

LA RETRIBUCION A COMISION (*)

SUMARIO:

- I. *Introducción:* Sobre las diversas acepciones de la voz «comisión» en el ámbito jurídico; la «comisión» como contrato y como retribución.—II. *Concepto, tipología y diferenciaciones de otras figuras retributivas afines:* A) Concepto. B) Tipología: a) Según se contemple la funcionalidad de la comisión para integrar la retribución. b) Según se contemple la comisión en relación con la fórmula de su propio cálculo. C) Diferenciación de otras figuras retributivas afines: a) De la retribución a la parte. b) De la participación en beneficios. c) Del destajo propiamente dicho. d) De las primas a la producción.—III. *Sobre la naturaleza de la comisión:* A) Ideas generales. B) La doctrina jurisprudencial al respecto. C) La doctrina científica: a) La doctrina mercantilista tradicional. b) La revisión del ius-laboralismo. D) Conclusión: la comisión como subespecie del destajo.—IV. *Régimen jurídico de la comisión:* A) El devengo de la comisión: a) La comisión se pone en relación con los asuntos intentados meramente. b) La comisión se pone en relación con el número de asuntos consumados y ejecutados con buen fin. c) La comisión se pone en relación con el número de asuntos concluidos y perfeccionados con independencia del buen fin: a') El llamado pacto de *star del credere*. b') La *mora accipiendi* y la imposibilidad sobrevenida. B) Liquidación y pago de la comisión: a) Liquidación. b) Pago: a') Régimen de anticipos. b') La aplicación de los privilegios salariales.

I

INTRODUCCION

La importancia del tema que enmarca el título es de todo punto indudable, y en principio se deriva de las siguientes razones:

En primer lugar hay que señalar que se trata de un tema «fronterizo», que muestra y explica la interconexión entre Derecho mercantil y Derecho del trabajo y lo tributario que es éste de algunas instituciones elaboradas y

(*) El presente trabajo se basa, fundamentalmente, en el estudio realizado para su exposición, por vía oral, en el tercer ejercicio —«lección magistral»— de las oposiciones de cátedras de Derecho del trabajo, celebradas en Madrid, durante el mes de septiembre pasado, en las que intervino el autor. El texto que se publica en este número de la REVISTA DE POLÍTICA SOCIAL ha sido simplemente revisado con miras a su publicación precisamente añadiéndosele simplemente algunas notas a pie de página.

recibidas de aquél, como en un artículo ya clásico pusiera de manifiesto Borrajo Dacruz (1).

En segundo lugar por ser un tema salarial, materia que, salvo la monografía de Pérez Botija, el tratamiento de los manuales y algunos artículos de revistas, ha sido objeto de escasa atención por nuestra doctrina científica, al menos en proporción con su señalada importancia (2).

Y finalmente, dentro de «lo salarial», la retribución a comisión es, además, un tema de sugerente actualidad e indudable trascendencia práctica, puesto que la reciente inclusión de los representantes de comercio en el ámbito de la disciplina ha hecho muy frecuente la existencia de relaciones de trabajo retribuidas en forma de comisión (3).

Admitiendo que salario es el objeto de la obligación por la que el empresario asume el deber de entregar una suma de dinero o ciertos bienes económicamente estimables, a cambio de los servicios que le presta el trabajador. Por ser su contraprestación, el salario ha de calcularse en función del trabajo. Se habla de sistemas salariales para aludir a las diversas formas de determinación y cálculo del salario, tomando en cuenta los caracteres cuantitativos y cualitativos del mismo, señaladamente la clase de trabajo, con referencia a un módulo temporal, o la prestación efectivamente realizada por el trabajador. De esta diferenciación parte la contraposición entre los dos sistemas salariales básicos: salario a tiempo y salario a resultado. Sin embargo, a esta contraposición en sus términos simplificadores no agota el catálogo de los posibles sistemas salariales, y así, se habla de sistemas mixtos, o se mencionan como sistemas adicionales. entre otros, la retribución parciaria y la comisión.

La retribución a comisión aparece en la realidad, unas veces, como sis-

(1) «Configuración jurídica del salario», en REVISTA DE POLÍTICA SOCIAL, núm. 50, abril-junio 1961.

(2) Su conocida monografía *Salarios*, Madrid, 1944; entre los artículos de revistas cabría citar, sin ánimo de exhaustividad, los propios trabajos de P. BOTIJA: «El salario como legítima laboral», en *Revista de Estudios Corporativos*, Lisboa, 1960, y *Salarios mínimos profesionales*, México, 1965; también los estudios del profesor BAYÓN CHACÓN: «Concepto jurídico del salario mínimo», en *Rev. Der. Priv.*, XII, 1960, y sobre *La nueva regulación de los salarios*, Madrid, 1961; e, igualmente, los de ALONSO OLEA sobre «Salarios y Seguridad Social», en la *Revista Iberoamericana de Seguridad Social*, aparecidos a partir de 1953 en diversos números, y el titulado «Salarios y subsidios familiares en la *Mater et Magistra*», en el número 52 de la REVISTA DE POLÍTICA SOCIAL, octubre-diciembre de 1961.

(3) Conocido es que, normalmente, los representantes de comercio son retribuidos a comisión, aún después de su inclusión en el artículo 6.º de la ley de Contrato de trabajo, a virtud de la ley de 21 de julio de 1962.

tema salarial propiamente dicho, que sirve para calcular el salario directo y básico a percibir por el trabajador; otras veces, al contrario, aparece como complemento adicional y accesorio de un salario base, generalmente a tiempo. Ya sea como complemento de salario, ya como sistema retributivo, la retribución a comisión plantea muy peculiares y característicos problemas jurídicos que justifican de por sí un tratamiento específico.

Pero como cuestión previa, y para evitar todo tipo de confusiones, se considera preciso comenzar por distinguir entre la comisión como concepto retributivo y la «comisión» como contrato mercantil:

1) *La comisión como contrato* es el mandato mercantil definido en el artículo 244 del Código de Comercio. Dentro de este contrato se conoce también con el nombre de «comisión» el premio o retribución que tiene derecho a percibir el comisionista (art. 277 C. de C.).

Pero la «comisión» como concepto retributivo no se aplica sólo a la «comisión» como contrato, dentro del Derecho mercantil, sino que se extiende a las retribuciones a que dan lugar otras figuras contractuales diversas, dentro de las llamadas de «gestión de intereses ajenos» o de «colaboración».

2) Tal es el caso del contrato de «agencia», que la doctrina mercantilista describe como un contrato de duración, de tracto sucesivo, por el cual una de las partes (agente) se obliga a promover o a concluir contratos a nombre de la otra, mediante el pago de una retribución, normalmente en función del volumen de las operaciones que el agente concierte o promueva. Y cuando la retribución consiste en un porcentaje de cada una o del conjunto de tales operaciones se le designa con el nombre de «comisión». La doctrina mercantilista insiste en la nota de que este contrato se celebra entre dos empresarios independientes, sin que entre las partes exista una relación de subordinación o dependencia (4).

3) Otro tipo distinto de contrato de gestión es el de *mediación* o *corretaje*, por el que una de las partes se obliga a abonar a la otra (mediador o corredor) una remuneración por el hecho de indicar la oportunidad de celebrar el contrato o por el hecho de conseguir por su propia actividad esa celebración. Se diferencia de la comisión en que mientras el comisionista realiza operaciones jurídicas (contratos) por cuenta, y a veces en nombre del comitente, el corredor se limita a mediar, preparar o facilitar la conclusión del contrato, sin intervenir en él. Esa misma diferencia lo separa de la «agencia», además de la nota de ocasionalidad que tiene el corretaje frente a la estabilidad propia del contrato de agencia. *La remuneración que el mediador percibe* (consistente normalmente en un porcentaje sobre

(4) Vid. GARRIGUES: *Tratado de Derecho mercantil*, III, págs. 556 y sigs.

el precio del contrato definitivo) se suele conocer también con el nombre de comisión.

Es decir, que «a comisión» se retribuyen figuras distintas, como son el comisionista, el agente y el corredor.

Tras el expositivo que antecede, a continuación conviene centrar el tema sobre la base del supuesto de hecho del artículo 42, párrafo primero de la ley de Contrato de trabajo: *retribución del trabajador por participación en los negocios en que hubiere mediado*. Como se advierte, parte la norma de dos presupuestos: carácter laboral de la relación y carácter de intermediación en la actividad del trabajador respecto del contrato entre el empresario y el tercero.

El primer carácter es el que vino a definir la reforma del artículo 6.º de la ley de Contrato de trabajo (ley de 21 de julio de 1962), sobre la base de las siguientes notas referidas, fundamentalmente, a la naturaleza de la intervención del trabajador. Se trata de:

- Actividad de gestión (por cuenta del empresario).
- Subordinada (sometida a las instrucciones).
- En un determinado tipo de actos mercantiles: compraventa de mercancías.
- Con perfección condicionada a la aprobación o conformidad del empresario.
- Sin responsabilidad por parte del trabajador respecto del buen fin o de otro elemento.

Las dos últimas notas son las más trascendentes. La intervención puede ser puramente mediadora o representativa. Es decir, puede tratarse de un supuesto de mediación, en el que el trabajador se limita a poner en contacto a su empresario con la otra parte para la celebración del contrato, o puede que el trabajador intervenga activamente en la celebración del contrato, como representante del empresario (comisionista que actúa en nombre ajeno, o agente), siempre que en estos casos la operación quede perfeccionada sólo cuando la aprueba el empresario. Tal es la compraventa especial que se conoce con el nombre de «salvo confirmación» en el mundo mercantil. Y tal es el supuesto normal de los «representantes de comercio», específicamente contemplados en la forma laboral. Aparte, y en correlación con la importancia de la *adprobatio*, es preciso resaltar la de la liberación de responsabilidad del representante de comercio respecto del buen fin u otro elemento, en lo que ya entraremos después.

Garrigues dice que «lamentablemente» la reforma del artículo 6.º ha

incluido en el ámbito laboral lo que no es otra cosa que una modalidad del contrato mercantil de agencia, y considera «erróneo y arbitrario» calificar de trabajadores a los agentes comerciales. Alega que *no se dan aquí las notas de dependencia, sumisión, lealtad y fidelidad que caracterizan a la relación laboral*. Y añade que es arbitrario que sea trabajador la persona natural que media en operaciones de compraventa de mercancías y no la que lo hace en otro tipo de operaciones, como las de seguros, transporte, depósitos, Banca, lo que es absolutamente cierto, aunque no compartamos la intención de la protesta (5).

Critica también el Decreto de 20 de septiembre de 1962, y concluye: «... calificar de laboral lo que es, a todas luces, una relación jurídica mercantil no ha sido un acierto. El legislador, consciente de la importancia adquirida por los agentes comerciales en la vida económica actual, ha querido regular su situación, y fundamentalmente el supuesto de extinción del contrato. Mas, a tal fin, lo que es un contrato mercantil se ha configurado como laboral, lo que en Derecho extranjero y en la doctrina mercantil se considera como «compensación al agente por los servicios realmente prestados» se ha confundido con la «indemnización por despido o indemnización de clientela. En definitiva —sigue diciendo Garrigues—, tanto la ley como el Decreto, desconociendo la verdadera naturaleza del contrato de agencia, ha incluido indebidamente en el Derecho laboral lo que es propio y privativo del mercantil» (6).

Como contrapartida, hemos de decir que Garrigues —y en general la doctrina mercantilista—, al sostener que el contrato de «agencia» es un contrato entre empresarios independientes y supervalorar el criterio de la dependencia como definitoria del contrato, no toman en cuenta que en realidad la dependencia sólo es nota esencial de un tipo de relación de trabajo, la de la Empresa, no siéndolo, en cambio, de otro tipo de relación de trabajo, que tienen cabida en el contrato de trabajo, como son las de los representantes de comercio, típica relación de trabajo autónomo. Lo que sucede no es sino un típico fenómeno de disolución de los llamados contratos de actividad en el Derecho del trabajo, como ya han denunciado Mazzoni, Corrado y Alonso Olea, entre otros (7).

(5) También GARRIGUES: *Tratado...*, cit., págs. 543 y sigs.

(6) Op. cit., nota 14, a pie de las págs. 543 y sigs.

(7) Vid. *Manuale di Diritto del Lavoro*, Firenze, 1958, págs. 251 y sigs.; *Trattato di Diritto del Lavoro*, Torino, 1966, págs. 276; y la conocida *Introducción al Derecho del trabajo*, Madrid, 1961, pág. 30, respectivamente. También CAMERLYNCK y LYON-CAEN: *Droit du Travail*, pág. 16.

II

CONCEPTO, TIPOLOGIA Y DIFERENCIACIONES

A) CONCEPTO

Definir el *salario a comisión* no es tarea fácil, pues ya la propia denominación es equívoca. Etimológicamente, la palabra comisión deriva del latín *commissio*, designación dada por las Decretales a la delegación encomendada a jueces especialmente instituidos para juzgar un determinado asunto. En la evolución histórica, el término, en el lenguaje comercial, bien pronto vino a significar la realización dentro de la *commenda* de encargos o de negocios por cuenta de otro. Dentro de este esquema negocial existe para el comisionista un precio o retribución, precio de la comisión, al que, por una simplificación idiomática, se le denomina sin más, ya desde las Ordenanzas de Bilbao, «comisión» (8).

Ello hace que en nuestro idioma jurídico, con la palabra comisión, se mencionen dos realidades diversas: por un lado, un contrato mercantil, perfectamente tipificado en el Código de Comercio, y por otro, un sistema de retribución que ni define a aquel contrato (es posible una retribución diversa del comisionista), ni es exclusiva aun en el campo mercantil de este contrato (por ser normal también en el contrato de agencia y en el de mediación o corretaje). Cara a *lo laboral*, esta aclaración es sumamente importante, pues dentro de nuestra disciplina se utiliza este término sin más para aludir al sistema retributivo, consistente en el salario a comisión, que es lo que pretendemos estudiar en este momento.

Sin embargo, este breve discurrir por el campo histórico y por su origen mercantil nos permite adentrarnos en la nota tipificadora de este sistema retributivo: *su conexión con una actividad del trabajador relacionada con un trato negocial directo con la clientela de su empleador*. Al igual que en el plano mercantil, la idea que late en la comisión como salario es utilizar como punto de referencia para el cálculo de la retribución la realización de determinados negocios en los que ha tenido intervención de algún modo el trabajador, y cuya actividad aparece como causa eficiente de la realización de este negocio. Por ello es la retribución más generalizada en el supuesto del artículo 6.º de la L. C. T., aunque no es definitoria de los mismos ni exclusiva de ellos. El supuesto viene definido en nuestro artículo 42

(8) Citadas por GARRIGUES: *Tratado...*, cit., pág. 455.

de la ley de Contrato de trabajo, que habla de *percibir una comisión por participación en negocios en que hubiesen mediado*. Debe aclararse que cuando se habla de intervención en negocios no se alude a sólo y escuetamente al supuesto de la representación, sino más genéricamente a la mediación en negocios, es decir, el ser negocios gestionados, tratados o mediados por el trabajador, vinculándose su actividad a la consecución del negocio. La idea subyacente es, pues, la de que sin la actividad del trabajador tendente a ese resultado negocial concreto éste no se hubiera producido. Primer y fundamental presupuesto de la comisión es, pues, la vinculación a la mediación en concretos y determinados negocios, los cuales pueden ser de muy diverso tipo: de compra, de venta, de seguros, de créditos, de transportes, publicitarios, de apertura, de cuentas corrientes, etc., tal y como nuestro complicado mundo negocial nos muestra.

Un segundo punto menos claro en la definición es el carácter porcentual de la comisión, que la doctrina laboral, siguiendo las líneas tradicionales de la doctrina mercantil, dan por presupuesto.

Es constante en las definiciones de los laboristas mencionar el carácter porcentual o de cuota sobre el valor del negocio de la comisión, como retribución a participación y cointeresamiento, en la expresión de Cassi, que define a la comisión como el pago al trabajador de un porcentaje sobre negocio (9).

Pero entre nosotros no se suele insistir sobre este punto; así, en nuestra legislación y en nuestra jurisprudencia. Por su parte, el artículo 42, al hablar de «participación», claramente está aludiendo a intervención y no a reparto parciario. Por otro lado, nuestra tradición histórica, puesta de manifiesto en el capítulo XV de las Ordenanzas de Bilbao, admitía premios de comisión en forma de *una tantum* (10). No sería por ello aventurado admitir entre nosotros un salario a comisión no porcentual.

Ello no obstante, existen señaladas razones en favor de la tesis contraria. Y ello responde a la naturaleza de las cosas, al propio sentido de la institución, dado que el interesamiento que provoca no alcanza sólo a condicionar su perfección, a la realización de un determinado negocio, sino, aún más, a interesar al trabajador en el volumen y en la importancia de ese negocio. De tal manera que, mientras de mayor cuantía sea ese negocio, mayor retribución se perciba. La aplicación analógica del artículo 278, 2), del Código de Comercio, que alude expresamente a «cuota», nos permite concluir con la mejor doctrina que un elemento definitorio de la comisión debe ser el tra-

(9) CASSI: *La retribuzione del contratto di lavoro*, Milán, págs. 87 y sigs.

(10) Citado por GARRIGUES: *Tratado...*, III, pág. 455.

tarse de un determinado porcentaje sobre el valor de los negocios en que se hubiera mediado. Podemos concluir definiendo así la comisión: «Sistema remunerativo que toma como módulo de cálculo una cuota porcentuaria sobre negocios del empleador en que hubiera mediado el trabajador.»

B) TIPOLOGÍA

La realidad práctica nos muestra, según ya hemos dicho, una tipología muy diversa de formas de comisión, existiendo diferencias, tanto según el tipo de negocios como según el cálculo de la cuota, o según el momento genético en que la comisión se devenga. Reduciendo esta diversa tipología a un esquema elemental, podría establecerse la siguiente distinción:

a) Según se contemple la funcionalidad de la comisión para integrar la retribución:

1. Puede ser que la comisión sea el único elemento integrador de la retribución.

2. Puede ser que la retribución se integre mediante la combinación de la comisión y de un fijo, que se reconoce como mínimo garantizado y del que aquélla constituye complemento.

b) Según se contemple la comisión en relación con la fórmula de su propio cálculo; las formas más conocidas son:

1. Una cantidad fija y alzada por cada negocio tratado o concluído.

2. Un tanto por ciento sobre el valor de dichos negocios.

3. Diferencia de precio obtenida por el trabajador a comisión sobre el fijado por el empleador.

4. El importe de la comisión, cualquiera que sea la forma de su cálculo, se gira sobre el volumen total de los negocios de toda una zona geográfica.

5. Aún puede citarse la fórmula normal cómo se calcula la comisión en el caso de los agentes de seguros, injustificadamente excluídos de la ley de Contrato de trabajo, pues, como dice Garrigues, se trata de un trabajador de la misma manera que el comisionista. En este caso la comisión suele ser el equivalente al importe de la primera prima pagada por el asegurado, aunque también constituye parte de la comisión un porcentaje sobre las primas futuras del total de la cartera gestionada u obtenida por el agente.

C) SU DIFERENCIACIÓN DE OTRAS FIGURAS AFINES

Los criterios definitorios de la comisión permiten diferenciarla de otras formas o sistemas retributivos, con los que tiene alguna afinidad, planteando ello algunos problemas, según se expone seguidamente:

a) Se ha hablado de que la comisión como forma retributiva constituye una especie de salario a la parte, dada su aleatoriedad y su normal proporcionalidad al valor del negocio. Pero, como es sabido, la retribución parcial tiene en cuenta el resultado económico material única y exclusivamente, mientras que al menos en el ámbito laboral, que es el único que aquí importa, la comisión tiende a apartarse en su devengo y cálculo cada vez más del buen fin económico de la operación, con independencia de la naturaleza material o inmaterial de los bienes-módulos retributivos.

b) De la participación en beneficios se diferencia primeramente porque en ésta lo decisivo es el beneficio, la diferencia entre costes y precios, al contrario de la comisión, donde lo típico es tomar en cuenta el precio, prima, etc., que configura el valor del negocio. Además, en la comisión lo definitorio está en participar en negocios concretos y determinados, no en el volumen general, como agudamente señala Guidotti (11).

c) Del destajo, propiamente dicho, se diferencia claramente la comisión, tanto por su carácter porcentual como por no vincularse a un resultado productivo propiamente dicho, esto es, a un resultado directamente vinculado a un *facere* productivo, puesto que la realización del negocio depende de la actividad del trabajador, pero no es resultado directo de la actividad referida a la fase industrial del bien de que se trate, tal y como también recuerda Guidotti (12).

d) Finalmente, también la doctrina ha encontrado notas comunes y diferenciativas con las primas a la producción, aunque, a decir verdad, nada sustantivo se ofrece al respecto. Así, se habla de que las primas a la producción son referibles por lo normal al plano de lo colectivo (fijación en convenio colectivo o Reglamento de Empresa, pacto de grupo o trabajo en común), mientras que la comisión está referida al plano individual de la relación directa empresario-trabajador, aunque, es claro, cabe siempre la posibilidad de una pactación colectiva previa. Aparte de ello se dice también que los momentos en que se devenga cada tipo retributivo son distintos, pues las primas de la producción se devengan en la fase industrial del bien

(11) *La retribuzione nel rapporto di lavoro*, cit., pág. 193.

(12) *La retribuzione...*, pág. 193.

de que se trate, mientras que la comisión se devenga en la fase final o de comercialización de dichos bienes.

Con independencia de ello no nos parece aceptable el criterio de que la comisión, como forma retributiva, carazca de entidad propia e independiente, pues, según afirma Guidotti, con la porcentual de servicio (propina) y la participación en beneficios no constituye sino un elemento integrativo y complementario de la retribución base. Ello parece cierto, sino que, como afirma Hueck y Nipperdey, se dan formas retributivas formadas exclusivamente a comisión (13).

III

NATURALEZA JURIDICA DE LA COMISION

Respecto de la naturaleza de la «comisión», la primera pregunta a hacerse es si es o no compatible esta retribución con la estructura de la relación de trabajo. Existen factores en contra, hasta el punto de que la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 1968 niega carácter laboral a la relación en razón a que el actor asumía «el riesgo de no ser retribuído, cualquiera que fuese la actividad desplegada en la conclusión de un negocio de los llamados de resultado», y con idéntica referencia a asumir el riesgo de una actividad y realizar negocios de resultado se pronuncia, para los corredores de inmuebles, la de 8 de marzo de 1966. Ante esta jurisprudencia hay que hacer una doble observación; en primer lugar, en cuanto a los supuestos planteados, el primero de una esporádica relación de mediación, y el segundo, de una actividad por cuenta propia al servicio de una clientela abierta; en segundo lugar, y ya en el plano dogmático, hay que aclarar que la retribución a comisión no configura necesariamente un negocio de resultado, o más exactamente, una obligación de resultado. Precisamente ha sido la doctrina mercantil, así, por ejemplo, Bolaffio, Rocco y Vivante, la que ha puesto el acento en que el sistema de retribución de estos negocios de mediación no obedece tanto a una estructura del negocio que incluyera una obligación de resultado, sino a la dificultad de encontrar otro módulo de cálculo retributivo en función de la cantidad o calidad del trabajo desarrollado (14). Aún más, la doctrina alemana, desde Staub e Immerwahr,

(13) *Compendio de Derecho del trabajo*, cit., pág. 127.

(14) BOLAFFIO, ROCCO y VIVANTE: *Derecho comercial*, II (*Cuenta corriente, mandato comercial y comisión*), Buenos Aires, 1951, pág. 70.

afirma el carácter de relación de servicio y obligación de actividad del agente y del comisionista, superando las viejas teorías del mandato y del contrato de obra. Tampoco para nuestra doctrina mercantil carece de duda la compatibilidad de la obligación de actividad y la retribución a comisión (15).

Estos razonamientos son acogibles y lo han sido en el campo laboral, en el que se afirma sin contradicción la posibilidad de un contrato de trabajo retribuido a comisión. Los argumentos positivos son francamente claros; el artículo 1.º de la ley de Contrato de trabajo, como es sabido, respecto de la remuneración admite formas muy diferentes: «sea la que fuere la clase o forma de ella». El artículo 42 de la ley de Contrato de trabajo antes citado es otra razón positiva adicional, ya que al regularse la comisión dentro de la ley de Contrato de trabajo es evidente que el legislador la admite como sistema retributivo del trabajador. Existen, además, razones dogmáticas, puesto que el trabajador a comisión no se compromete a realizar el negocio, a que se produzca un resultado concreto y específico, sino que cumple mediando, es decir, realizando la actividad que el empleador le encomiende. La realización del negocio deviene, por decirlo con Giugni, *término de medida de la retribución*, de modo que no es el resultado deducido en obligación, sino el trabajo en sí y por sí considerado. El trabajador retribuido a comisión se compromete a desplegar una actividad determinada; los negocios a que dé resultado esa actividad son mero término de referencia para la entidad de la retribución. Lo peculiar es que el trabajador arriesga aquí el monto de su salario, y lo arriesga aún más fuertemente porque el término de referencia no depende sólo de su actividad, sino de factores externos a ella, y vinculados sobre todo al mercado (16).

Por ello, a nuestro juicio, si bien es admisible la retribución a comisión, dentro del contrato de trabajo, no parece que lo sea dado el principio constitucional de la suficiencia del salario, que quede sin retribución el trabajador que efectivamente haya realizado, aunque infructuosamente, una acti-

(15) Entre nosotros, si bien GARRIGUES parece resolverse en favor de la tesis de que este sistema retributivo se corresponde con una obligación de resultado, viene, a la postre, a dejarle reducida para los negocios de ventas solamente (op. cit., pág. 479). PALA en un ensayo sobre la «naturaleza de la comisión», luego de identificar el mandato en que consiste la comisión con el arrendamiento de obra (*Werkvestrag*), y el trabajo de los auxiliares en el arrendamiento de servicios (*Dienstvertrag*), concluye refiriéndose al mundo laboral y admitiendo la compatibilidad de la comisión retributiva con el esfuerzo desplegado por el trabajador, es decir, con su actividad (vid. «La Naturaleza de la comisión», en *Rev. Der. Priv.*, 1960, págs. 457 y sigs.).

(16) G. GIUGNI: «Organizzazione dell'impresa ed evoluzione dei rapporti giuridici. La retribuzione a cottimo», en *Riv. di Dir. del Lavoro*, núm. 12, Milán, 1968, pág. 40.

vidad de mediación. El problema reside, pues, en la garantía de una retribución mínima, como suele hoy por lo normal fijarse en la normativa laboral.

Concluyendo, pues, ha de decirse que la retribución a comisión es compatible con la estructura de la relación de trabajo.

Un problema adicional dentro del tema de la naturaleza, pero de escasa trascendencia, es el de si la comisión constituye un sistema autónomo, o es más bien una subespecie del género salario a resultado. Siguiendo a la mejor doctrina, en especial Hueck, Greco y, más reciente Giugni, se trataría de una subespecie o modalidad muy peculiar de la retribución a resultado. A la brillante aportación de este último nos remitimos al propósito, pues coincidimos plenamente con sus razonamientos al respecto, y, con ello evitamos en este momento la fastidiosa exposición de polémicas doctrinales definitivamente zanjadas (17).

IV

REGIMEN JURIDICO

En la regulación de la comisión se observa perfectamente esa dialéctica entre ciclo heteronómico y autonómico, que demostrara entre nosotros Bayón Chacón (18). En el campo mercantil, el ciclo heteronómico, está representado entre nosotros por las Ordenanzas de Bilbao, cuyo capítulo XV regulan minuciosamente las tasas y cuotas de los comisionistas. Posteriormente, con la Codificación y desde 1829 se abre un ciclo autonómico al dejar reducidos nuestros Códigos de Comercio, que incluyen una regulación minuciosa del contrato de comisión, a un solo precepto toda la regulación del premio de la comisión, en el que se remite en una regla dispositiva a los usos del tráfico, a falta de pacto expreso al respecto. Este espíritu liberal inspirador del Código, sorprendentemente llega a nuestro régimen laboral vigente, pues la simple lectura de los artículos 42 y 43 de la ley de Contrato de trabajo permiten constatar la clara influencia en los mismos de la codificación mercantil.

En concreto, el régimen legal de la retribución a comisión entre nosotros se compone de tres reglas dispositivas y dos reglas imperativas. Carácter dispositivo tiene el primer párrafo del artículo 42 de la ley de Contrato de tra-

(17) Vid. GIUGNI: Op. cit., pág. 8, nota 11, en la que cita a HUECK-NIPPERDEY, GRECO y BARASSI. Por el contrario, GUIDOTTI, afirma que la «provvigioni» carece de naturaleza propia y constituye un salario a resultado sin diferenciación alguna.

(18) Su conocido estudio sobre *La autonomía de la voluntad en el Derecho del trabajo*, Tecnos, Madrid, 1958.

bajo cuando respecto al elemento cuantitativo se remite a falta de pacto a los usos y costumbres locales y profesionales. De igual carácter es la regla del segundo párrafo, sobre el momento de nacimiento del derecho a la comisión. También es dispositiva la regla que el primer párrafo del artículo 43 de la ley de Contrato de trabajo consagra a la liquidación y pago de las comisiones.

Por el contrario, son de carácter imperativo el párrafo último del artículo 43 sobre las consecuencias de la no realización del negocio por culpa del empleador, así como la del artículo 43 respecto del examen de libros.

Con tan estrechos y escasos materiales legales podemos ensayar el estudio del régimen jurídico de la comisión, lo que nos lleva primeramente al examen de su devengo.

A) DEVENGO

Los problemas que van a plantearse y estudiarse bajo este epígrafe están referidos al hecho o acto generador del derecho del trabajador a percibir la comisión. Esto es, ¿cuándo y en qué momento, en virtud de haberse producido el hecho o acto idóneo para ello puede decirse nace el derecho a la comisión? No nos estamos preguntando con ello por el problema, más general, de cuándo el trabajador tiene derecho genéricamente a percibir comisiones (lo que equivaldría a responder a cuándo existen o no actividades de mediación, que den lugar a ese derecho, en qué fuentes normativas puede basarse ese derecho, etc.), sino que, presupuesto que un trabajador deba total o parcialmente ser retribuido a comisión, cuando devenga, efectivamente, el derecho a percibirla en concreto. El examen de la cuestión en que nuestro ordenamiento sólo establece en la ley reglas de carácter dispositivo, nos mostrará una vez más la excesiva influencia de la fórmula mercantil en la solución, legal, excesivamente preocupada en el resultado negocial de la comisión, que se contradice con los principios inspiradores de la regulación laboral.

Por ser de carácter dispositivo cabe pactar, respecto del devengo, una de las siguientes formas:

- a) *La comisión se pone en relación con los asuntos intentados meramente*

O, lo que es lo mismo, que el devengo de la comisión se produce por la actividad desplegada en la gestión de negocios, con independencia no ya del buen fin de éstos sino incluso de que ni siquiera lleguen a concluirse. Dificil-

mente podría ser calificada esta relación como un contrato de comisión típica porque, a decir verdad, el derecho a la comisión no puede desvincularse en forma absoluta de un cierto resultado en el que la gestión de actividad pura debe concretarse. Más bien habría de hablarse de actividad de simple promoción de venta, de actividad meramente publicitaria, que no requiere la realización de la venta misma, ni siquiera en la fase de mera oferta no vinculada. Como la retribución de esta actividad no puede referirse en su determinación cuantitativa a un módulo determinado, o al menos, es sumamente insegura su determinación si se pone en relación con el simple intento de la gestión de negocios, no es comisión *strictu sensu* y, prácticamente, queda su determinación al simple y unilateral arbitrio del trabajador gestor, dadas las dificultades de control que para el comitente implica el sistema. En este orden de cosas la retribución es más que probable que deje de ser forfataria para convertirse en fija, al menos mediante el señalamiento de un mínimo que podrá ser complemento con el forfait establecido en función de la actividad desplegada y que se concretará en los resultados que produzca, *a posteriori*, la promoción y publicación del gestor.

b) *La comisión se pone en relación con el número de asuntos consumados y ejecutados con buen fin*

Esto es, que el derecho a la comisión solamente nace cuando la operación no sólo ha sido concluída jurídicamente, sino que ha sido realizada materialmente en todas y cada una de las circunstancias, muy especialmente en lo que respecta a la entrega y al pago de las mercaderías objeto del contrato. Es éste el sistema acogido por el artículo 42 de la ley de Contrato de trabajo cuando establece que el derecho a la comisión nacerá en el momento de realizarse y de pagarse el negocio, *la colaboración o la venta*, tesis que es ratificada reiteradamente por el Tribunal Supremo; así, en sus sentencias de 29 de octubre de 1963, 7 de junio de 1966 y 30 de marzo de 1965. El precepto antes señalado lleva a sus últimas consecuencias la tesis de garantía del empleador a virtud de la cual ninguna comisión será debida, en tanto no se cobre el precio de la mercancía vendida con la mediación del trabajador.

Garrigues, no obstante inclinarse decididamente por el criterio germánico de que «la comisión debe entenderse cumplida no sólo por la conclusión del contrato o de los contratos previstos, sino *por su consumación efectiva*, que ha de ser probada por el comisionista», no puede por menos que señalar que la solución solamente se ofrece con claridad «cuando se ha pactado que

la comisión consistirá en un porcentaje sobre el precio de venta obtenido. En tal hipótesis el comisionista no puede reclamar retribución hasta que, efectivamente, se haya pagado el precio por el tercero contratante» (19). Como se advierte, el buen fin de la operación se liga estrechamente con el pago del precio y sólo exclusivamente con ello; no tiene, no puede tener significado jurídico tal expresión sino que es estrictamente económico. Ahora bien, no puede confundirse tampoco con la utilidad o pérdida que la operación pueda arrojar en favor o en contra del comitente.

Un análisis del derecho comparado nos viene a poner de manifiesto la muy fuerte influencia del Derecho mercantil en este aspecto. Así, un estudio de Derecho comparado sobre el representante de comercio en los países del Mercado Común llevado a cabo por los profesores Maier y Meyer, pone de manifiesto cómo el nacimiento del derecho a la comisión se pone en relación con la consumación del negocio con buen fin, que se concreta en el pago del precio de la operación que aquel tenga por objeto. Así, en la República Federal Alemana, en interpretación del artículo 87-a HGB, se estima que el derecho a la comisión nace siempre y en la medida en que el empleador *ha ejecutado* el negocio. El derecho a la comisión cesa de existir en el caso en que se demuestre que el cliente no efectúa sus prestaciones, es decir, no quiere, o no puede, efectuarlas por una circunstancia de la que el empleador no tiene por qué justificarse ante el trabajador y que el reconocimiento jurídico de su derecho no puede ser razonablemente demandado en justicia. « En los casos en que el negocio no puede ser ejecutado en todo o en parte por el empleador o por dificultades que provengan del cliente, ello debe ser probado por el empleador, porque el representante de comercio debe ser protegido contra cualquier comportamiento doloso y si el empleador no podía contar con la certeza suficiente para poder cumplir lo que le corresponde en la ejecución del negocio, no debe dejar negociar la comanda o mandato (20).

En Italia, el artículo 1.748 del Código civile, se desprende que el comisionista tiene derecho a la comisión sobre todos los asuntos que han sido regularmente ejecutados, es decir, si la Empresa ha librado y el cliente ha pagado. Por supuesto que la regla ha de atenerse a los principios de buena fe que impone al empleador la obligación de prestar su colaboración a la

(19) Op. cit., págs. 543 y sigs.

(20) Vid. H. J. MAIER y H. MEYER-MARSILLIUS: *Le représentant de commerce dans le Marché Commun*, de la colección de Dalloz et Sirey, Eurolibri, núm. 2, París, 1961, páginas 82 y sigs.

ejecución del negocio, debiendo cargar con la prueba de las dificultades u obstáculos que se opongan a ello (21).

En los Países Bajos, a virtud de lo dispuesto en el artículo 75-b del Código de Comercio, el derecho a la comisión nace cuando el asunto negociado por el representante de comercio es *realizado* entre el empleador y el cliente, sea si el representante de comercio ha concluído por sí mismo un negocio en el cuadro de su mandato, sea si el empleador ha aceptado una comanda que le ha sido procurada por el representante negociador (22).

En Bélgica no existen prescripciones concretas acerca del representante de comercio, pero por aplicación de los usos comerciales, es lo normal hacer depender el derecho a la comisión de la prestación del cliente, esto es, del pago del precio y, así, en caso de pago parcial, sólo es debida la comisión parcial correspondiente. Sin embargo, en un proyecto de ley de 20 de agosto de 1959 se ha llegado a reconocer que el derecho a la comisión nace con la aceptación de la comanda por el empleador, si es seguida de ejecución (art. 5.º), presumiéndose la aceptación de la comanda si el empleador no la rehusa en el plazo de quince días o en el fijado contractualmente (23).

En Luxemburgo, todos los problemas relacionados con la comisión es dejado en su fijación y regulación a la libre autonomía de las partes expresadas contractualmente. Así, tanto puede convenirse que la comisión sea exigible a la aportación de la comanda, a la conclusión del asunto, o, en fin, al cumplimiento por parte del cliente (24).

En el Derecho anglosajón el *right to remuneration* se hace también depender del resultado, o sea, de la ejecución del negocio y del pago del precio, cualquiera que sea la forma de aquélla, bien un salario fijo por cada asunto o bien un porcentaje fijo sobre el montante de los beneficios (25).

Tan solo en el Derecho francés, y a virtud de la influencia laboralizante del Code du Travail, se atemperan los rígidos principios civilistas y mercantilistas, en relación con el momento en que nace el derecho a la comisión. Y aunque, en principio, los artículos 29 y siguiente del Code du Travail

(21) H. J. MAIER y H. MEYER-MARSILLIUS: Loc. últ. cit., págs. 135 y sigs.

(22) Vid., también, MAIER y MEYER: Loc. últ. cit., págs. 153 y sigs.; ha de tenerse siempre en cuenta que el estudio citado está referido al representante de comercio y a su estatuto jurídico, con independencia de la laboralización de la figura contractual de que es sujeto.

(23) Loc. últ. cit. págs. 162 y sigs.

(24) Loc. últ. cit., págs. 176 y sigs.

(25) Vid. S. J. STOLJAR: *The Law of agency*, especialmente el párrafo «The right to Remuneration», Londres, 1961, págs. 310 y sigs.

nada dice al respecto, dejándose la cuestión tal libre arbitrio de las partes, la jurisprudencia, sin embargo, ha sentado principios reguladores muy precisos. Así, se estima que el derecho a la comisión nace cuando el empleador ha aceptado la comanda negociada por el representante, siendo necesario considerar que hay negociación cuando el representante ha iniciado el negocio y el empleador lleva las conversaciones a término por sí mismo o por otro representante. Las cláusulas «vente menée à bonne fin», y «paiement après encaissement», son lícitas siempre que en la realización de dichas condiciones se demuestre que al empleador no resultan imputables las causas de ello (26).

c) *La comisión se pone en relación con el número de asuntos concluidos y perfeccionados, con independencia del buen fin*

La expresión no ofrece duda en cuanto que el derecho a la comisión nace con la simple conclusión del negocio, lo cual constituye una construcción netamente jurídica, desprovista de todo significado económico. Y ello porque al hablar de conclusión y perfeccionamiento del negocio no se alude en absoluto a la ejecución de actos materiales de significado económico, como son la entrega y pago de las mercancías, en perfecta correlación con la propia naturaleza consensual del contrato de compraventa. Y entendido así la pregunta se formula por sí sola: ¿cuándo ha de considerarse concluido el negocio tratado o gestionado por el trabajador? La propia doctrina mercantilista, expresada en este caso por Bolaffio, Rocco y Vivante, nos da la solución, al decir que «el negocio puede considerarse concluido cuando se haya creado entre las partes un vínculo jurídico sobre lo que formaba el objeto del encargo o función, de modo que una de las partes haya adquirido respecto de la otra un derecho demandable en justicia para constreñirle el cumplimiento de la obligación asumida y, en su defecto, al resarcimiento de daños» (27). Y la creación de un vínculo entre las partes es el perfeccionamiento del contrato, en este caso de un contrato consensual como el de compraventa, a virtud del consentimiento recíprocamente prestado por las mismas. La relación de commenda entre empleador y trabajador sometidos al Derecho del trabajo es una relación de mandato sin representación directa, por lo que la creación del vínculo jurídico entre las auténticas partes contratantes,

(26) Comprobar, págs. 80 y sigs. del volumen sobre *Les Salaires*, LYON-CAEN (*Traité de Droit du Travail*, bajo la dirección de G. H. CAMERLYNCK).

(27) *Derecho comercial*, cit., pág. 71.

una vez aceptada en principio por el futuro comprador (sin vinculación para el vendedor) la oferta del trabajador, el contrato se perfecciona a virtud del instrumento de la *ad probatio*. Sin la aprobación *a posteriori* por el empleador del cumplimiento de la *commenda* llevada a cabo por el trabajador, el vínculo jurídico no obliga a las partes, lo cual debe ser advertido por éste al futuro comprador. De ahí, pues, que el artículo 6.º de la ley de Contrato de trabajo, cuando se refiere a los representantes de comercio laborales, impone que, a más de operar siempre con arreglo a las instrucciones del empleador, las operaciones en que intervengan requieren «para su perfeccionamiento la aprobación o conformidad del empresario. La mecánica de la operación suele consistir en la oferta de las mercaderías al comprador futuro, quien la acepta sometida a la condición del posterior refrendo por el vendedor comitente. Producido éste nace el derecho a la comisión para el trabajador. Es esto lo que entiende la doctrina francesa, expresada en este caso por Lyon-Caen, que afirma que «la comisión es debida cuando la *commenda* ha sido cumplida», pero que este principio rígido debe ser atemperado dado que «el empleador debe dar su consentimiento a las órdenes tomadas por el representante» (28).

Desde el plano laboral, este criterio es el más adecuado, jurídicamente hablando. No puede decirse que la comisión sea en este caso una retribución a la actividad desplegada por el trabajador, sino que es una retribución a un resultado siquiera puramente jurídico, como es la conclusión del negocio, con independencia del resultado económico o del buen fin del mismo. No cabe, una vez aprobada la operación por el empleador, excusa al derecho a la comisión del trabajador cualesquiera que fueren las incidencias que pudieran surgir en la ejecución de la misma. Este es el parecer de una solución doctrinal del problema, aunque jurisprudencialmente se haya estimado que «el importe definitivo de la participación en las ventas debe entenderse en relación con la consumación de las mismas», como expresa el Tribunal Supremo en su sentencia de 29 de octubre de 1963.

En conexión con lo antes expuesto están los problemas suscitados por el llamado *pacto del "star de credere"* y la *"mora accipiendi"* y la *imposibilidad sobrevvenida*.

a) *El pacto del "star del credere"*.—Parece que el hecho de que el representante de comercio laboral no quede obligado a responder del buen fin o de cualquier otro elemento de la operación; es lógica consecuencia de la aprobación del empleador que se requiere para su perfeccionamiento. ¿Quie-

(28) Vid. *Les Salaires*, cit., pág. 80.

re decir que la comisión es debida, en todo caso, cualquiera que sea el fin de la operación, o cabría la posibilidad, en contrario, de no pagarse la comisión si no se paga el precio de la operación, aunque no respondiese el trabajador de mayor cantidad, si los daños de su gestión fuesen mayores que el importe de aquélla? En concreto, el problema que se plantea es el de si cabe compensación entre el montante total de las comisiones y el de los daños producidos por una gestión imprudente en una sola o varias operaciones. Aunque el problema no está resuelto, parece que, a tenor de la literalidad del precepto y sin exacto encaje en el mismo, no cabría tal posibilidad compensatoria, como así lo ha estimado el Tribunal Central de Trabajo en sus sentencias de 12 de julio de 1965 y 27 de abril de 1966 y el Tribunal Supremo en la de 30 de octubre de 1963 cuando vienen en afirmar que «si el representante respondía de los incobrables con sus comisiones, no es laboral la relación». Pero conviene tener en cuenta la distinción entre la pérdida del derecho de la comisión y el resarcimiento total del daño, a lo que parece referirse la falta de responsabilidad por el buen fin de la operación. La cuestión es importante, porque en la práctica suelen darse supuestos de este tipo, que aparecen resueltos en los ordenamientos extranjeros. Así, la doctrina jurisprudencial francesa admite como válido el llamado pacto *sauf escaissement* a virtud del cual el pago de la comisión se condiciona no sólo al cumplimiento del mandato, sino especialmente al pago de las mercaderías por el comprador (29). Como se advierte, subsiste el problema planteado por el deseo del empleador de cubrirse y garantizarse ante la natural tendencia del trabajador a procurar un volumen de negocios que se refleje en las comisiones a percibir sin cuidar con celo la posible solvencia de los futuros compradores, quedando en el aire sin resolverse la contraposición de intereses entre ambas partes.

La solución parece podría provenir del propio Derecho mercantil, merced al juego recíproco del pacto de *star del credere* y la *comisión de garantía*. Y la conveniencia de traer dichos pactos al mundo de los representantes de comercio laborales, responde a las mismas exigencias históricas para que naciera, siquiera las circunstancias hayan evolucionado profundamente. Como dice Garrigues, *star del credere* significa responder del crédito por la necesidad sentida por el comitente en el comercio a distancia de garantizarse frente a la posible insolvencia o incumplimiento del tercero, haciendo recaer dicha responsabilidad lógicamente sobre el comisionista (30). Hoy día las circunstancias históricas y sociológicas vienen a hacer sentir idénticas

(29) Vid. loc. últ. cit., pág. 80.

(30) GARRIGUES: *Tratado...*, III, pág. 498.

necesidades, llamados como estamos a una cultura de consumo en masa, de la que el instrumento más idóneo resulta ser la venta a crédito aplazado. Aunque sea cierto que el referido pacto ha caído en desuso en el ámbito mercantil porque no puede ignorarse el peso de las nuevas circunstancias, la conveniencia de su actualización precisamente por la nueva circunstancialidad histórica, no parece cuestionable.

Parece que ésta sería una solución aceptable en el ámbito del representante de comercio laboral a comisión en las ventas a plazos, fundamentalmente porque eliminaría una excesiva euforia en la contratación o la simple falta al deber de diligencia en el examen de la solvencia del cliente produciendo, de rechazo, una mayor seguridad en el mercado y tráfico de este tipo de mercaderías. Lógicamente, y en compensación a la asunción del riesgo que la cláusula *star del credere* supone, al trabajador debe reconocérsele el derecho a la *comisión de garantía* que a tenor del artículo 272 del Código de Comercio debe ser calificada de extraordinaria, como sobreprima de la ordinaria, aunque tenga distinta motivación, pues no es premio a la gestión y al resultado de ésta, sino a la responsabilidad de la cobranza del precio que se pone a su cargo. No obstante la utilidad manifiesta del *star del credere* en la forma expuesta, la doctrina laboral, y, en concreto, Guidotti, la rechaza en forma absoluta, quizá por tener una visión parcial del problema (31).

b') *La "mora accipiendi" y la imposibilidad sobrevenida.*—Se ha visto cómo la aprobación por el empresario de la gestión del trabajador en el ámbito laboral, es requisito de esencia a la contratación, lo que hace resaltar la importancia de la conducta de aquél al respecto, dado que queda a su discrecional arbitrio la perfección del negocio y, en consecuencia, el devengo de la comisión. Ello plantea el tema y la problemática de la llamada *mora accipiendi*, entendida ésta no en el sentido restringido de negativa o retraso culpable en la aceptación de la obra terminada (más propia del contrato de obra), sino en el más amplio de la falta de colaboración debida al trabajador para que éste pueda realizar el mandato o commenda encargada. En este aspecto parece que el empleador debe suministrar al trabajador las instrucciones a que ha de someterse en el cumplimiento de su función, así como a facilitarle los muestrarios correspondientes, e incluso las materias primas o mercaderías que, en determinados supuestos, sean necesarias para que la commenda pueda llevarse a cabo. Porque de lo que no puede dudarse es de que el trabajador debe ser protegido contra un comportamiento no

(31) *La retribuzione nel rapporto di lavoro*, cit., pág. 198.

ya doloso, sino simplemente arbitrario y caprichoso del empleador en lo que concierne al negocio que debe ser gestionado (32).

Y, por supuesto, que toda la protección se concreta en este aspecto en garantizarle el derecho a la comisión, en aquellos supuestos de no conclusión del negocio por indebido comportamiento del empresario-comitente.

A este problema se refiere el párrafo tercero del artículo 42 de la ley de Contrato de trabajo y lo resuelve estableciendo que «si el negocio se deshiciera por culpa probada del empresario, el trabajador podrá mantener su derecho a la comisión como si aquél se hubiera realizado». Sin detenernos a realizar un análisis exhaustivo de la problemática que plantea la mora del acreedor, no podemos por menos de traer a colación la distinción doctrinal entre *mora culpata* y *mora inculpata*, señalando que cuando aquí se habla de culpa (en el terreno laboral) no se alude a términos de responsabilidad subjetiva estricta. La distinción entre uno y otro tipo de mora del empresario en recibir los frutos de la gestión negociada viene señalada por los límites impuestos por la imposibilidad sobrevenida objetiva, en función de la cual, como dice Guezzi, debe señalarse la responsabilidad del empleador (33).

Todavía se plantea la doctrina el problema sobre la naturaleza de la retribución a percibir por el trabajador en el caso de mora del empleador. Y frente al parecer de quien, como Guezzi (34), afirma se trata de resarcimiento del daño producido o derivado de la responsabilidad del acreedor por no haber efectuado una determinada actividad (concurso al cumplimiento). Giugni, recogiendo el parecer de la doctrina germana, afirma que la compensación debida en caso de *mora accipiendi* tiene el carácter de retribución directa de la actividad desplegada por el trabajador aun sin resultado y no el de resarcimiento del daño producido por la incuria del empleador (35). Añadiendo que «si el trabajo ha sido desarrollado en todo o en parte, pero la utilidad no ha sido obtenida, debe ser retribuido; no influye sobre la naturaleza del crédito retributivo ni el comportamiento negativo del otro contratante, ni lo fortuito, y ni siquiera el incumplimiento involuntario» (36).

(32) GIUGNI: «La retribuzione a cottimo», cit., en *Riv. di Dir. Lav.*, pág. 52.

(33) *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milán, 1965, págs. 63 y 66.

(34) *La mora del creditore...*, cit., págs. 141 y sigs.

(35) *La retribuzione a cottimo*, cit., pág. 50.

(36) GIUGNI: Op. cit., pág. 60.

B) LIQUIDACIÓN Y PAGO DE LA COMISIÓN

Nacido el derecho a la comisión, esto es, producido su devengo, debe procederse al pago de la misma, para lo que constituye presupuesto básico la determinación del *quantum* mediante la liquidación pertinente.

La liquidación supone, por una parte, la determinación del porcentaje o cuota porcentuaria, que sirve de módulo de repercusión sobre unas bases ciertas, y por otra, la fijación de esas bases constituídas por lo normal por el volumen del negocio, o incluso en el caso de representante regional, por el volumen de negocios concluidos en todo el ámbito de su influencia.

Respecto de la liquidación de la comisión parece que no debe existir duda sobre que a tal problema está referido el párrafo primero del artículo 42 de la L. C. T. al establecer que «en el caso de que los trabajadores hubieran de percibir una comisión por participación en negocios en que hubiesen mediado, si no se hubiese fijado cantidad, ésta se determinará con arreglo a los usos y costumbres locales en las respectivas industrias o comercios». La enunciación de esta especie de principio general referido a la forma en que deba hacerse la liquidación no implica sino el establecer las reglas primarias a que deba atenerse: es claro que se otorga primacía a la autonomía de la voluntad de los contratantes para que puedan establecer al respecto los pactos que estimen convenientes, y remite, en defecto de los mismos, a los usos y costumbres locales y profesionales, de tanta raigambre en el ámbito mercantil como en el ámbito laboral. Y ese principio general tanto sirve para la fijación de la cuota porcentuaria que se utiliza como módulo de repercusión sobre unas bases ciertas como para la determinación de éstas, constituídas por lo general por el volumen de negocios u operaciones en que el comisionista haya mediado, o incluso, como se ha dicho, en el caso del representante regional, por el volumen de negocios concluidos, con o sin su intervención, en todo el ámbito geográfico de su influencia.

Los elementos fundamentales para la liquidación de la comisión o de las comisiones devengadas por el trabajador comisionista son, por un lado, el establecimiento de un plazo para la práctica de la misma, y por otro, la utilización de los datos y medios necesarios a tal fin como son principalmente los libros y archivo del empleador. En cuanto a lo primero, el Derecho español señala un período excesivamente largo, salvo que las partes hubiesen pactado otra cosa en contrario. Así, en el artículo 43 se señala que «si no se hubiese pactado otra cosa, la liquidación y el pago de las comisiones se hará al finalizar el año». En los ordenamientos extranjeros

se suele establecer el de un mes o el de tres meses como máximo (37). En cuanto a lo segundo, aunque el trabajador normalmente llevará una contabilidad particular, el propio artículo 43 de la L. C. T. le reconoce la posibilidad de «pedir comunicaciones de la parte de los libros referentes a tales devengos y valerse para su examen de un perito contable». Es lo que se conoce en el Derecho extranjero con el nombre de derecho al *relevè de compte*, o sea el derecho a obtener del empleador-comitente un resumen detallado referente a todos aquellos negocios de los que puede derivarse por el mismo el derecho a comisión, su liquidación y cálculo, y en él deberá incluirse, según expresa el Derecho germano, la designación o mandato exacto y el plazo en que fue encomendado y ejecutado, la clase y calidad de las mercaderías, el montante de las facturas y la designación y número de los clientes, el montante de la comisión, precisando en qué medida exacta el asunto ha sido ejecutado, si total o parcialmente, las entradas en caja en concepto de pago relativo a los pedidos anulados y a los pedidos devueltos con expresión de los motivos, etc. Evidentemente, se trata con ello de garantizar al representante frente a cualquier posible maniobra de intento de reducción del montante de las operaciones en que haya intervenido, de tal manera que aparece configurado en la propia ley de Contrato de trabajo como un auténtico derecho subjetivo del trabajador, ejercitable en vía contenciosa. Así, el párrafo segundo del artículo 43 dice que «si el empresario se negare a dar comunicaciones de los libros, bien al trabajador, bien al perito que éste designe, el trabajador podrá reclamar el cumplimiento de tal obligación ante la Magistratura de Trabajo competente». Pero esta petición en ningún caso debe constituir un abuso de derecho, porque el trabajador-comisionista no tenga motivos serios y fundados para dudar de la buena fe del empleador comitente, demostrada a lo largo de una dilatada relación profesional. El propio artículo 43, párrafo segundo, parece querer evitar tal posibilidad cuando sanciona poniendo los honorarios del perito utilizado a cargo del trabajador, en el caso de que ninguna de las dos partes del contencioso que se planteara fuere considerada temeraria; en el caso de temeridad declarada de una u otra parte, los honorarios van implícitos en la condena siguiente. En cualquier caso, el examen de libros y cuentas deberá llevarse a cabo con las prevenciones del artículo 48 de la L. P. L., o sea «sin que los libros y cuentas salgan del poder de la Empresa» y procurando causar con ello la menor distorsión posible.

(37) Vid. MAIER-MEYER: Op. cit., pág. 84, refiriéndose a la República Federal Alemana.

En cuanto al pago de las comisiones, una vez liquidadas, esto es, una vez determinado el montante de las mismas, debe ser inmediato, señalándose por algunos ordenamientos que debe efectuarse, como máximo, dentro del mes siguiente al día en que fuera establecido el saldo definitivo (38). Pero es claro que no debe olvidarse la finalidad alimenticia que la retribución del trabajo lleva implícita, por lo que, aunque no regulada expresamente, no cabe duda de que los anticipos constituyen una institución normal en este ámbito si no se entendiera que resulta de inmediata aplicación lo dispuesto por los artículos 56 y 57 de la L. C. T. respecto a la posibilidad de obtener anticipos a cuenta del trabajo realizado, sin perjuicio de lo que puede resultar a su favor al practicarse la liquidación definitiva. En el Derecho italiano, por vía de pactación colectiva, se ha llegado a establecer, para los trabajadores pagados en todo o en parte a comisión, el derecho a percibir mensualmente, a cuenta de la liquidación definitiva, cantidades que no exceden de las tres quintas partes de las comisiones que pudieran corresponderle por las facturas expedidas en el mes precedente, o al menos el mínimo garantizado para un trabajador de similar categoría.

Problema que la doctrina mercantil y laboral se ha planteado respecto de la comisión es el de si le son de aplicación los principios reguladores de los privilegios. Frente a lo que estimen, en el campo mercantil, Bolaffio, Rocco y Vivante de que «el crédito por comisión es distinto del crédito por salarios, y por tanto, no goza de la protección concedida a éste», añadiendo que no se discute su embargabilidad, y que en la quiebra del principal representante un crédito concursal no es, por ende, privilegiado, aunque concierna a negocios concluidos antes de la quiebra, pero ejecutados en el curso de ella (39), tenemos el pleno reconocimiento que de ciertos privilegios hace a la comisión el artículo 276 del Código de Comercio español (40). Pero es que con independencia del derecho de retención sobre las mercaderías o la preferencia de cobro sobre el precio de las mismas como privilegios frente al empleador que establece el Derecho mercantil no sólo para el pago de las comisiones, sino también para el reembolso de los gastos y anticipos o suplidos que el comisionista haya tenido que realizar, en-

(38) También MAIER-MEYER, cit., pág. 85.

(39) BOLAFFIO, ROCCO y VIVANTE, cit., pág. 78.

(40) El artículo 276 del Código de Comercio español establece que «los efectos que se remitieren en consignación se entenderán especialmente obligados al pago de los derechos de comisión, anticipaciones y gastos que el comisionista hubiera hecho por cuenta de su valor y producto».

tendemos, con el Code du Travail francés (41), que al salario a comisión son de aplicar todos los privilegios que corresponden a los salarios normales, tanto frente al empleador como frente a los acreedores del empleador, en los procedimientos concursales a que debiera concurrir el trabajador, de acuerdo con lo establecido en el artículo 59 de la L. C. T. (42). Y si son de reconocer a las comisiones tales privilegios frente al empleador y los acreedores de éste, no cabe duda de que consideradas como retribuciones de servicios laborales, esto es, como salarios normales, teniendo en cuenta, además, la finalidad alimenticia de las mismas, alcanzan también a las mismas los privilegios de los límites inembargables, según las escalas establecidas por el artículo 1.451 de la ley de Enjuiciamiento civil, frente a los acreedores del propio trabajador (43).

JOSÉ CABRERA BAZÁN

(41) Vid. LYON-CAEN: *Les Salaires*, cit., págs. 169 y sigs.

(42) En el artículo 59 de la ley de Contrato de trabajo se contienen las reglas del juego de los privilegios respecto de los salarios, en los procedimientos concursales o de quiebra, según se trate de objetos elaborados por los trabajadores, o sobre inmuebles a los que se incorpore el trabajo de aquellos, así como respecto de bienes gravados con hipotecas o pignorados.

(43) El artículo 1.451 de la ley de Enjuiciamiento civil establece reglas sumamente complicadas, que se quedan anticuadas con gran facilidad.

