of one or more entrepreneurs, without assuming the risk and fortune of the operations. The aim is to clarify whether there are arguments that support the non-operation of this minimum wage cap on the core working conditions of these workers.

Keywords: minimum wage; special employment relationships; commercial operators.

Received: 15-12-2023 / Accepted: 21-12-2023 / Published: 04-01-2024

Citation: Ferradans Caramés, C. (2024). Is the interprofessional minimum wage applicable to the special employment relationship of commercial operators on behalf of one or more entrepreneurs, without assuming the risk and fortune? Commentary on Supreme Court Ruling 725/2023, of 10 October. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 478, 173-181. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.20239>

1. Marco normativo aplicable

La relación laboral especial de las personas que intervienen en operaciones mercantiles actuando por cuenta de uno o más empleadores, sin asumir el riesgo y ventura de las mismas, se rige por lo dispuesto en el [Real Decreto \(RD\) 1438/1985, de 1 de agosto](#). Las especificidades de esta prestación de servicios, que tradicionalmente se ha caracterizado por su desempeño fuera del lugar físico de trabajo con unos horarios de trabajo flexibles, provocan la adopción de un régimen jurídico diferenciado que también presenta especialidades en materia retributiva.

En efecto, en el contrato que se suscriba deberán concretarse una serie de menciones mínimas, entre las que se encuentra el tipo de retribución acordada y la duración del contrato o la zona, demarcación o categoría de la clientela con relación a la cual haya de prestar servicios el operador mercantil, así como la precisión en un anexo, entre otros datos, de la relación de medios que la persona trabajadora aporte para el desarrollo de su labor. Según el [artículo 7 del RD 1438/1985](#), entre las obligaciones empresariales se encuentra el pago de la retribución pactada, haciendo las correspondientes liquidaciones en los plazos establecidos, debiendo, en su caso, compensar los gastos de desplazamiento en la cuantía establecida en los contratos de trabajo o convenios colectivos aplicables. Y en virtud del [artículo 8.Uno](#) se precisa que, en el ámbito de este reglamento, las retribuciones estarán constituidas por comisiones sobre las operaciones en que se hubiese intervenido, si fuesen aceptadas por el empleador en el caso de haberse acordado esta opción en contrato, o por una parte fija y otra por comisiones sobre dichas operaciones, más los incentivos y compensaciones pactados en contrato, o bien exclusivamente por una cantidad fija. Por consiguiente, en esta relación laboral especial tiene singular relevancia la modalidad de retribución regulada en el [artículo 29.2 del Estatuto de los Trabajadores \(ET\)](#), el salario a comisión, así como lo acordado en el marco de la autonomía individual.

En adición, el [artículo 8.Dos](#) del reglamento citado, para garantizar la transparencia de los devengos, establece que las empresas vendrán obligadas a dar a conocer a las personas trabajadoras el importe de las mercancías o servicios que se hayan proporcionado directamente a la clientela y el [artículo 8.Cuatro](#) exige a la empresa la entrega a las mismas de recibo de pago sellado y firmado, en el que aparezcan detalladas las operaciones y las cuantías de las comisiones que se comprendan en dicho pago.

Por ende, la retribución en esta relación laboral especial no es periódicamente fija, sino que habitualmente se caracteriza por su aleatoriedad y dependencia de circunstancias fluctuantes. Es decir, en este ámbito, aun cuando la persona trabajadora se encuentre bajo la

disponibilidad de los poderes organizativos del empleador, es probable que solo residualmente exista una cuantía salarial fija al mes.

Si se analiza el contenido del RD 1438/1985, en el [artículo 12](#) también se localiza una importante referencia que debe ser traída a colación, dado que se establece de forma inductiva que son aplicables a esta relación laboral especial los derechos y deberes laborales básicos reconocidos en el ET, entre los que se encuentra la percepción puntual del salario pactado o legalmente establecido, si bien no se hace una remisión expresa a la operatividad del salario mínimo interprofesional (SMI) o de la normativa laboral básica sobre el salario –como sí ocurre en la regulación reglamentaria de otras relaciones laborales especiales, como las de las personas discapacitadas que prestan sus servicios en centros especiales de empleo (arts. [9](#) y [12](#) RD 1368/1985), las de las personas artistas (arts. [6](#) y [7](#) RD 1435/1985), las de los abogados que prestan servicios en despachos de abogados individuales o colectivos (arts. [5](#) y [18](#) RD 1331/2006), las de los empleados del servicio de hogar doméstico (arts. [7](#) y [8](#) RD 1620/2011) o las de los penados que prestan sus servicios en talleres penitenciarios (arts. [5](#) y [15](#) RD 782/2001)–.

A consecuencia de la falta de referencia expresa a la operatividad del SMI en la relación laboral especial de las personas que intervienen en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empleadores, sin asumir el riesgo y ventura de las mismas, surgen las dudas que se debaten y se procuran esclarecer en la [sentencia](#) que a continuación se comenta. En adición, el litigio suscitado debe ser contextualizado en el marco constitucional y comunitario aplicable, teniendo presente, principalmente, lo proclamado en el [artículo 35 de la Constitución española](#) (CE), y lo establecido en la [Directiva \(UE\) 2022/2041 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de octubre de 2022](#), sobre unos salarios mínimos adecuados en la Unión Europea.

2. Breve referencia al supuesto de hecho

La Sentencia del Tribunal Supremo ([STS](#)) [725/2023, de 10 de octubre](#), resuelve recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la entidad Mutualidad General de Previsión del Hogar Divina Pastora, frente a Sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Andalucía/Granada [1317/2022, de 14 de julio](#). El origen de la controversia se encuentra en demanda de despido resuelta por el Juzgado de lo Social número 3 de Almería el 22 de octubre de 2021.

El trabajador, un representante de comercio a jornada completa, ha prestado servicios para la demandada desde el 2 de septiembre de 2019 hasta el 22 de abril de 2020, con un salario medio diario en los meses de trabajo que ha alcanzado 32,99 euros (resultado del promedio entre el salario fijo y las comisiones abonadas). En primera instancia se asevera que el SMI diario asciende en ese periodo a 58,24 euros. En el contrato suscrito entre ambas partes se pactó una duración de 6 meses, prorrogables a 6 meses más si ninguna de las

partes denunciaba la finalización o se establecía otra duración. La función principal estipulada es «la venta de productos aseguradores del Grupo Divina Pastora Seguros», precisándose que empleador y trabajador pactarán anualmente un presupuesto de ventas –objetivo de ventas–, que deberá cumplirse por parte del asesor. Consta como firmado por ambas partes el contrato y el anexo de objetivos y retribuciones, no consta, empero, que hayan firmado la denominada adenda del anexo I del contrato, objetivos y retribuciones para el 2019, ni la adenda del anexo I del contrato para 2020, con el mismo tenor.

La retribución del trabajador está integrada por una comisión de ventas, salario fijo e indemnización por gastos, acordándose, asimismo, en el clausulado contractual que el incumplimiento de los objetivos mínimos de venta establecidos será una de las causas de extinción del contrato.

La compañía aseguradora comunica al trabajador la extinción de su contrato de trabajo, en fecha 22 de abril de 2020, con efectos ese mismo día, aduciéndose como causa de despido la no consecución de los objetivos mínimos de ventas establecidos y comunicados al trabajador, de lo que se advirtió previamente al afectado en fecha 4 de febrero de 2020.

En suplicación, se estimó parcialmente el recurso interpuesto por la mutualidad, en relación con la cuantificación de la indemnización opcional por despido improcedente, pero no se admitió la inaplicación del SMI a esta relación laboral especial, indicándose que a efectos de indemnización han de considerarse, al menos, los 36,43 euros diarios –y no 58,24 €– a los que asciende el SMI en el año 2020. Renglón seguido, se presentó recurso de casación para la unificación de la doctrina por dicha entidad aseguradora.

Versando principalmente el litigio sobre esta cuestión: la aplicación o no de las normas reguladoras del SMI a la relación laboral especial de las personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empleadores, sin asumir el riesgo y ventura de aquellas; y más en concreto, en relación con el cálculo de la indemnización por despido, la Sala IV del Tribunal Supremo (TS) entra a dilucidarla con la fundamentación que a continuación se expondrá y debatirá.

3. Doctrina jurisprudencial establecida: síntesis argumental de la decisión

Partiendo del marco normativo descrito, se debe examinar la resolución del recurso de casación formulado ante la Sala de lo Social del TS, frente a la STSJ de Andalucía/Granada de 14 de julio de 2022, que sostiene la aplicación del SMI en esta relación laboral especial. La entidad empleadora aporta como sentencia de contraste la STSJ de Andalucía/Málaga 1695/1997, de 6 de octubre, y denuncia la infracción de los artículos **8.Uno** y **10.Tres** del RD 1438/1985, este último referido a las peculiaridades existentes en torno al modo de cálculo de la cuantía de la indemnización por despido improcedente en esta relación laboral.

En el supuesto de la sentencia invocada, estando las partes vinculadas por la relación laboral especial de las personas que intervienen en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empleadores sin asumir el riesgo y ventura de aquellas, y habiéndose pactado como retribución una cantidad fija y un porcentaje de la comisión percibida por la empresa en caso de éxito en las operaciones en que interviene la persona trabajadora, también se produce su despido, declarándose su improcedencia. A pesar de las semejanzas existentes entre ambas sentencias, mientras la recurrida considera que el SMI es aplicable al cálculo de la indemnización por despido en la relación laboral especial regulada por el [RD 1438/1985](#), la aportada de contraste, empero, entiende que el SMI no resulta aplicable a la misma. Por consiguiente, existen doctrinas discrepantes sobre la aplicación del SMI a esta relación laboral especial, lo que requiere su unificación.

El fundamento de derecho tercero de la [sentencia](#) dictada es el que aborda de forma detenida la cuestión litigiosa. A estos efectos, en primer lugar, trae a colación la doctrina constitucional asentada en la [Sentencia del Tribunal Constitucional 31/1984, de 7 de marzo](#), que precisa que si bien:

[...] el sistema normal de fijación del mínimo salarial y, en general, del contenido de la relación laboral, corresponde a la autonomía de los trabajadores y empresarios, mediante el ejercicio el derecho a la negociación colectiva que proclama el artículo 37 CE, [...] [u]n Estado social y democrático de derecho, que propugna entre los valores superiores de su ordenamiento jurídico la justicia y la igualdad (art. 1.1 CE) y en el que se encomienda a todos los poderes públicos el promover las condiciones para que la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas (art. 9.2 CE), ha de complementar aquel sistema de determinación del mínimo salarial estableciendo entre los poderes a los que compete la gobernación unos techos salariales mínimos que respondiendo a aquellos valores de justicia e igualdad den efectividad al también mandato constitucional contenido en el art. 35.1 CE. [Añadiendo que] En este marco de exigencias ha de situarse el art. 27 del Estatuto de los Trabajadores [sobre el SMI] y a ellas ha de someterse la potestad expresa y específica del Gobierno de fijar un SMI.

Y que, aunque la institución del salario mínimo constituya una intervención «coactiva» en las relaciones de trabajo y limite la libertad contractual, la misma «atiende a un interés social», que se estima «digno y necesitado de la atención del Estado, según los principios constitucionales antes referidos».

Y, en segundo lugar, alude a la [Directiva \(UE\) 2022/2041 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de octubre de 2022](#), sobre unos salarios mínimos adecuados en la Unión Europea, que, aun no siendo aplicable al supuesto en litis por razones temporales, expresa la relevancia que el derecho de la Unión Europea atribuye al salario mínimo. La reciente normativa comunitaria adoptada limita la aplicación de variaciones a grupos específicos de trabajadores o la exclusión de trabajadores en formas de trabajo atípicas, como los trabajadores

a demanda, a los que también se aplicará la directiva cuando tengan un contrato de trabajo o una relación laboral conforme a lo definido en la legislación, los convenios colectivos o los usos vigentes en cada Estado miembro, siempre que se cumplan los criterios establecidos por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en lo que se refiere a la definición de trabajador (al respecto, Sentencias de [3 de julio de 1986, asunto C-66/85](#); [14 de octubre de 2010, asunto C-428/09](#); [9 de julio de 2015, asunto C-229/14](#); [4 de diciembre de 2014, asunto C-413/13](#); [17 de noviembre de 2016, asunto C-216/15](#); y [16 de julio de 2020, asunto C-658/18](#)).

Seguidamente, la argumentación de la Sala de lo Social del TS se centra en resaltar la necesaria conexión que debe existir entre el [artículo 35 de la CE](#) y el [artículo 27 del ET](#). No se puede obviar que dicho principio rector de la política económica y social del Estado, además de afirmar que todos los españoles tienen el derecho y el deber de trabajar, reconoce el derecho de los trabajadores a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, proyectándose este mandato en el [artículo 27 del ET](#), que encomienda al Gobierno la fijación anual del SMI, previa consulta con las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas, teniendo presente una serie de parámetros objetivos (como es sabido, el índice de precios al consumo; la productividad media nacional alcanzada; el incremento de la participación del trabajo en la renta nacional; y la coyuntura económica general).

Por lo tanto, en este contexto, el SMI se configura como una garantía mínima, un suelo infranqueable a la hora de delimitar la cuantía de la retribución del conjunto de las personas trabajadoras. La función principal que se atribuye a esta institución es la constitución de un tope mínimo retributivo de los trabajadores asalariados, siendo notorio que la salvaguarda de unos ingresos mínimos debe ser conectada con la suficiencia de los mismos para garantizar la subsistencia digna de los trabajadores, incluidos los sujetos a una relación laboral especial.

Es evidente que las sucesivas crisis económicas que hemos vivido en los últimos años han propiciado la extensión de la franja de los que podríamos denominar «trabajadores pobres», es decir, que, aun estando ocupados, obtienen unos ingresos bajos, y, por ello, el impacto del SMI –y de sus paulatinas subidas para aproximarlos al umbral derivado de lo proclamado por el [art. 4 de la Carta Social Europea](#) y la interpretación realizada por el Comité Europeo de Derechos Sociales: el 60 % del salario medio del país– es muy importante en determinados segmentos de la población trabajadora. Entre ellos se encuentran algunos de los sujetos empleados con una relación laboral especial, siendo marcada la trascendencia del SMI en aquellas en las que se constata una deficitaria o incluso inexistente cobertura de la negociación colectiva, tales como las de los empleados en el servicio de hogar familiar, o en las que vienen configuradas con características atípicas, sin lugar u horario de trabajo, con unos emolumentos altamente fluctuantes a comisión, como las de los operadores mercantiles por cuenta ajena.

La valoración del conjunto de datos expuestos conduce a interpretar de forma restrictiva la no operatividad del SMI sobre algún tipo de relación laboral. A mayor abundamiento, la doctrina plasmada en la [sentencia que se comenta](#) enfatiza que los decretos anuales en los que se aprueba el SMI establecen con amplitud que la cuantía de dicho salario es aplicable «a cualesquiera actividades en la agricultura, en la industria y en los servicios». Y trae a colación lo dispuesto en el [Real Decreto-Ley 3/2004, de 25 de junio](#), para la racionalización de la regulación del salario mínimo interprofesional y para el incremento de su cuantía, que desvinculó dicho salario de otros efectos o finalidades distintas a su función de «garantía salarial mínima de los trabajadores por cuenta ajena establecida en el artículo 27 ET», manteniendo de forma expresa la vinculación del SMI a la determinación del salario del trabajador en los términos y condiciones establecidos en las normas reguladoras de las relaciones laborales de carácter especial a que se refiere el [artículo 2 del ET](#). Así como varias sentencias que se pronuncian sobre el canon hermenéutico por el que se ha de regir lo dispuesto en el [artículo 12 del RD 1438/1985](#) (entre ellas, la [STS 511/2022, de 1 de junio](#)), que señala que son aplicables en esta relación laboral especial «los derechos y deberes laborales básicos reconocidos en el ET». Al respecto, en sede del Alto Tribunal español se precisa que dicha prescripción no constituye propiamente una declaración de supletoriedad, no conllevando el [artículo 12](#) la íntegra aplicación supletoria del ET, sino únicamente de los derechos y deberes básicos reconocidos en sus artículos 4 y 5. Ello revela, por ende, la operatividad de lo dispuesto en el [artículo 4.2 f\) del ET](#), que reconoce el derecho de las personas trabajadoras a la percepción puntual de la remuneración pactada o legalmente establecida, interpretando el TS que, aunque no exista una remisión específica en el precepto reglamentario que regula esta relación laboral especial a la normativa sobre salarios mínimos, se debe inferir que la noción de remuneración legalmente establecida «presupone el obligado respeto a la cuantía del SMI».

En definitiva, el conjunto de argumentos aducidos conduce a la desestimación del recurso de casación interpuesto y a la confirmación de la sentencia recurrida.

4. Trascendencia de la sentencia más allá del caso: la doctrina judicial aclara y confirma la aplicación del SMI a la relación laboral especial de las personas que intervienen en operaciones mercantiles actuando por cuenta de uno o más empleadores, sin asumir el riesgo y ventura de las mismas

Coincidiendo con el fallo de la [sentencia dictada por la Sala IV del TS](#), a nuestro juicio, ni el contenido del articulado del [RD 1438/1985](#), ponderado junto al marco constitucional y comunitario vigente, ni las singularidades de esta relación laboral especial pueden implicar el no reconocer la operatividad del SMI sobre estos trabajadores. A pesar de la conclusión alcanzada, ello no impide admitir que existen peculiaridades que sí que obligan a introducir algunas modulaciones en referencia a la aplicación del SMI a las personas que intervengan

en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empleadores, sin asumir el riesgo y ventura de las mismas.

Por ejemplo, a causa de la mayor atipicidad del salario en este ámbito, de forma acorde a la regla establecida en el [artículo 27.1 in fine del ET](#), nada debiera imposibilitar que pudiera promediarse el cálculo del conjunto del salario del operador mercantil por cuenta ajena en cómputo anual, y compararse con la cuantía del SMI en cómputo anual, pudiendo compensarse la cuantía del salario de unos meses con la de otros para respetar en todo caso el importe del SMI, garantizar su percepción a estos trabajadores, y no causarles un tratamiento diferenciado injustificado respecto a los trabajadores comunes y al resto de trabajadores sujetos a relaciones laborales especiales.

Además, como corolario de la argumentación expuesta en la [sentencia que se comenta](#), estableciendo el [artículo 2.2 del ET](#) que la regulación de todas las relaciones laborales especiales respetará los derechos básicos reconocidos por la Constitución, sería de dudosa constitucionalidad no admitir que en todo caso serán aplicables a estas personas trabajadoras los derechos allí reconocidos, entre los que se encuentra el derecho a una retribución suficiente proclamado por el [artículo 35 de la CE](#).