

MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE LAS PROPINAS AL AMPARO DEL ARTÍCULO 41 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES¹

SUBSTANTIAL MODIFICATION OF TIPS UNDER ARTICLE 41 OF THE WORKERS' STATUTE

Alejandro Zalvide Bassadone
Universidad de Huelva
ORCID: 0000-0001-5261-9057
alejandro.zalvide@dam.uhu.es

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. ANTECEDENTES DE HECHO. 3. ANÁLISIS JURÍDICO. 3.1. Naturaleza jurídica de la propina. 3.1.1. *El carácter de liberalidad*. 3.1.2. *La propina en la hostelería*. 3.1.3. *Naturaleza extrasalarial*. 3.2. El derecho a percibir propina como condición de trabajo. 3.3. El carácter de modificación sustancial. 4. VOTO PARTICULAR. 5. COMENTARIO FINAL. 6. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

La sentencia del Tribunal Supremo 635/2021, de 17 de junio (ECLI: ES: TS: 2021: 2679), objeto de análisis, resuelve el caso de una empresa que gestiona distintas cafeterías en el ámbito hospitalario y que tras funcionar durante varios años permitiendo que sus trabajadores obtuviesen propinas de sus clientes, deniega unilateralmente tal posibilidad. Justifica la empresa esta decisión tras someterse a una auditoría interna, que pone de manifiesto la difícil trazabilidad del efectivo en el centro de trabajo, con

1. El presente trabajo se inserta en el ámbito del Proyecto I+D+i del MCIU, referencia: RTI2018-096674-B-C21, titulado: “el salario en el contexto de la globalización, las nuevas formas de organización empresarial y la economía digital”.

dinero fuera de caja, entendiendo como parte de este problema la existencia de botes destinados a propina.

Los aspectos fundamentales del asunto se basan en el análisis de una serie de características que rodean a la propina en el marco laboral, muy especialmente en relación a su naturaleza jurídica, a su configuración como condición de trabajo y a su consideración en el ámbito de las modificaciones sustanciales. Se llega a una doble conclusión, que pone de manifiesto el especial interés de la sentencia, por un lado, en cuanto al reconocimiento que se le otorga al empresario como parte del poder de organización y dirección que le es inherente, para decidir si los trabajadores pueden o no percibir propinas de los clientes, una cuestión que pone de manifiesto este carácter como una condición de trabajo más. Si bien, esta circunstancia ha de ponerse en relación con la otra de las conclusiones, ya que esta posibilidad se reconoce bajo dicha potestad tan solo *ab initio* de la actividad, toda vez que una vez admitida, aunque sea de forma tácita, no puede ser impedida de forma unilateral esa oportunidad de obtener propina, sino que ha de tramitarse bajo el procedimiento fijado para las modificaciones sustanciales previsto en el artículo 41 ET.

Asimismo, hay que destacar la existencia de un voto particular, que sin duda enriquece el debate jurídico de las cuestiones tratadas en la sentencia, focalizando la discrepancia en la configuración que se hace al respecto sobre la decisión empresarial adoptada y su singular consideración como modificación sustancial.

2. ANTECEDENTES DE HECHO

Se declaran como hechos probados a modo de resumen y en carácter de clave, los siguientes: la empresa gestiona en virtud de la contrata correspondiente distintas cafeterías en el ámbito hospitalario y como consecuencia de una auditoria interna se detecta un problema de trazabilidad del efectivo en el centro de trabajo, con dinero fuera de caja, entendiendo como parte de ese problema la existencia de botes destinados a propina. La dirección de la empresa remite al Director Regional, junto con otros trabajadores y trabajadoras un correo electrónico sobre la gestión de efectivo como mejora del procedimiento, entre las que destaca como una de las prácticas propuestas al efecto, el no permitir el uso de “botes” en los centros, siendo a partir de entonces cuando en los tickets de caja figura la expresión “no se admiten propinas”. El importe anual que recibe cada trabajador o trabajadora por las propinas es de unos 90 o 100 euros aproximadamente, dinero que se reparte solamente entre los trabajadores fijos, pero no entre los temporales.

Se interpone demanda de conflicto colectivo por parte de los sindicatos CC.OO. y UGT contra la titular mercantil Serunión S.A., solicitando que se declare la nulidad de la decisión empresarial de suprimir las propinas en los centros de trabajo y

reconozca el derecho de los trabajadores afectados a continuar percibiéndolas en los mismos términos y formas. Con fecha 29 de julio de 2019 la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, dicta sentencia desestimando la demanda, que es posteriormente recurrida ante el Tribunal Supremo, estableciendo como conclusión 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. 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”.

3. ANÁLISIS JURÍDICO

La cuestión principal se centra en revelar si una empresa de hostelería puede disponer, de manera discrecional, sobre la entrega de propinas en sus centros de trabajo. Este objetivo se basa fundamentalmente en el análisis de tres cuestiones esenciales: la naturaleza jurídica de la propina, el derecho a percibir propina como condición de trabajo y el carácter de modificación sustancial.

3.1. Naturaleza jurídica de la propina

El punto de partida, a la vez que determinante, para poder interpretar la naturaleza salarial o no de la propina, es analizar la consideración que sobre la misma hace la sentencia del Supremo, en la que entiende como tal, “la donación que, voluntariamente, la clientela puede realizar en favor de quienes le han atendido”. A este respecto, parece conveniente ampliar en algo dicha consideración, recurriendo para ello al Convenio de la OIT sobre condiciones de trabajo en los hoteles, restaurantes y establecimientos similares² (sobre el cual se volverá más adelante), que en su artículo 6.1, establece: “El término propina significa el dinero que el cliente da voluntariamente al trabajador, además del que debe pagar por los servicios recibidos”.

3.1.1. *El carácter de liberalidad*

En primer lugar y siguiendo el orden que establece la sentencia a este respecto, interesa resaltar, el carácter de voluntariedad o “liberalidad” según el acervo jurisprudencial

2. C172-Convenio sobre las condiciones de trabajo (hoteles y restaurantes), 1991 (núm. 172).

español y que pone de manifiesto el hecho de proceder de la discrecionalidad de un tercero, un aspecto en cualquier caso relevante y coincidente en las definiciones manejadas. Ahondando aún más en esta apreciación y en el comportamiento social más extendido, el trasfondo de la dadiva proviene del reconocimiento por el buen trato o servicio recibido, quedando en cualquier caso a decisión del cliente tanto la entrega en sí como el montante de la misma.

Esta apreciación, aunque mayoritaria, no siempre ha sido compartida en los distintos ámbitos de actividad en los que suele aparecer, como ocurre, por ejemplo, en el de los cruceros turísticos, que se materializa a modo de imposición y no fruto de la voluntariedad del pasajero. En otros casos, va a depender del lugar o país en el que nos encontremos, donde en algunos casos su abono se establece con carácter obligatorio como recargo por servicio, y sin embargo en otros ocurre justamente lo contrario y se impone su prohibición³.

Además de esa voluntariedad, otra de las cuestiones coincidentes que va a poner de manifiesto su exclusión salarial, es el hecho de provenir de una tercera persona ajena a la relación laboral, de tal suerte que ya la jurisprudencia viene considerando como determinante este hecho y así viene apreciándose de forma recurrente en numerosas sentencias. Algunas citadas a modo ilustrativo en la sentencia de referencia, como la STS 7 noviembre 1985 (ECLI:ES:TS:1985:1442), la STS 14 septiembre 1987 (ECLI:ES:TS:1987:14360), o la STS 23 mayo 1991 (ECLI:ES:TS:1991:2654).

Este factor en cuanto a la intervención de una tercera persona, ya era una cuestión que se revelaba en los primeros estudios jurídicos de la doctrina como la clave del debate, al entenderse como hecho determinante el ser ajena a la relación laboral⁴. Cuestión ampliamente avalada en análisis doctrinales posteriores en los que de forma reiterativa se alude al hecho de ser abonadas por personas distintas del empresario⁵. Se evidencia una y otra vez ese carácter extrasalarial por la existencia de una intervención ajena a la relación de trabajo ya sea por propia liberalidad del cliente o como consecuencia de un uso social⁶. Incluso se ahonda en esta última cuestión entendiendo que en realidad estas liberalidades de uso, no se realizan propiamente por ese ánimo liberal, sino más bien por el hecho de tratarse de una práctica social muy extendida en cierto tipo de actividades, y consecuentemente no deben considerarse donaciones en el sentido técnico-jurídico⁷.

3. OIT, informe final. Reunión de expertos para adoptar pautas sobre trabajo decente y turismo socialmente responsable (Ginebra 20-24 de febrero 2017). 2017, p. 64 apartado c), 740, se señala cómo “en algunos países como Argentina, la percepción de propina estaba prohibida por convenio colectivo”.

4. Voirin 1931.

5. Montoya Melgar 2016.

6. Fernández Avilés 2000.

7. Albaladejo García, Díaz Alabart 2006.

3.1.2. *La propina en la hostelería*

Dejando al margen las particularidades ofrecidas sobre el tratamiento de la propina en los casinos, la cuestión hay que centrarla en el sector de actividad objeto de la sentencia, es decir, en la hostelería. Siendo precisamente en este ámbito donde la propina tiene un mayor arraigo como uso social, cuyo sentido actual más extendido la considera como una dádiva otorgada en reconocimiento por el buen servicio recibido. Aunque no siempre ha sido entendida de la misma guisa, ya que en sus orígenes la clientela que acudía a estos establecimientos, a sabiendas de los ingresos tan bajos que percibían los trabajadores que a estos menesteres se dedicaban, tenían por costumbre dejar una cantidad directamente al personal para tratar de compensar dicha carencia. Una práctica que contaba con el beneplácito de los empresarios que veían en este sistema una medida para ahorrar posibles subidas salariales, entendiendo en su argumentación que los ingresos extras obtenidos por los trabajadores y trabajadoras se originaban con ocasión o como consecuencia, precisamente, de disfrutar de esos trabajos.

Tal vez este último argumento sobre la propina y el hecho de su expansión social en el sector de la hostelería, sirvieron como detonantes para encontrar un reconocimiento en la normativa laboral internacional especialmente dirigida a este ámbito de actividad, donde la OIT en su Convenio C-172 (ya citado), se preocupó no solo de su terminología, sino de otra circunstancia determinante y así en su art. 6.2, establece que: “independientemente de las propinas, los trabajadores interesados deberán recibir una remuneración básica que será abonada con regularidad”. Y es precisamente en este sentido en el que debe entenderse el uso de la propina y consecuentemente no como argumento para poder liberar al empleador, ni siquiera en parte, de su obligación principal de pago en la relación laboral, ni tampoco para intentar justificar desde el lado empresarial el abono de unos salarios bajos. Ya que de lo que se trata es de reconocer la medida como un uso social favorecedor hacia este colectivo de trabajadores, a la par que garantizar la remuneración básica y regular debida a toda persona trabajadora.

En el análisis sobre la naturaleza de la propina y en particular en el caso de la hostelería, se centra la sentencia en una referencia jurisprudencial sobre una cuestión relativa al concepto de “servicio”, siendo esta una previsión que ya contemplaba la antigua Ordenanza Laboral de Hostelería en su artículo 52 y de la que han derivado posteriores convenios colectivos del sector. En esencia, viene a significar un reconocimiento retributivo a estos sujetos trabajadores, para que perciban en concepto de servicio un porcentaje que se carga sobre el importe neto de las facturas satisfechas por los clientes.

El planteamiento realizado gira en torno a la obligación que le corresponde a la empresa, si al final cobra a los clientes por el concepto de servicio, de tener que

abonar a sus empleados la totalidad de dicha partida y no una cantidad inferior después de practicar determinadas deducciones. No obstante, y con independencia de que el razonamiento esgrimido en la sentencia está bien argumentado, en realidad, no se corresponde con el objeto del debate, ya que tiende a confundir dos conceptos como el de servicio y propina que, aunque estén ciertamente relacionados no son lo mismo. De tal forma, que el concepto de servicio en bares y restaurantes se refiere al proceso de atenciones que han de suministrar los trabajadores y trabajadoras de este sector para atender correctamente a sus comensales y sobre los que en el asunto planteado se ha venido cobrando de forma diferenciada a la hora de emitir facturas y del que consecuentemente las propinas no forman parte.

A este respecto, vuelve a tener interés traer a colación el C-172 de la OIT, que en su conceptualización del término propina, dice que es el dinero que el cliente da “voluntariamente” al trabajador, y añade matizando inmediatamente a continuación: “además del que debe pagar por los servicios recibidos”. Por lo que cualquier cargo o recargo por servicio se debería entender como una partida distinta del precio final a cobrar al cliente y que pone de manifiesto una vez más que no debe confundirse con el término propina.

Es más, la propia sentencia reconoce en su exposición como doctrina unificada, el argumento por el cual se reconoce que si la empresa carga en la factura al cliente un porcentaje (en este supuesto del 15%) destinado al servicio, “puede aminorar y hasta suprimir la generosidad del cliente a la hora de dejar alguna propina”. Por consiguiente, no solo se está diferenciando los dos términos acuñados de servicio y propina, sino que se sobrentiende que el hecho de cargar en la factura uno de ellos, el de servicio, va a repercutir negativamente en el otro, la propina, llegando incluso a considerar no solo una minoración en su dispendio, sino una posible disuasión de la intención. Además del hipotético sobrecoste que supondría integrar los dos factores y de la más que probable confusión de la clientela sobre si al final todo forma parte de lo mismo, es decir, si realmente todo ha de entenderse como propina. Por lo que se presenta una situación en la que pese a la manifiesta interrelación propina-servicio, plantea un cariz bien distinto al que se interpreta en la sentencia de recargo por servicio para el caso de la hostelería, entendiéndose que de forma innecesaria.

En definitiva, las propinas son entregadas voluntariamente por un tercero que recibe unos servicios prestados por los trabajadores y trabajadoras en determinadas actividades, siendo una de las más frecuentes la de hostelería y todo ello aun a costa de ser recibidas como consecuencia del trabajo⁸. Todo lo cual nos traslada a valorar si su repercusión en este marco de actuaciones puede interpretarse como costumbre profesional, como se destaca en los antecedentes de hecho, aunque para negarlo por esa falta de obligatoriedad que debe ser inherente a este tipo de fuente del Derecho del

8. Martín Valverde, Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, García Murcia 2017.

Trabajo, o si dicho uso puede entenderse como la antesala necesaria para su consideración como condición de trabajo, entendida como el derecho a percibir propinas y consecuentemente por ser esa la dirección. Una cuestión sobre la que el Ministerio Fiscal en el informe favorable a la estimación del recurso, entiende que las propinas en el ramo de la hostelería y restauración, y más concretamente, el hecho de su prohibición es una modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

3.1.3. *Naturaleza extrasalarial*

De lo que no parece desprenderse ninguna duda, es de la conclusión unánime del carácter extrasalarial de la propina, salvando como bien recuerda la sentencia, y cuyo análisis ya ha sido suficientemente desmembrado, el caso singular de las casas de juego y su “dualidad ontológica” y sobre la que, en cualquier caso, se advierte sobre “la imposibilidad de considerar como salario la propina que excede del importe garantizado por convenio”. Asimismo, recuerda con indudable acierto la sentencia una referencia de la STS 7 noviembre 1985 (ECLI: ES: TS: 1985:1442), en la que considera la falta de concurrencia de las características propias del salario, en aquellas percepciones que son irregulares, variables, imprevisibles, incuantificables e inexigibles, que no retribuyen una actividad laboral específica y que dependen de la liberalidad de un bienhechor ajeno a la relación laboral.

Por tanto, se manifiesta una y otra vez, la falta de una de las notas esenciales de la consideración de salario, ya que este debe correr a cargo del empleador o empresario, en lo que debe ser una clara manifestación del carácter sinalagmático que debe presidir toda relación laboral.

3.2. El derecho a percibir propina como condición de trabajo

El segundo de los aspectos fundamentales en los que se centra la sentencia a la hora de abordar la resolución del recurso, viene referido al encuadramiento de la propina en el contexto de la relación de trabajo y muy singularmente como condición de trabajo, entendiendo esta cuestión como argumento previo necesario para poder encarar la última de las consideraciones, relativa a una posible modificación sustancial al amparo del artículo 41 ET.

Para ello, se ha de partir de una de las premisas sobre la que se manifiesta la sentencia a modo de recapitulación, en su referencia a no considerar como de naturaleza salarial la propina, siendo esta una circunstancia plenamente aceptada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia como ya se señalaba en las conclusiones previamente analizadas. Aunque sí se hace preciso conectar el ámbito de la propina con las condiciones de trabajo y más concretamente con la relación de materias que contempla el artículo 41 ET, ya que la propina es una circunstancia que no aparece incluida

en dicho listado. No obstante, el propio precepto se encarga de aclarar que “entre otras” prevé una relación de condiciones de trabajo susceptibles de ser modificadas, lo que pone de manifiesto el carácter abierto de dicha lista que los relata de modo significativo, pero en cualquier caso *ad exemplum*. En definitiva, cabe recordar aquello de “no están todas las que son ni son todas las que están”.

Luego la posibilidad de incorporar a este método de actuación otras condiciones diferentes, deja abierta su consideración para el caso que nos ocupa, en relación al derecho a percibir propinas que venían disfrutando pacíficamente los trabajadores y trabajadoras. Aunque antes hay que tratar de situar si realmente una circunstancia como la de la propina puede o debe enmarcarse realmente en el panorama de las condiciones de trabajo. En este sentido, el Tribunal Supremo alerta, de forma acertada, sobre el desenfoque inicial en el que incurre la sentencia de instancia, que plantea el conflicto colectivo trasladando el debate sobre la base de la naturaleza extrasalarial de la propina, ya sea desde la óptica de los que la perciben o ya desde quienes libremente la abonan.

De hecho, el argumentario utilizado por el alto tribunal para constatar dicha cuestión y pese al alejamiento inicial del ámbito de la propina, sí parece bastante acertado. Para ello parte de la realidad del caso en el que se manifiesta la posibilidad permitida hasta entonces por la empresa y sus predecesoras, de obtener unos ingresos adicionales a los salariales, que, aunque provengan de terceros y se manifiesten de forma incierta, vienen constituyendo una circunstancia o condición ventajosa que se ha ido incorporando al acervo patrimonial del empleado. Y es que la ocasión de poder obtener propina solo puede revelarse como consecuencia del trabajo, y ello con independencia de la motivación que la suscite y del montante de su cuantía, ya que lo significativo, al menos en este momento, es constatar que, como fruto de la actividad laboral desarrollada por el sujeto trabajador, percibe unos ingresos de carácter complementario. Por lo que un cambio de actitud empresarial, en el sentido de prohibir la posibilidad de su otorgamiento por parte de la clientela va a tener un efecto negativo en el ámbito laboral, en cuanto a provocar de forma indirecta una merma de los ingresos que hasta entonces venían obteniendo estos empleados.

Incide el alto tribunal en la vertiente laboral de la propina al destacar como en los convenios colectivos se han podido adoptar decisiones sobre su distribución. Siendo no solo una cuestión factible en el ámbito de la negociación colectiva, sino de gran utilidad práctica en sectores de actividad donde se maneja propina, muy especialmente en el de la hostelería, ya que el sistema posible de reparto del bote de propinas puede tener muchas variables como las de orden temporal en cuanto al momento de su reparto, o las relacionadas con el trabajo desarrollado por el personal para así poder calcular las cantidades imputables a cada trabajador. Sea esa posible forma de

9. Areta Martínez 2021.

regular vía convencional, o en su caso de forma pactada o bien por consentimiento tácito, el caso es que constituye una condición relacionada con la actividad laboral.

En el mismo sentido, ilustra la sentencia como la propia jurisprudencia del Supremo reconoce en distintas causas como el derecho a percibir propinas, aun siendo algo bien diverso a su consideración salarial, puede ser parte integrante del contrato de trabajo. Para ello pone como ejemplo la STS 581/2020 de 2 julio, que vislumbra el caso de un despido disciplinario por apropiación del sujeto trabajador del dinero de caja y del bote de las propinas, lo que en definitiva se reveló como una grave transgresión de los deberes contractuales.

Consecuentemente, la decisión del empresario de permitir o no el disfrute de propina puede entenderse como una manifestación más del poder de organización y dirección del empresario, algo que parece un planteamiento acertado por cuanto estos emprendedores deben poseer la facultad de organizar libremente sus medios materiales y personales en el marco de su estrategia empresarial. Incluso su prohibición puede parecer una política acertada en algunas actividades productivas, sin embargo, en el ramo de la hostelería cuesta más entender la negativa por parte del empresario ante tal praxis, ya que los trabajadores de este ramo cuentan tradicionalmente con este plus en su partida de ingresos.

El Ministerio Fiscal sostiene esa misma línea argumental prolongando su sentido, al entender que cualquier trabajador de este ramo de actividad considera las propinas como un cierto complemento y que en caso de excluirse contractualmente intentaría negociar una compensación. Siendo la propina una costumbre habitual en el ámbito de la hostelería, tiene lógica el razonamiento en cuanto al carácter asociativo de los trabajadores y trabajadoras de este sector, con respecto al hecho de prestar un servicio a sabiendas que además de la retribución pertinente proveniente del empresario van a encontrar otra recompensa moral y sobre todo económica en la propina. Por consiguiente, el veto que pudiera implantarse por parte del empresario ante este uso social, sin lugar a duda provocaría una reacción entre los empleados, que, con más razón se daría si previamente ha sido admitida pacíficamente por la empresa, como así queda patente en el caso objeto del litigio.

El carácter laboral de la decisión empresarial y su contenido también son propicios para argüir a favor de la percepción de la propina como condición laboral, tal y como también se apunta en esta parte de la sentencia, aunque sin mucho detalle. Lo que puede detectarse de la misma instrucción en la que formaliza la empresa su prohibición, ya que tras una auditoria y con la intención de mejorar el control de efectivo, se incluyen una serie de medidas a adoptar por los trabajadores y trabajadoras, entre las que incorpora algunas prácticas que sí se pueden realizar y otras que no, entre las que se incluye la consabida de no permitir el uso de “botes” en los centros. Luego, esta toma de decisión por parte del empresario, aunque sea con ánimo prohibitivo incorpora un tema sobre recaudación de propinas, junto a otra serie de tareas

propias y habituales que desarrollan los empleados como consecuencia de la actividad laboral realizada en el centro de trabajo.

El tratamiento de la propina en el panorama de las relaciones de trabajo puede plantear dudas sobre si algo que parece situarse en una esfera exterior a la relación laboral, donde los puntos de referencia son por un lado la relación empresa-cliente y por otro la relación trabajador-cliente, pueda insertarse en la estructura que han de conformar las condiciones de trabajo¹⁰. Desde esta perspectiva sí parece como algo ajeno al vínculo contractual existente entre las partes, pero la correlación entre propina y trabajo también parece indudable y consecuentemente la influencia que puede ejercer esta en el panorama laboral tampoco puede obviarse.

Por tanto, la posibilidad de percibir propina, como condición de trabajo queda suficientemente contrastada en la sentencia en base a todas esas reflexiones planteadas. Conviene asimismo recordar, como la OIT en el C-172, situaba en uno de sus preceptos a la propina enmarcándola así en el panorama laboral, dentro de una normativa además que ya por propia denominación aparece titulada precisamente como: “Convenio sobre las condiciones de trabajo (hoteles y restaurantes)”.

3.3. El carácter de modificación sustancial

El planteamiento inicial del que parte este considerando se refiere al ámbito cuantitativo de la propina, que aparece entre los hechos probados (en torno a cien euros anuales), y donde se pone de manifiesto la exigua trascendencia económica de la decisión empresarial y que por tanto podría conllevar a la desestimación de la demanda. Sin embargo, no entiende el tribunal que sea este el parámetro adecuado para valorar la trascendencia del asunto, al entender que se dan otra serie de circunstancias que se han de tener en consideración.

La primera de ellas se refiere al hecho de que no se está ante una prestación de las que corresponde abonar a la empresa y en consecuencia no se puede plantear como una rebaja retributiva acordada por la misma. Un planteamiento sobre la naturaleza jurídica de la propina en cuanto a su carácter extrasalarial que ha sido sobradamente analizada y sobre la que existe unanimidad tanto jurisprudencial como doctrinalmente y a la que se adhiere esta sentencia e incluso el voto particular.

La siguiente reflexión se dirige hacia la opción que tienen los trabajadores de extinguir el contrato al amparo del art. 41.3. ET, lo que entiende el alto tribunal que nos es el objeto del debate y sí lo es, la validez o no de suprimir una condición de trabajo. Efectivamente la opción de la extinción indemnizada a la vista de dicho precepto les corresponde a aquellos trabajadores que se consideren perjudicados por la modificación sustancial operada. Una circunstancia que a la vista de los

10. García Murcia 2021.

acontecimientos relatados en el caso no parece encontrar respuesta en dicho artículo, al no poder enmarcarse entre las posibles modificaciones del mismo que así lo amparan. Si reconoce el artículo el perjuicio que pudiera originarse sobre el sistema de remuneración y cuantía salarial previsto en la letra d) del apartado 1, pero sobre la que por razones antes expuestas no ha lugar y sobre la que en cualquier caso se requiere la existencia de un perjuicio de orden significativo que no cabe apreciar en este supuesto. Quedando en cualquier caso el debate orientado en otra dirección bien distinta, en relación a la viabilidad de eliminar una condición laboral según la forma en la que se ha llevado a cabo, es decir, bajo el criterio asumido según el poder de dirección y del *ius variandi*, o si en vez de entender estas modificaciones como accidentales, se debería haber seguido el procedimiento previsto para las modificaciones sustanciales del artículo 41 ET.

Otro de los considerandos del texto de la sentencia que aboga por el mantenimiento de las condiciones de trabajo, salvo que se alteren por las vías legalmente previstas, juega el hecho de estar ante un supuesto en el que ha habido varias subrogaciones empresariales precedentes, que han venido permitiendo esa posibilidad de obtener propinas. Efectivamente, la existencia de sucesivas contrataciones que son muy antiguas y que vienen permitiendo pacíficamente la posibilidad de percibir propinas, hace que se considere como condición de trabajo a la vista de esa tolerancia empresarial mantenida durante un largo periodo de tiempo y que ahora se pretende eliminar de forma unilateral.

Sin duda, uno de los aspectos sobre el que es preciso hacer algunas aclaraciones es el relativo al importe de la propina, ya que el promedio que se viene percibiendo por cada trabajador ronda los cien euros anuales, lo que pudiera parecer una cantidad de poca entidad y con escasa trascendencia como para influir en la toma de decisión empresarial. Es verdad, que, como bien señala la sentencia, tanto el importe como la propia existencia de la propina van a tener un carácter incierto.

En este sentido, hay que tratar de realizar algunas matizaciones al respecto, empezando para ello por el origen del que parte la propina, ya que es una decisión que le va a corresponder al cliente. Para ello evidentemente, se lo han de permitir, pero a partir de ahí es el usuario quien en su fuero personal decide sobre si dejar propina y en su caso cual va a ser el importe, lo que conjuga dos variables muy difíciles de saber a priori. Una, en cuanto al hecho de dejar propina o no, considerando para ello que de forma aislada un número equis de clientes pueden no dejar nada, pero en general en este ámbito de actividad, como asimismo se constata en el propio supuesto, no hay ninguna duda sobre la existencia final de un bote de propinas. Sin embargo, el asunto sobre el importe sí que va a tener un carácter más incierto, al depender de factores no solo relativos al buen servicio recibido, sino también a otros de carácter exógeno a esa relación, ya que pueden influir aspectos tan variados como el importe total de la factura, la capacidad económica del sujeto, la costumbre del lugar, incluso

la nacionalidad del cliente y un largo etcétera de posibles influencias. Así, la cuantía existente como promedio anual en el momento de adoptar la decisión se puede ver alterada de cara al futuro al alza o a la baja, con lo que el hecho de vetar un ingreso en estas condiciones no debe venir marcado por el importe actual o una media aritmética, ya que el futuro devengo de este concepto igualmente podría crecer exponencialmente y como bien concluye la sentencia a este respecto, no cabe cifrar su valor económico por lo que haya sucedido en el pasado.

El siguiente considerando se refiere a la finalidad de la propina, entendiendo el tribunal que no es solo una cuestión económica, sino también de índole moral, al comportar un reconocimiento o satisfacción de la clientela. Y es que efectivamente, hoy en día se entiende ya superada esa fase inicial desde un punto de vista histórico, en la que la propina venía a cubrir una carencia económica a nivel retributivo de los trabajadores y trabajadoras de hostelería, para actualizar un recurso que, si bien tiene una componenda económica para la persona trabajadora, no lo es menos que sirve también a modo de recompensa personal por un trabajo bien hecho. De hecho, es de pura lógica entender que una situación contraria a la anterior, es decir un servicio mal prestado difícilmente va a encontrar alguna recompensa en concepto de propina. Por lo que, en definitiva, el grado de satisfacción del cliente por el servicio prestado va a permitir gratificar al sujeto trabajador en ese doble sentido, tanto económico como personal o moral.

Más difícil de entender es la siguiente conexión que establecen los magistrados en cuanto a vincular los desórdenes contables detectados por la auditoría y la prohibición de percibir propinas con el perjuicio al honor de quienes trabajan. En el relato de hechos probados se reconoce como el principal problema detectado por la auditoría interna, la gestión de efectivo en base al descontrol en su trazabilidad y que como consecuencia la empresa elabora un plan de acción que pretende corregir esta circunstancia en base a una serie de recomendaciones. Un relato de hechos que ponen de manifiesto en un primer momento un desajuste empresarial en la gestión del “cash” y una posterior toma de decisión para su mejora, con una batería de medidas de distinta índole, entre las cuales se encuentra la que prohíbe la propina en sus centros de trabajo. Luego, con independencia del acierto o no de las medidas adoptadas o de la forma unilateral en la que se adopta, no parece existir ningún señalamiento personal ni grupal que pudiera indicar algún tipo de mancillamiento o perjuicio en el honor de quienes trabajan en estas tareas.

Todo lo cual lleva al alto tribunal a considerar, que la empresa dentro del poder de organización y dirección que le otorga el artículo 1.1 y el 20.1 del ET, puede acordar válidamente la prohibición de que su plantilla sea gratificada por la clientela. No sin aclarar que, cuando esa posibilidad de ganancia económica y recompensa moral preexiste se ha de seguir el procedimiento fijado al efecto por el artículo 41 ET, por el hecho de estar ante una condición de trabajo cuya eliminación se entiende relevante

desde diversas perspectivas. Por lo que sitúa la existencia de la propina en el ámbito comercial de la empresa y por consiguiente como una medida más a tomar por el empresario dentro de su poder decisorio, pero tan solo como un reconocimiento inicial, ya que, si esa práctica está previamente instaurada o simplemente tolerada, se perdería esa potestad unilateral y un posible cambio de criterio debería seguir el procedimiento previsto para las modificaciones sustanciales.

A la vista de todo lo anterior da la razón la sentencia al recurso planteado contra la sentencia de instancia entendiendo que la condición laboral sobre la propina existe, pero entendida como tolerancia empresarial a que la clientela pueda abonar las mismas. Por lo que un cambio de parecer por parte de la empresa eliminando esa ocasión de ganancia viene a constituir un cambio relevante, no tanto en su dimensión económica (siempre incierta) sino en relación a otros aspectos relativos al clima de trabajo y a la existencia de estímulos o recompensas. Por lo que la decisión empresarial se declara nula al no haberse sometido a las exigencias del artículo 41 ET, y se reconoce la pretensión de los trabajadores a seguir percibiendo las propinas. Destacando no obstante en el fallo con un criterio más que acertado, que la pretensión del recurso no puede ser asumida en los mismos términos y formas, toda vez que ha quedado patente la existencia de un trato diverso en función de la duración contractual y que se considera contrario tanto a la normativa de la UE como a nuestro ordenamiento jurídico, destacando al efecto lo preceptuado en el artículo 15.6 ET. Consecuentemente no cabe excluir en dicho reconocimiento a quienes están laboralmente vinculados mediante relaciones de duración determinada.

4. VOTO PARTICULAR

El voto particular comparte con la sentencia todo lo relativo a la naturaleza jurídica de la propina y su planteamiento, así como el hecho de que el asunto no ha de referirse directamente a las propinas, sino al derecho a su percibo en relación a la decisión adoptada por la empresa de no admitir propinas de los clientes. La base sobre la que se asienta también coincide en cuanto a la circunstancia asumida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, de que para determinar el carácter sustancial o no de la modificación no puede acudirse al listado del artículo 41 ET, al ser meramente ejemplificativo, por lo que no incorpora todas las posibles modificaciones y ni tan siquiera debe otorgarse el carácter de sustancial a toda modificación de las que sí aparecen.

La discrepancia pues se centra en la configuración que desarrolla la sentencia respecto a la toma de decisión empresarial, en cuanto a su interpretación como modificación sustancial de las condiciones de trabajo y la consiguiente necesidad de seguir el procedimiento previsto en el artículo 41 ET. Para ello, en su construcción argumental se basa el magistrado en la dificultad existente a la hora de delimitar que se

debe entender por “modificación sustancial” al ser un concepto jurídico indeterminado sobre el que no existe una noción definitiva y que precisa de la conveniencia de acudir a criterios empíricos de casuismo, tal y como deja constancia con un buen número de sentencias en este sentido.

Por lo que la cuestión se centra en el propio carácter de la modificación y la repercusión de la misma en el ámbito de la relación laboral preexistente. Tiene en cuenta para ello el magistrado, que en este caso la política de propinas y su limitación pertenece a la relación comercial del empresario y su clientela, aunque indirectamente pueda afectar a los trabajadores, y que difícilmente pueda interpretarse como condición de trabajo y mucho menos que su modificación pueda entenderse como sustancial. Considerando al respecto que no se produce ninguna transformación fundamental de la relación laboral y no solo por la escasa trascendencia económica que se desprende de los hechos probados, sino por no afectar ni a las condiciones básicas del contrato ni a su propio objeto.

En términos generales concluye que el empresario podía adoptar esa decisión sin necesidad de someterse al procedimiento del artículo 41 ET, básicamente por ser una cuestión relativa a su relación con terceros y por esa escasa cuantía y trascendencia, por lo que según criterios jurisprudenciales reiterados no puede considerarse como modificación sustancial. Añade una valoración singular al respecto al considerar que, aun entendiendo la cuestión situada en el ámbito de la política comercial de la empresa, si pudiera originar un perjuicio a los trabajadores debería ser compensado bien vía negociación colectiva o acuerdo, o en última instancia por la vía jurisdiccional.

En relación a los planteamientos aludidos y dejando al margen las coincidencias con la sentencia del tribunal, cabe decir que efectivamente la consideración de modificación sustancial es un concepto jurídico indeterminado y por consiguiente una circunstancia harto compleja y no debe ceñirse al listado del artículo 41 ET pues es una lista abierta con otras cabidas y sobre la que tampoco es suficiente el hecho de aparecer en el precepto ya que cualquier variación en alguna de ellas no garantiza la consideración de sustancial, tal como se ha venido manteniendo en el análisis de la sentencia. Por lo que en este sentido se hace necesario recurrir a la casuística y en todo caso analizar los detalles que rodean singularmente a cada caso. Es desde esta perspectiva desde la que el voto particular se posiciona en su base argumental sobre el carácter de la modificación y en la posible repercusión en la relación laboral precedente. El debate se traslada por tanto al ámbito de la propina, no compartiendo a este respecto el parecer de este voto, por entender, que lo manifestado en el mismo, en cuanto al hecho de que la política de propinas pertenece al círculo exclusivo del empresario con el cliente, no parece ser tan así, ya que la repercusión de la misma afecta directamente al entorno de los sujetos trabajadores, ya sea en positivo o en negativo, máxime en este sector de actividad, donde se viene interpretando esta práctica como un uso social de lo más habitual.

Sí parece coherente que la decisión inicial sobre la admisión de propina o no pertenezca libremente a la potestad del empresario, lo que no significa que no afecte a los sujetos trabajadores, ya que les privaría la posibilidad de obtener unos ingresos extras con los que ya cuentan de antemano en este sector, por lo que ya desde ese primer momento habría que trasladar la cuestión a otro escenario, el de la compensación. Sin embargo, tal posibilidad solo se contempla por el magistrado para cuando la decisión del empresario sea adoptada en un momento posterior al inicio de la actividad, ya que en este caso y por razones obvias si va a originar un cierto perjuicio a los empleados y empleadas por pequeño que sea. Por lo que, aunque solo se reconozca esta opción para una empresa ya en activo, si parece reconducir de nuevo la cuestión, y en contra de su parecer, a la repercusión que al fin y al cabo genera la propina en el entorno laboral, aunque todo parta de una relación inicialmente ajena como la de empresario-cliente.

Otro de los aspectos sobre el que se asienta el magistrado para desestimar el carácter sustancial de la modificación, se refiere a la escasa cuantía que tiene de repercusión por cada sujeto trabajador, una circunstancia sobre la que se discrepa y que ya ha sido suficientemente tratada al respecto en el análisis de la sentencia.

Lo que sí conviene al menos señalar como muy acertado es la crítica realizada en este voto e igualmente sustentada en el texto de la sentencia, sobre el hecho de que la propina beneficie tan solo al personal fijo y no al temporal, incidiendo en la vulneración que ello supone por trato discriminatorio tanto de nuestro ordenamiento jurídico como de los principios generales y la jurisprudencia de la UE.

5. COMENTARIO FINAL

La sentencia parte de una realidad triangular que no es fácil de conjugar en el panorama laboral, en la que intervienen empresario, cliente y sujeto trabajador, y donde la propina se convierte en su nexo de unión o como sucede en este caso de desunión. En su construcción trata de acercar una circunstancia aparentemente externa a la relación de trabajo como la propina a un círculo donde interviene muy distintos elementos con notables influencias laborales.

Se desmonta la sentencia recurrida que centraba la cuestión sobre la naturaleza extrasalarial de la propina y consecuentemente debía quedar al margen de la relación laboral, por lo que desde esa perspectiva no se le podía reclamar nada al empresario. Una circunstancia que interpreta el alto tribunal como desenfocada de la cuestión principal, aunque bien planteada en cuanto a su naturaleza jurídica. Obtiene el Tribunal Supremo un acercamiento nada fácil de conseguir desde ese carácter extrasalarial hacia la posibilidad de percibir propina como condición de trabajo.

Lo que sí parece reconocerse es una solución en cierta medida ecléctica para ambas partes, ya que trata de preservar ese poder de organización y dirección que le corresponde al empresario en virtud del artículo 1.1 y del 20.1 ET., en el sentido de poder prohibir la entrega de propinas, aunque tan solo al inicio de la actividad, ya que a partir de entonces pasa a formar parte del reconocimiento atribuible a los sujetos trabajadores, limitando así la posibilidad de su modificación unilateral por parte del empresario. En definitiva, si no se ejerce en un primer momento se pierde ese poder absoluto y se vería notablemente condicionada su forma de proceder.

Aunque la mayor dificultad o mérito de la sentencia, se refiere a esa decisión sobrevenida de impedir las propinas al considerarla como modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Cuestión además sobre la que se centra el objeto fundamental de la discrepancia en el voto particular, pero que resuelve conjugando toda una batería de elementos que van dotando al asunto de un reconocimiento difícil de entender a priori, pero sobre la que se comparte la mayoría de argumentos para alcanzar dicha valoración. Una circunstancia que no ha de limitarse a la cuantía obtenida por cada trabajador o trabajadora, al entender esta cuestión como incierta y variable de cara a un momento posterior, y por tanto no suficientemente representativa para poder catalogar la cuestión. Y donde sí ha de ponerse en valor el derecho a su obtención, es en el hecho de ser una circunstancia admitida de forma pacífica tanto por la empresa actual como por sus predecesoras, lo que sin duda genera una expectativa en su percepción. Todo lo cual ofrece una mayor consistencia para su integración en el procedimiento previsto en el artículo 41 ET, ya que no se puede eliminar sin garantías esa ocasión de ganancia con la que ya cuentan estos sujetos trabajadores.

En definitiva, hay que destacar el gran esfuerzo realizado por el Tribunal Supremo para situar el alcance de la propina en el ámbito laboral, una tarea nada fácil ya que su origen proviene de la liberalidad de un tercero ajeno a la relación de trabajo. Cabe resaltar la ilustración realizada sobre la naturaleza jurídica de la propina tanto en su ámbito general como en el más específico del sector de la hostelería o el siempre tan particular de los casinos de juego. Se realiza también con acierto el paso posterior, centrando la realidad del caso en el derecho a percibir propinas y convirtiendo esta cuestión en el eje fundamental del debate, así como su proyección hasta posicionarlo como condición de trabajo. Desde este ámbito parte la última y trascendental consideración, en cuanto a que una decisión sobrevenida para impedir las propinas hay que desarrollarla como modificación sustancial de las condiciones de trabajo y por consiguiente elevando el nivel de importancia que tiene la propina en este ámbito de actividad.

Como valoración final hay que resaltar el especial significado que tiene la propina en el sector de la hostelería. En este sentido, hay que reseñar el primer pronunciamiento que realiza la OIT sobre la propina en su Convenio 172, precisamente regulando condiciones de trabajo en hostelería, y destacando el hecho de aportar su

concepto más extendido, en el que se integra la liberalidad del cliente a la hora de otorgarla, además de conectarlo con la obligación salarial que siempre y aparte han de percibir regularmente estas personas trabajadoras. Asimismo, hay que recordar como esa ocasión de ganancia en este sector de actividad en su primera orientación histórica, consideraba la propina como un suplemento que se daba por parte de los clientes a estos trabajadores y trabajadoras, a sabiendas de los bajos salarios que se pagaban en la hostelería. Aunque hoy en día se entiende teóricamente superada esa primera fase, entre otras cosas por la existencia de salarios mínimos que marcan un suelo de retribución, sin embargo, sigue siendo un sector de actividad no muy bien remunerado. Cabe señalar a este respecto como en los últimos tiempos se ha detectado una falta de personal en la hostelería y donde voces autorizadas del Ministerio de Trabajo en recientes declaraciones, apuntaban a una subida salarial por parte de la patronal como medida de solución para cubrir esas vacantes. Más allá, de valorar estas declaraciones o las críticas recibidas desde las organizaciones empresariales, sí cabe constatar como en la actualidad, aunque no en condiciones tan precarias como en otros tiempos, pero siguen dándose retribuciones muy bajas en este sector. Por lo que, pese a que a día de hoy la finalidad del cliente con el tema de la propina este motivada por otros criterios distintos, más en la línea de recompensa por el buen servicio recibido; este personal sigue contando con esos ingresos extras. Siendo por tanto el tema de las propinas una práctica habitual de enorme repercusión en este sector y por consiguiente su privación unilateral no debería darse ni aun al principio de la actividad sin una justa compensación y mucho menos si ese reconocimiento ya existe en la marcha de la empresa, aunque sea por simple tolerancia, entendiéndose entonces que un cambio de criterio supondría la obligatoriedad de tener que recurrir al procedimiento previsto para las modificaciones sustanciales.

6. BIBLIOGRAFÍA

Albaladejo García, Manuel; Díaz Alabart, Silvia (2006), *La donación*, Centro de Estudios, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España, Madrid.

Areta Martínez, María (2021), “La lista abierta (numerus apertus) de condiciones de trabajo susceptibles de modificación sustancial (artículo 41.1 ET): no están todas las que son ni son todas las que están”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, pp. 1-11, en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-L-2021-00000001266

Fernández Avilés, José Antonio (2000), *Configuración jurídica del salario*, Tesis Doctoral. Universidad de Granada, en: <https://digibug.ugr.es/handle/10481/35678>

- García Murcia, Joaquín (2021), “Naturaleza y régimen de establecimiento y modificación de las propinas”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, pp. 1-10, en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-L-2021-00000001402
- Martín Valverde, Antonio; Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, Fermín; García Murcia, Joaquín (2017), *Derecho del Trabajo*, Tecnos.
- Montoya Melgar, Alfredo (2016), *Derecho del trabajo*, Comercial Grupo Anaya.
- Voirin, Pierre (1931), *Estudio jurídico de la propina*, Graficas Gost.