

Naturaleza y régimen de establecimiento y modificación de las propinas.

Joaquín García Murcia

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid

Resumen: *Las propinas forman parte de las condiciones de trabajo, de modo que para su supresión o la modificación de su régimen el empresario debe seguir el procedimiento de modificación sustancial del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores.*

Palabras clave: *Propinas. Salario. Modificación sustancial de condiciones de trabajo.*

Abstract: *Tips are not always wages in the strict sense, but they should be considered as working conditions, so that the employer who intends to eliminate or modify them must follow the substantial modification procedure of article 41 of the Workers' Statute.*

Keywords: *Tips. Salary. Substantial modification of working conditions.*

I. Introducción

A diferencia de otros sistemas (y, particularmente, de buena parte de los existentes en el continente americano), en el ordenamiento español las propinas no forman parte como regla general del régimen jurídico del salario. Es verdad que en algunos ámbitos de actividad (como la hostelería o determinadas empresas de ocio y entretenimiento) cuentan con un respaldo más directo y explícito –y no siempre a los mismos efectos– dentro de la correspondiente regulación sectorial, pero tal situación es más bien una excepción dentro de la pauta general de nuestra ordenación jurídica del trabajo asalariado. Al carecer de sustento expreso dentro de las normas legales, su existencia y su devenir dependen a la postre de lo que se acostumbre en cada empresa o en cada ámbito de trabajo. Nada impide, por otra parte, que el empresario disponga alguna directriz sobre ellas al amparo de sus poderes de organización y dirección del trabajo, o que a través de la negociación colectiva, institucionalizada o informal, se establezca alguna clase de orden acerca de su devengo, de su reparto o de cuantos otros aspectos pudieran ser de interés para las partes del contrato de trabajo. Por todo ello, no es fácil calibrar de manera anticipada lo que la propina pueda dar de sí desde la perspectiva del desenvolvimiento de las relaciones de trabajo, ni tampoco parece sencillo anticipar la clase de litigios que pueden suscitarse sobre ella. La sentencia TS 635/2021, de 17 de junio, que aquí es objeto de comentario, es ante todo una muestra de que también sobre esa práctica pueden generarse conflictos laborales, y constituye además una buena guía para hacerse cargo de los problemas que en este singular paraje de las relaciones de trabajo pudieran suscitarse. Aunque, como era de prever, no aborda todas las cuestiones que en pura hipótesis podrían brotar de la percepción de propinas a cargo de los clientes de la empresa, también es cierto que aporta criterios de indudable trascendencia acerca de una institución que nos resulta tan familiar en su experiencia como tan desconocida desde el punto de vista técnico.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Sala Cuarta del Tribunal Supremo.

Número y fecha de la resolución judicial: sentencia núm. 635/2021, de 17 de junio.

Tipo y número de recurso: Recurso de casación núm. 180/2019.

ECLI: ES:TS: 2021:2679

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro.

Votos Particulares: Excmo. Sr. D. Ángel Blasco Pellicer.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El problema que aborda y resuelve la sentencia TS 635/2021 se refiere a los poderes del empresario en relación con las propinas y, más concretamente, a las eventuales facultades empresariales de decidir en un momento determinado la supresión de las que hasta una determinada fecha vinieran percibiendo los trabajadores. El asunto llegó a los tribunales en este caso a través del proceso de conflicto colectivo, que fue promovido por los sindicatos Comisiones Obreras y Unión General de Trabajadores y que contó con los siguientes antecedentes y las siguientes vicisitudes:

--el conflicto afectaba a la empresa *Serunión, S.A.*, que en virtud de la contrata correspondiente gestionaba el servicio de cafetería de diversos hospitales asturianos (Hospital Universitario Central de Asturias, Hospital Monte Naranco, Centro Médico de Asturias, Hospital de Cabueñes y Residencia de Infiesto del organismo autónomo Establecimientos Residenciales de Ancianos de Asturias, conocido como ERA).

--el conflicto afectaba a unos 110 trabajadores, en un ámbito en el que las relaciones laborales se regían por el convenio colectivo de carácter estatal del sector laboral de "restauración colectiva".

--durante los meses de septiembre y octubre de 2018 la empresa llevó a cabo una auditoría interna en la que el principal problema detectado se refería a la gestión del efectivo, respecto de la que se advirtió descontrol de la trazabilidad del efectivo en el centro de trabajo, falta de identificación de los cajeros en el uso de la terminal punto de venta (TPV), apertura permanente de los cajones de dicha terminal y existencia de metálico fuera del cajón o de la correspondiente máquina *cashDro*.

--como consecuencia de lo anterior, la empresa inició un plan de actuación con la recomendación de establecer controles de diverso tipo para reducir el riesgo de fraude y aumentar el nivel de trazabilidad de los flujos financieros, tratando de que las operaciones referentes al efectivo se monitorizaran para detectar actividades inusuales e identificar una posible malversación de activos.

--con fecha de 5 de noviembre de 2018 la dirección de la empresa remitió a la Directora Regional de *Serunión Sanidad Norte* y a otros trabajadores un correo electrónico para mejorar los procedimientos y sistemas asociados a la gestión de efectivo, a fin de alcanzar "el objetivo de rigor y control que nos hemos marcado como compañía", con la indicación de determinadas prácticas que habían de seguirse y respetarse en los centros de trabajo en los que se gestionara efectivo y con precisión de lo que había que hacer y de lo que no había que hacer.

--en el mes de noviembre de 2018 la empresa elaboró unas "instrucciones y normas básicas de caja" con indicaciones sobre la forma de realizar el trabajo con las cajas registradoras/TPV/CashDro.

--el sindicato Comisiones Obreras recomendó a los trabajadores no firmar las instrucciones elaboradas por la empresa, si bien en los tickets de caja de la empleadora empezó a figurar la expresión "no se admiten propinas".

--el día 14 de noviembre de 2018 una empleada remitió a la dirección de la empresa un correo electrónico en el que indicaba que "se está generando sensibilidad en los clientes de cafeterías de Asturias ante la prohibición de propinas (política de compañía)", con la solicitud de que la dirección informara a los clientes de la no aceptación de propinas.

--la empresa elaboró un cartel en el que se decía que "nuestra mejor recompensa es que usted vuelva a visitarnos por eso no aceptamos propina", pero el día 30 de enero de 2019 algunos trabajadores de la cafetería del Centro Médico de Oviedo solicitaron a la empresa dejar sin efecto la prohibición de aceptar propinas.

--en otros lugares del territorio nacional en los que la empresa ha operado de la misma manera respecto a las propinas no hubo quejas por parte del personal afectado.

--el importe anual que recibía cada trabajador por las propinas ascendía a unos 90 ó 100 euros, dinero que se repartía solamente entre los trabajadores fijos, con exclusión de los temporales.

--el día 5 de abril de 2019 se celebró una reunión del comité de empresa de cafeterías del hospital HUCA, en el que se acordó "enfocar el asunto de las propinas como conflicto colectivo, lo que fue comunicado a la empresa el mismo día".

--con fecha 3 de junio de 2019 la empresa demandada y la Asociación Española contra el Cáncer suscribieron un convenio de colaboración con objeto de recaudar fondos mediante la cesión por parte de esa Asociación de huchas y folletos informativos para su distribución en los 196 establecimientos de hostelería que regentaba la empresa a lo largo del territorio español.

--el día 2 de mayo de 2019 se promovió por la parte sindical acto de mediación ante el servicio SASEC, que concluyó sin avenencia.

--posteriormente fue presentada demanda de conflicto colectivo por los sindicatos Comisiones Obreras de Asturias y Unión General de Trabajadores. En esencia, sostenían que la empresa se había subrogado en contratos muy antiguas en las que el personal siempre había podido percibir propinas, que esa condición constituía un derecho (como condición más beneficiosa o como costumbre profesional), y que la empresa lo había eliminado sin seguir los trámites previstos para la modificación sustancial de condiciones de trabajo, con la pretensión de que se declarara "la nulidad de la decisión adoptada por la mercantil demandada, de suprimir las propinas en los centros de trabajo indicados, y reconozca el derecho de los trabajadores afectados a continuar recibiendo de los clientes usuarios, si así lo desean, las propinas que hasta ahora venían percibiendo, en los mismos términos y formas".

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 29 de julio de 2019, impugnada después ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, desestimó la demanda y absolvió a la parte demandada de las pretensiones deducidas en su contra. Según los términos de la sentencia de casación que ahora se comenta, su decisión se apoyaba en las siguientes líneas argumentales:

--las propinas poseen naturaleza extrasalarial y dependen de la decisión de los clientes, luego la empresa no puede generar una condición más beneficiosa puesto que es algo ajeno a ella.

--no puede contractualizarse el derecho a la propina pues su efectividad escapa a la voluntad de las partes del contrato de trabajo.

--el uso social de abonar la propina es algo bien diverso a una costumbre profesional; en la propina no existe la obligatoriedad inherente de los usos o costumbres profesionales.

--estamos ante una donación del cliente, con independencia de que en el sector de los casinos de juego una parte de las propinas posea naturaleza salarial.

--al no integrarse entre las condiciones de trabajo, la propina permanece ajena al contrato de esa clase y la decisión empresarial combatida resulta válida.

Tras esos razonamientos, la sentencia de instancia concluyó que "la propina no tiene carácter salarial ni se integra en ninguna de las demás materias contempladas en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, por lo que no requiere por parte del empresario cumplir los requisitos contemplados para la modificación sustancial de condiciones de trabajo, singularmente la negociación previa con los representantes de los trabajadores", con la precisión de que "tampoco puede ser considerada una condición de trabajo más beneficiosa ni una costumbre laboral pues no depende del empresario sino de la libre voluntad del cliente".

IV. Posiciones de las partes

Contra la referida resolución de instancia se preparó recurso de casación ante el TS en nombre del sindicato CCOO con un único fundamento amparo en el artículo 207.e) LRJS, por infracción del artículo 41 ET en relación con el artículo 138.7 LRJS. La parte recurrente consideraba que estaba en juego una condición de trabajo y que su supresión unilateral por la empresa estaba abocada a la nulidad, y reclamaba el derecho a poder cobrar propinas a cargo de los usuarios del servicio. Para los promotores del recurso, la posibilidad de percibir propinas constituía una condición de trabajo por la costumbre existente en el sector de la hostelería.

La parte empresarial, en su escrito de impugnación del recurso, subrayó el acierto de los argumentos acogidos en la sentencia recurrida, insistiendo en el carácter extrasalarial de la propina por depender de terceras personas y en la imposibilidad de integrarla en la relación laboral como condición más beneficiosa. Al estar ante una mera donación de los clientes, no se está ante una costumbre profesional ni se genera derecho laboral alguno frente a la empresa, por lo que son las normas civiles sobre donación las aplicables al caso.

El Ministerio Fiscal emitió informe favorable a la estimación del recurso en el que se concluye que "la decisión empresarial de impedir o prohibir las propinas es una modificación sustancial de las condiciones de trabajo en el ramo de hostelería / restauración que, como tal, debió seguir el procedimiento legalmente previsto para su modificación."

La sentencia TS objeto de comentario precisa lo siguiente acerca del objeto y contenido del recurso:

--quedan al margen del mismo las excepciones procesales desplegadas en la instancia (falta de acción, caducidad), una vez que fueron desestimadas por la Sala de instancia y no fueron reproducidas por la parte recurrente, siendo así que tampoco resultaba apreciable "defecto de tal índole que debamos apreciar de oficio".

--la eventual modificación de su pretensión por los recurrentes en el trámite de conclusiones durante el juicio de instancia, aludida por la sentencia impugnada y matizada por los propios recurrentes, sólo podía ser abordada en casación "de manera indirecta, esto es, al resolver sobre el fondo del asunto y ateniéndonos a los términos en que se ha suscitado el conflicto colectivo", habida cuenta que no se articuló en el recurso "un específico motivo de recurso para esa cuestión".

--"por más que la sentencia recurrida dedique muy detallada atención a la naturaleza jurídica de la propina, al igual que sucede con los otros escritos

presentados posteriormente por las partes, interesa recalcar que ahora no se debate eso, sino la regularidad de una decisión empresarial que elimina la posibilidad de percibirla”.

V. Normativa aplicable al caso

Artículo 26.1 ET: “Se considerará salario la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los periodos de descanso computables como de trabajo.”

Artículo 26.2 ET; “No tendrán la consideración de salario las cantidades percibidas por el trabajador en concepto de indemnizaciones o suplidos por los gastos realizados como consecuencia de su actividad laboral, las prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social y las indemnizaciones correspondientes a traslados, suspensiones o despidos.”

Artículo 41.1: “La dirección de la empresa podrá acordar modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo cuando existan probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción. Se considerarán tales las que estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa.

Tendrán la consideración de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, entre otras, las que afecten a las siguientes materias:

- a) Jornada de trabajo.
- b) Horario y distribución del tiempo de trabajo.
- c) Régimen de trabajo a turnos.
- d) Sistema de remuneración y cuantía salarial.
- e) Sistema de trabajo y rendimiento.
- f) Funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39.”

Artículo 41.2 ET: “Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo podrán afectar a las condiciones reconocidas a los trabajadores en el contrato de trabajo, en acuerdos o pactos colectivos o disfrutadas por estos en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos.”

Artículo 41.4 ET: “Sin perjuicio de los procedimientos específicos que puedan establecerse en la negociación colectiva, la decisión de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo deberá ir precedida de un periodo de consultas con los representantes legales de los trabajadores, de duración no superior a quince días, que versará sobre las causas motivadoras de la decisión empresarial y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados. La consulta se llevará a cabo en una única comisión negociadora, si bien, de existir varios centros de trabajo, quedará circunscrita a los centros afectados por el procedimiento. La comisión negociadora estará integrada por un máximo de trece miembros en representación de cada una de las partes.”

Artículo 6 Convenio OIT núm.172 sobre condiciones de trabajo en hoteles y restaurantes: “1. El término propina significa el dinero que el cliente da voluntariamente al trabajador, además del que debe pagar por los servicios recibidos. 2. Independientemente de las propinas, los trabajadores interesados deberán recibir una remuneración básica que será abonada con regularidad.”

VI. Doctrina básica

La doctrina básica de la sentencia objeto de comentario puede condensarse en las siguientes afirmaciones: 1) ni su carácter extrasalarial ni su naturaleza de liberalidad dependiente de la voluntad de terceras personas impiden que la posibilidad de recibir propinas se considere como una verdadera condición de trabajo; 2) la empresa puede acordar válidamente la prohibición de que su plantilla sea gratificada por la clientela, por así derivar de su poder de organización y dirección (arts.1.1 y 20.1 ET); 3) ahora bien, cuando esa posibilidad de ganancia económica y recompensa moral preexiste ha de seguir el procedimiento fijado al efecto por el artículo 41 ET, por estar ante una condición de trabajo cuya eliminación posee relevancia desde diversas perspectivas; y 4) la eliminación por parte de la empresa de la ocasión de ganancia a través de propinas constituye en efecto “un cambio relevante, no tanto en su dimensión económica (siempre incierta) sino en aspectos atinentes al clima de trabajo y a la existencia de estímulos o recompensas honoríficas”, de todo lo cual deriva el derecho de los trabajadores afectados “a continuar recibiendo propinas por parte de la clientela, sin excluir a quienes están laboralmente vinculados mediante relaciones de duración determinada”.

VII. Parte dispositiva

“Tiene razón el recurso cuando postula que la condición laboral existe, pero entendida como tolerancia empresarial a que la clientela abone las propinas...Al no haberse ajustado la decisión empresarial a las exigencias del artículo 41 ET, su decisión carece de validez. Así se desprende del artículo 138.7 LRJS, conforme al cual "se declarará nula la decisión adoptada en fraude de Ley, eludiendo las normas relativas al periodo de consultas establecido en los artículos 40.2, 41.4 y 47 del Estatuto de los Trabajadores”.

“Por las razones que hemos ido exponiendo, vamos a estimar la pretensión en los términos que el segundo inciso del *petitum* posee (derecho a seguir percibiendo las propinas), sin que podamos asumir en nuestro fallo la íntegra conservación de "los mismos términos y formas" que los precedentes; y es que queda constancia de que se viene dando un diverso trato en función de la duración contractual, regla opuesta a diversas normas de la UE y nacionales (comenzando por la muy clara del artículo 15.6 ET).”

“Esta Sala ha decidido: Estimar el recurso de casación...Casar y anular la sentencia...Estimar parcialmente la demanda de referencia y declarar la nulidad de la decisión adoptada por la empresa sobre percepción de propinas y declarar el derecho de las personas afectadas por el conflicto colectivo a continuar recibiendo propinas por parte de la clientela, sin excluir a quienes están laboralmente vinculados mediante relaciones de duración determinada.”

VIII. Pasajes decisivos

Sobre el concepto de modificación sustancial de condiciones de trabajo: “...Por modificación sustancial de las condiciones de trabajo hay que entender aquéllas de tal naturaleza que alteren y transformen los aspectos fundamentales de la relación laboral, entre ellas, las previstas en la lista "ad exemplum" del art. 41.2 pasando a ser otras distintas, de un modo notorio, mientras que cuando se trata de simples modificaciones accidentales, éstas no tienen dicha condición siendo manifestaciones del poder de dirección y del "ius variandi" empresarial. Ha de valorarse la importancia cualitativa de la modificación impuesta, su alcance temporal y las eventuales compensaciones pactadas, pues de tales circunstancias dependerá que la intensidad del sacrificio que se impone al trabajador, haya de ser calificado como sustancial o accidental, lo que conlleva que, en cada caso habrá que analizar las circunstancias concurrentes.”

Sobre el carácter sustancial de una determinada modificación: “...Para calificar la sustancialidad de una concreta modificación habrá de ponderarse no solamente la materia sobre la que incida, sino también sus características, y ello desde la triple

perspectiva de su importancia cualitativa, de su alcance temporal e incluso de las eventuales compensaciones...Modificaciones sustanciales son aquellas de tal naturaleza que alteran y transforman los aspectos fundamentales de la relación laboral, en términos tales que pasan a ser otros de modo notorio.

Sobre el derecho del trabajador a la rescisión del contrato de trabajo: "...nadie puede ser obligado a trabajar de forma distinta a la pactada en el contrato...La acción resolutoria que se les reconoce, trata de paliar los efectos derivados de una alteración contractual que sobrepasa unos límites objetivos, evitando a su vez que las decisiones unilaterales de la empresa se fundamenten en valoraciones subjetivas...Para que proceda la rescisión indemnizada del contrato debe acreditarse la existencia de un perjuicio, prueba cuya carga incumbe a quien lo sufre por ser el elemento constitutivo de su pretensión y por ser la parte que mejor conoce el daño y puede probarlo...Es imposible presumir la existencia del perjuicio, al no existir ninguna disposición legal que lo permita,,Cuando se trata de una rebaja retributiva (supuesto prototípico de MSCT en la materia) la existencia de perjuicio resulta difícil de negar. Lo que ha hecho nuestra doctrina, a la que debemos dar aplicación por las razones expuestas, es identificar esas desfavorables consecuencias (desde la perspectiva del artículo 41.3) con las de cierta envidia."

Sobre la caracterización de la propina: "...Salvo en el especial caso de los Casinos, las propinas son ajenas al salario garantizado y poseen naturaleza extra salarial. Estamos ante una liberalidad, de manera que la clientela decide si las abona o no. La lista de condiciones de trabajo contempladas por el artículo 41 ET es meramente ejemplificativa, de modo que aspectos del contrato de trabajo diversos del salario pueden integrarse en ese concepto. La percepción de propinas no puede esgrimirse como un derecho frente a la clientela, habida cuenta de su carácter voluntario. En cuanto exceden de la retribución garantizada por la empresa, carecen de la consideración de salario al no constituir una contraprestación debida por la empresa en atención al trabajo, sino un ingreso que se produce por la liberalidad de un tercero. En suma, las propinas se excluyen del concepto de salario, al ser percibidas por el trabajador con ocasión de su trabajo, por no proceder del ingreso del patrimonio empresarial sino de un tercero. Por consiguiente, el paso último para la resolución del litigio ha de venir dado por el examen de las condiciones en que vienen percibiendo propinas las personas afectadas por el conflicto. Debemos despejar dos interrogantes sucesivos: si estamos ante una condición de trabajo y si la decisión adoptada por Serunión de impedir las equivale a una MSCT."

Sobre la posibilidad de percibir propinas: "...Queda advertido que hemos de salir al paso del desenfoco en que incurre la sentencia recurrida, certeramente denunciado por los sindicatos que la combaten. El debate planteado en el conflicto colectivo no puede desplazarse hacia el de la naturaleza jurídica de la propina, sea desde la óptica de quienes la abonan (liberalidad, donación), sea de quienes la perciben (extrasalarial). Es palmario que quienes acuden a los establecimientos que gestiona *Serunión* no pueden ser compelidos al abono de una propina so pretexto de que nos encontramos ante una costumbre, del mismo modo que la empresa tampoco ha generado el derecho (condición más beneficiosa) a que la clientela la satisfaga obligatoriamente. Lo que está en discusión es si la condición de trabajo consistente en poder percibir propinas puede ser unilateralmente abolida por la empresa, sin someterse al régimen de las modificaciones sustanciales de trabajo.

Sobre la existencia del derecho a percibir propinas: "...La empresa demandada, al igual que sus predecesoras, ha venido permitiendo la ocasión de ganancia que para quienes prestan servicios representa el percibo de propinas. Es tras conocer los resultados de su propia auditoría, la empleadora toma las decisiones que propician el litigio. Pues bien, digamos ya que esa posibilidad de obtener unos ingresos adicionales a los salariales, no satisfechos por la empresa, de cuantía, e incluso existencia, incierta, constituye una clara ventaja o condición de empleo y que ha venido incorporada al acervo patrimonial de los empleados. La existencia del derecho a percibir propinas como parte integrante del contrato de trabajo, que es algo bien

diverso a su consideración salarial, aparece contemplada en numerosos supuestos... Que la percepción de propinas (la posibilidad de ello, más exactamente) constituye una condición relacionada con la actividad laboral no parece discutible. Las conductas relacionadas con su administración pueden generar medidas empresariales (despido inclusive); la empresa, ejerciendo sus poderes directivos, tiene en su mano la posibilidad de permitir su disfrute o de vedarlo; los convenios colectivos han podido adoptar decisiones sobre su distribución.”

Sobre la propina como condición de trabajo: “...Siendo abierto el listado del artículo 41.1 ET, ni el carácter extrasalarial de la propina ni su dependencia de la voluntad de terceras personas impiden que la posibilidad de recibir esas liberalidades de la clientela se considere como una verdadera condición de trabajo. En ese sentido se manifiesta el Informe del Ministerio Fiscal cuando reflexiona que cualquier trabajador de estos ramos piensa en las propinas como un cierto complemento y que en caso de excluirse contractualmente intentaría negociar una compensación. El carácter laboral de la decisión empresarial queda en evidencia cuando analizamos la propia forma en que Serunión adopta y traslada su decisión o los argumentos que despliega para sostener su validez. Este carácter laboral del derecho a percibir propinas nada tiene que ver con su naturaleza, con su eventual tributación o con los problemas que suscita el que se excluya de su disfrute a quienes carecen de fijeza.”

Sobre el alcance del poder empresarial en relación con la propina: “...Ciertamente el empleador es quien posee, en principio, la facultad de ordenar los medios materiales y humanos para que se desarrolle la actividad productiva dentro de su ámbito de organización y dirección (art.1.1 ET). Por tanto, cabe que imponga determinadas pautas de conducta en su entorno productivo, como es la prohibición de percibir liberalidades de terceros. Al poder directivo de la empresa corresponde, salvo previsión convencional, la posibilidad de permitir o vedar esa práctica pero ello no altera en modo alguno su naturaleza jurídica.”

Sobre la decisión sobrevenida de impedir las propinas: “...Aquí no estamos ante prestaciones abonadas por la empresa y son inaplicables las reflexiones sobre rebaja retributiva acordada por la misma. Aquí no se está discutiendo el derecho a extinguir el contrato al amparo de una MSCT especialmente perjudicial, sino la validez de la eliminación de una condición laboral. En pro del mantenimiento de las condiciones de trabajo, salvo que se alteren por las vías legalmente previstas, juega también el que estemos ante supuesto en el que ha habido subrogaciones empresariales que han admitido la posibilidad de percibir las propinas. El importe de la propina, así como su propia existencia, es del todo incierto pues depende de la libre voluntad de terceros; no cabe cifrar su valor económico por lo que haya sucedido en el pasado. La finalidad de la propina no es solo económica, sino que también gratifica moralmente, al comportar un reconocimiento o satisfacción de la clientela. La vinculación entre los desórdenes contables detectados por la auditoría y la prohibición de percibir propinas comporta también cierta conexión entre ambos conceptos, que perjudica el honor de quienes trabajan.”

IX. Comentario

Desde una perspectiva general, la sentencia del TS objeto de comentario contiene elementos satisfactorios para las dos partes de la relación de trabajo. Es evidente que el hecho de catalogar la propina como condición de trabajo y unirla a las de carácter sustancial supone una protección indudable para las expectativas y aspiraciones de los trabajadores, en cuanto limita las posibilidades del empresario de decidir o introducir cambios sobre esta materia. Pero también debe tenerse en cuenta que esa restricción de las facultades empresariales opera en el caso de que la recepción de propinas a cargo de los clientes hubiese sido aceptada o practicada con anterioridad, mientras que se deja en manos del poder empresarial la decisión de admitir o rechazar ese tipo de prácticas al poner en marcha el correspondiente negocio. Lo cual, dicho sea de paso, significa a la postre que las decisiones organizativas de carácter inicial (sistema de trabajo, tipo de jornada, régimen salarial, etc.) forman parte del poder

empresarial, sin perjuicio, en su caso, de lo que se pudiera derivar de las normas legales o convencionales de aplicación a la empresa.

Esa perspectiva de análisis –la de los intereses concurrentes– quizá sea la más provechosa, precisamente, para comprender y valorar la resolución adoptada por el TS en esta ocasión. En el fondo del asunto radicaba, como sabemos, la cuestión relativa a la ubicación de las propinas en el contexto de la relación de trabajo y, más en particular, a su consideración o no como condición de trabajo de carácter sustancial. Bien mirado, cuesta trabajo aceptar que la propina constituya un ingrediente sustancial en el contexto de la relación de trabajo, no sólo por su dimensión cuantitativa, sino también por su carácter incierto e imprevisible, dependiente a la postre de la “liberalidad” de un tercero. La sentencia objeto de comentario da muchos y buenos argumentos para avalar su decisión de integrarla en el catálogo de materias afectadas por el procedimiento del artículo 41 ET, pero, como apunta el voto particular, la modificación en el régimen de propinas no parece que suponga una transformación de aspectos fundamentales de la relación laboral, que es muy probablemente lo que está en la base de dicho precepto legal. Utilizando alguna palabra de la propia sentencia, acaso haga falta algo más de envidia para que el cambio afecte a la estructura contractual.

Apurando un poco más esa misma línea de razonamiento, tampoco es seguro que la propina pertenezca estrictamente al acervo de condiciones de trabajo. Con esa expresión las normas suelen referirse tanto a los términos de ajuste del típico intercambio de trabajo por salario (cuánto trabajo y cuánto salario en esencia), como a las condiciones de determinación y ejecución del trabajo (clase de trabajo, régimen de jornada y de descansos, régimen de devengo y cobro del salario o medio ambiente de trabajo, por aludir a los aspectos fundamentales). La propina parece situarse más bien en una esfera exterior a la relación laboral, en la que los puntos de referencia son la relación de la empresa con la clientela y la relación del trabajador con el cliente, fuera por lo tanto del ámbito de la relación laboral. Es verdad que la propina tiene que ver con el trabajo, en parte porque se desenvuelve en el ámbito de la prestación de servicios y en parte porque viene condicionada, en buena lógica, por la calidad del servicio prestado. Pero, dejando a salvo la posibilidad de que se hubiera pactado algo al respecto (mediante acuerdo individual o a través de convenio colectivo), falta una vía clara de comunicación por la que la propina pudiera insertarse en la estructura del contrato de trabajo y generar la clase de compromisos que a fin de cuentas conforman las condiciones de trabajo.

Lo que sí parece indudable es que la propina puede ser de interés tanto para los trabajadores como para la propia empresa. Es obvio que las propinas pueden engrosar los ingresos del trabajador, y que su ausencia supone una especie de pérdida o menoscabo. Y es cierto asimismo que la posibilidad de dar o no propinas afecta a la organización empresarial, no ya, o no sólo, por su relación comercial con los clientes –como apuntaba el referido voto particular–, sino también porque la gestión de lo recaudado en concepto de propinas puede requerir del empresario un cuidado especial en el capítulo de los recursos humanos, como por lo demás pudo advertirse en este caso concreto. Todo ello quiere decir, como habrá intuido el lector, que la “política de propinas” diseñada por la empresa no puede planificarse o desarrollarse a espaldas de los trabajadores, en tanto que les afecta de manera ineludible. Pero también significa que el cauce apropiado para conjugar en estos casos los intereses concurrentes (de empresa y trabajadores) no puede ser el de tratamiento de las condiciones de trabajo, sino, sencillamente, el de representación y participación en la empresa, que materialmente es más amplio y procedimentalmente más flexible. En tanto que se trata de una cuestión que afecta o puede afectar a los trabajadores, parece razonable, por decirlo de manera más directa, que los representantes de los trabajadores sean informados y consultados sobre el particular, pero en los términos generales del artículo 64 ET.

X. Apunte final

Es evidente que la solución al conflicto planteado desde el lado de los trabajadores a propósito de la supresión de las propinas podía discurrir por distintas líneas interpretativas. Pero no puede negarse el esfuerzo de la sentencia objeto de comentario por revisar a fondo y sistematizar de manera comprensible el acervo de jurisprudencia existente acerca de los tres grandes temas que afloraban en el litigio: la naturaleza jurídica de ese singular capítulo de ingresos de los trabajadores, la noción de condición de sustancial de trabajo, y la fundamentación dogmática de las acciones de rescisión concedidas a los afectados por el artículo 41 ET. En verdad, es una buena guía para hacerse cargo de forma cabal del estado de la cuestión en cada uno de esos potenciales escenarios de controversia doctrinal y de confrontación de intereses.