



Roj: **STSJ PV 2529/2017 - ECLI: ES:TSJPV:2017:2529**

Id Cendoj: **48020340012017101519**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Bilbao**

Sección: **1**

Fecha: **18/07/2017**

Nº de Recurso: **1337/2017**

Nº de Resolución: **1613/2017**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **MANUEL DIAZ DE RABAGO VILLAR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO Nº: Suplicación / E_Suplicación 1337/2017

NIG PV 48.04.4-16/009265

NIG CGPJ 48020.44.4-2016/0009265

SENTENCIA Nº: 1613/2017

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO

En la Villa de Bilbao, a 18 de julio de 2017.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los Iltmos. Sres. D. MANUEL DIAZ DE RABAGO VILLAR, Presidente en funciones, D. FLORENTINO EGUARAS MENDIRI y D. EMILIO PALOMO BALDA, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

S E N T E N C I A

En el Recurso de Suplicación interpuesto por ELA STV contra la sentencia del Juzgado de lo Social num. 4 de los de BILBAO (BIZKAIA) de fecha 6 de abril de 2017, dictada en proceso sobre CIC, y entablado por **ELA STV** frente a GRAN HOTEL ERCILLA, S.A, L.A.B., Abel y Cayetano .

Es Ponente el Iltmo. Sr. Magistrado D. MANUEL DIAZ DE RABAGO VILLAR, quien expresa el criterio de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y terminó por sentencia, cuya relación de hechos probados es la siguiente:

"PRIMERO.- El presente conflicto colectivo afecta al personal que presta servicios en la empresa GRAN HOTEL ERCILLA, S.A. en la cafetería/restaurante.

SEGUNDO.- La empresa cuenta con un Comité de Empresa compuesto por 3 representantes de ELA y 5 de LAB.

TERCERO.- Es de aplicación el Convenio Colectivo de Hostelería de Bizkaia, que no contiene ninguna regulación específica en materia de participación o reparto de las **propinas**.

CUARTO.- En la cafetería/restaurante del Hotel Ercilla prestan servicios fregadores, cocineros, camareros y extras, además del personal de limpieza. Dos de los camareros, los codemandados Abel y Cayetano, son los encargados de repartir las **propinas** obtenidas, exclusivamente entre todos los camareros, sin que las perciban el resto del personal de restauración. En el departamento de restauración, esta forma de reparto de las **propinas**



entre los camareros se ha venido haciendo desde hace muchos años, de forma pacífica, sin que la empresa haya nunca intervenido en esta materia.

QUINTO.- Se ha agotado la vía administrativa previa. "

SEGUNDO .- La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice:

"DESESTIMO íntegramente la demanda interpuesta por la CONFEDERACIÓN SINDICAL ELA, contra GRAN HOTEL ERCILLA, S.A., Abel y Cayetano , siendo parte interesada el sindicato LAB, y absuelvo a la demandada de las pretensiones de la demanda."

TERCERO .- Frente a dicha resolución ELA interpuso Recurso de Suplicación, que fue impugnado por LAB.

CUARTO.- El 12 de junio de 2017 se recibieron las actuaciones en esta Sala, deliberándose el recurso el día 27 del mismo mes, interviniendo el magistrado Sr. EMILIO PALOMO BALDA en vez del Sr. Iturri, inicialmente designado, por la justificada ausencia de éste en dicha fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- ELA recurre en suplicación, ante esta Sala, la sentencia del Juzgado de lo Social nº 4 de Bilbao, de 6 de abril del año en curso , que ha desestimado la demanda que interpuso el 25 de noviembre de 2016 pretendiendo, tras la modificación que hizo en el acto del juicio, que se reconociera el derecho de todos los trabajadores del departamento de cafetería/restauración de la sociedad demandada (y no sólo de sus camareros) al reparto igualitario de las **propinas** generadas en el mismo.

El Juzgado sustenta su decisión en que las **propinas** que los clientes de ese departamento dan a los camareros se reparten entre éstos desde hace años por dos de ellos conforme ellos deciden, sin sujeción a norma alguna y sin intervención alguna de la empresa, por lo que es una condición más beneficiosa que sólo puede suprimirse por la vía del art. 41 del Estatuto de los Trabajadores (ET). Consta que existe un comité de empresa de ocho miembros, de los que tres son de ELA y cinco de LAB. Han sido llamados al litigio, en calidad de demandados, junto a la empresa, LAB y los dos camareros que hacen el reparto.

El recurso de ELA pretende que ese pronunciamiento se sustituya por otro que estime su demanda, a cuyo fin articula un motivo destinado a revisar los hechos probados y otro en el que examina el derecho aplicado en la sentencia.

Recurso impugnado por LAB, que insiste en la excepción de inadecuación de procedimiento, planteada en instancia, por considerar que el procedimiento de conflicto colectivo no es el adecuado para resolver una cuestión que no deviene de una práctica de empresa ni tiene marco legal de regulación, debiendo dirimirse mediante acuerdo o a través de arbitraje de equidad, aunque acaba pidiendo únicamente que la sentencia se confirme.

SEGUNDO.- A) Debemos resolver prioritariamente el obstáculo que plantea LAB para el enjuiciamiento de la pretensión litigiosa.

B) La Sala no comparte su punto de vista por razones de forma y de fondo.

Las primeras consisten en que si considera que el Juzgado se equivocó al entrar a resolver la cuestión litigiosa en lugar de desestimar, siquiera sea tácitamente, la excepción de inadecuación de procedimiento planteada por dicho sindicato, debió recurrir la sentencia pidiendo su revocación y el acogimiento de su excepción, pero no ha actuado así, ya que no recurre la sentencia y ni tan siquiera nos pide ahora que revoquemos la decisión del Juzgado y dejemos sin juzgar la pretensión litigiosa. O, dicho de otra forma, su insistencia en que el procedimiento de conflicto colectivo no es el adecuado para resolver ese tipo de pretensión no pasa de ser un brindis al sol, puesto que lo que realmente pide es que confirmemos que las **propinas** que abonan los clientes a los camareros del departamento se reparten entre todos los empleados que prestan servicios en éste y no sólo entre aquellos.

En todo caso, el procedimiento sí resulta adecuado, desde el momento en que ELA no sustenta su pretensión en una mera defensa del interés económico de los trabajadores afectados por el conflicto en lograr esa solución del mismo, sino en que les corresponde en derecho, alegando al efecto el principio de no discriminación e igualdad de trato, lo cual podrá o no ser acertado, pero implica que quieren dirimir la controversia con arreglo a pautas jurídicas, como es propio del procedimiento de conflicto colectivo contemplado en el art. 153.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social (LJS). Por otra parte, cuando este precepto se refiere a las prácticas de empresa como objeto propio de un conflicto colectivo, no debe entenderse limitado al caso en que la misma haya sido decidida por el propio empresario sino también a la que se siga en una empresa por decisión de sus trabajadores o de una parte de éstos en una esfera de actuación que les corresponda a ellos decidir, en



conclusión que deviene de los términos de un precepto que no imponen limitarlas al primero de esos supuestos y la finalidad propia de este tipo de litigios.

TERCERO.- A) Se denuncia por ELA, en el motivo inicial de su recurso, que el Juzgado debió declarar probado que en el año 2014 se reestructuró la cafetería del establecimiento, dejando de estar cerrada al público la cocina para pasar a estar abierta al mismo, como a su entender está acreditado en autos por la colección de fotografías que aportó como documento nº 3 de su prueba y lo declarado por los dos camareros demandados en su interrogatorio.

B) La Sala no lo admite por sustentarse en prueba inhábil y por su irrelevancia jurídica para cambiar la suerte del litigio.

No es hábil la prueba en que lo sustenta, ya que sólo se permite basar la revisión en prueba documental o pericial (art. 193.b LJS), lo que no es el caso del interrogatorio de parte ni la colección de fotografías. Conviene añadir, en cuanto a éstas, que su visión aislada no permite saber, por sí mismas, si se trata de la cafetería del establecimiento ni muestran el estado de la misma antes o después, ya que todas ellas reflejan que la cocina estaba abierta a la vista del público.

Se trataría, por lo demás, de un hecho totalmente anodino para resolver el litigio, como indirectamente viene a admitir ELA desde el momento en que, a lo largo de su recurso, no nos dice cuál es la repercusión jurídica de ese hecho ni, por supuesto, sería factible deducir que las **propinas** se dan por los clientes para todos los trabajadores del departamento.

CUARTO.- A) Desde la vertiente jurídica se acusa a la sentencia de infringir el art. 2.a) y g) LJS, en relación con el art. 9.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), los arts. 17 y 20 ET y el art. 14 de nuestra Constitución, sosteniendo, en esencia: 1) que estamos ante un litigio que deben resolver los tribunales laborales, sin que obste a ello, que no exista una regulación jurídica sobre el reparto de las **propinas** y que el modo en que se hace no provenga de una decisión empresarial; 2) que el repartirla sólo entre los camareros supone un trato desigual y discriminatorio con el resto de personal que presta el servicio.

B) No asiste la razón al recurrente en cuanto al primero de esos extremos, para lo que basta con advertir que el Juzgado ha resuelto el fondo del litigio y, por tanto, en contra de lo que se sugiere, ha aceptado la competencia de los tribunales laborales en su resolución. No hay, pues, infracción del art. 2.a) y g) LJS y art. 9.5 LOPJ .

Resta por analizar si debió resolver la controversia en los términos pretendidos por ELA por exigirlo así el principio de igualdad de trato y prohibición de discriminación que reconocen el art. 14 CE y el art. 17.1 ET .

QUINTO.- A) Dispone el art. 14 CE que *"los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social"* . Por su parte, el art. 17 ET , bajo el rótulo de *"no discriminación en las relaciones laborales"* , dispone en el párrafo primero de su apartado 1 lo siguiente: *"Se entenderán nulos y sin efecto alguno los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo, a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de edad o discapacidad o a situaciones de discriminación directa o indirecta por razón de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación o condición sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con personas pertenecientes o relacionadas con la empresa y lengua dentro del Estado español"* .

El primero de esos preceptos contiene, en realidad, dos reglas diferentes, aunque relacionadas: de una parte, el principio de igualdad, si bien limita su ámbito de aplicación a la ley, entendiéndose por tal las normas jurídicas y, por ello, opera también respecto a los convenios colectivos estatutarios, pero no en el campo de las decisiones adoptadas por los particulares (salvo que se trate de empleadores públicos, sí sujetos al deber de actuar con arreglo a la ley: STC 161/1991, de 18 de julio, y STS de 14-Fb-13, RCU 4264/2011); de otra, la prohibición de discriminación, cuya alcance no tiene esa limitación pero sí otra, como es la de contraerlo a las diferencias de trato no justificadas que provengan de alguna de las concretas causas que se indican y si bien es cierto que el precepto parece dejar abierto el abanico de éstas, no menos verdad es que la jurisprudencia ha entendido que se refiere a cualquier otra causa que históricamente haya producido segregación de un colectivo de personas (lo que en términos generales suele denominarse como causas odiosas), sin que por tanto alcance a las diferencias de trato que provengan de razones ajenas a este tipo de causas.

El precepto estatutario, por su parte, viene a recoger, en el ámbito de las relaciones laborales, la prohibición de no discriminación del art. 14 CE , añadiendo una relación más amplia de causas odiosas.



B) A la hora de dar respuesta a la denuncia que analizamos constituye punto de partida examinar cuál es la naturaleza de las **propinas** que los clientes de los establecimientos de cafetería y restauración abonan junto a las facturas que pagan por los servicios consumidos en los mismos.

A tal efecto, hemos de partir de algo que es de notorio conocimiento por constituir un uso social habitual en nuestra concreta sociedad: se trata de un dinero que los clientes de ese tipo de establecimientos entregan gratuitamente, sin ninguna obligación de hacerlo, como modo de agradecer el servicio recibido. No se trata de una costumbre, entendida en su sentido jurídico, pues no responde a una creencia de estar obligado a ello, sino que se entrega por mera liberalidad y normalmente relacionado con la mayor o menor satisfacción generada por ese servicio, entendido éste en términos unitarios o globales, en el que entran en juego factores varios (cantidad y calidad de la comida o bebida, trato recibido por el personal que les atiende, limpieza de vajilla e instalaciones, etc), cuya influencia varía de unos clientes a otros, pero que difícilmente motivan darla si alguno de esos factores desmerece de manera patente de un mínimo de calidad.

Su naturaleza jurídica, por tanto, es la propia de una donación del cliente hacia los empleados por el servicio recibido, conforme a lo dispuesto en los arts. 618 y 619 del Código Civil ¿CC - (618: "la donación es un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa a favor de otra, que la acepta" ; 619: "es también donación la que se hace a una persona por sus méritos o por los servicios prestados al donante, siempre que no constituyan deudas exigibles, o aquella en que se impone al donatario un gravamen inferior al valor de lo donado"), que no constituye salario por no provenir del empresario, y así lo tiene dicho desde antiguo la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, como lo revelan sus sentencias de 17 de mayo de 1974 (Ar. 2146), 1 de marzo de 1986 (Ar. 1177) y, ya en unificación de doctrina, 23 de mayo de 1991 (RCUD 1121/1990), que en el caso de las dos últimas mencionan expresamente esa naturaleza, aún a reserva de que, en el caso de la última y por el peculiar régimen jurídico del salario en el sector de los casinos de juego, una parte de ella tenga naturaleza salarial.

C) Conviene, en fin, no confundir las **propinas** con el sistema de participación en el servicio o porcentaje sobre la facturación del establecimiento, que en su día contemplaba el art. 52 de la derogada Ordenanza de Trabajo para la Industria de Hostelería, aprobada por OM de 28 de febrero de 1974, que constituía un complemento salarial específico y que el propio convenio de hostelería de Bizkaia con vigencia 2016/2017 (BOB del 28-En-16) permite mantener en su art. 5, aunque facultando a las empresas a sustituir esa forma de retribución por otra. Como el Juzgado señala y en el recurso no se cuestiona, el modo en que se reparten las **propinas** en la empresa demandada no está regulado *específicamente* en el mencionado convenio colectivo, de aplicación en la empresa, ni en una norma legal de índole laboral, pero ello no significa que carezca de regulación legal, en contra de lo que aquél indica.

Sin embargo, quedémonos con elementos del régimen jurídico de ese sistema de participación en el servicio de la derogada Ordenanza Laboral, pues bien se ve que en el reparto entraban tanto los camareros o personal de sala como el de cocina y otros que intervenían en el servicio, con porcentajes diferentes e, incluso sistemas diversos, en función de que el salario fijo de unos y otros se fijase con parámetros comunes o diferentes, pues en este segundo caso, la participación en el "tronco" era mayor, precisamente como compensación al menor salario fijo. Lo que de aquí nos interesa destacar es que en ese sistema, al reparto entraban todos los que intervenían en el servicio.

D) En nuestros usos sociales y salvo casos excepcionales, las **propinas** no tienen un destinatario individual en la persona que la recibe; es más, resulta habitual que el cliente no la entregue de manera individualizada a un concreto empleado del establecimiento, sino que la deja junto con el importe de la factura o, al devolverle los cambios, en la misma bandeja en que se entregan éstos, revelando así que la gratificación va destinada a un colectivo de personas, siendo de notorio conocimiento que en nuestros usos sociales las **propinas** las entregan los clientes, como regla general, por el conjunto del servicio recibido ¿la comida, la limpieza de la vajilla y del local, la atención de los camareros, etc- y no por la singular atención de la concreta persona que le ha atendido en mesa o barra (que con gran frecuencia no se contrae a un único camarero) ni por la recibida por el conjunto del personal de sala.

Esa circunstancia resulta decisiva para la entrada en juego de una regla, como es la del art. 637 CC en su inciso inicial ("cuando la donación hubiere sido hecha a varias personas conjuntamente, se entenderá por partes iguales"), como modo de repartir las **propinas**, poniendo así de manifiesto que sí existe regla jurídica para su atribución. Claro es que no es una norma especialmente destinada a regularlas, pero ya nos dice el propio Código Civil, en su art. 4.3 , que las disposiciones del mismo se aplican supletoriamente en las materias regidas por otras leyes. Las leyes laborales o el convenio colectivo de hostelería de Bizkaia podrían haber establecido un régimen jurídico específico para el reparto de las **propinas**, pero no lo han hecho y, ante ese vacío, opera ese precepto civil.



Y ese reparto, además, ha de hacerse entre el colectivo de personas que participan en el servicio, pues de lo contrario se estaría privando de ella a quienes son tan destinatarios naturales de la misma como los camareros. El art. 637 CC , interpretado en clave del principio de igualdad ante la ley del art. 14 CE , no admite que las **propinas** entregadas según ese uso social se repartan excluyendo a una parte del personal que ha intervenido de una u otra forma en el servicio, aportando cada uno de ellos su granito de arena para lograr la satisfacción del cliente determinante de su entrega, no existiendo razón objetiva alguna para su exclusión.

E) Ninguna de las partes demandadas ha alegado, como título jurídico para sustentar el modo de reparto de las **propinas** que se venía haciendo en la empresa demandada (y tampoco la sentencia funda ahí su pronunciamiento), que estemos ante unos usos o costumbres de los contemplados en el art. 3.1.c) del Estatuto de los Trabajadores (ET), pero no va a ser óbice para que expresamente descartemos que pueda evitar la aplicación de esa regla y ello por doble razón: a) en el ámbito laboral sólo operan cuando sean de ámbito local y profesional, lo que no es el caso de la práctica que siguen los camareros de la demandada, que limita su campo al del propio establecimiento; b) además, su aplicación requiere que no haya disposición legal aplicable (art. 3.4 ET) y aquí no sólo la hay sino que resulta contraria a esa práctica.

F) Si, a la luz de lo expuesto, analizamos el modo en que se reparten las **propinas** que entregan los clientes de la cafetería y restaurante de la empresa demandada, fácil es advertir que constituye una práctica contraria a nuestro ordenamiento jurídico, que no es respetuosa con la igualdad de trato que requiere la misma razón de ser por la que los clientes las entregan e incumple lo ordenado en el art. 637 CC , infringiendo con ello el principio de igualdad ante la ley constitucionalmente consagrado.

Dicho de otra forma, la pretensión de ELA, consistente en que las **propinas** se repartan entre todo el colectivo de personas y a partes iguales, tiene pleno amparo jurídico.

El recurso, por lo expuesto, merece estimarse.

SEXTO.- Cada parte ha de asumir las costas causadas, como es propio de la regla general en litigios de conflictos colectivos (art. 235.2 LJS), al no existir actuación temeraria o de mala fe por ninguno de ellos.

FALLAMOS

1º) Se estima el recurso de suplicación interpuesto por la representación legal de la Confederación Sindical ELA contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 4 de Bilbao, de 6 de abril de 2017 , dictada en sus autos nº 919/2016, seguidos a instancias de la hoy recurrente, frente a Gran Hotel Ercilla SA, la confederación sindical LAB, D. Abel y D. Cayetano , en litigio de conflicto colectivo sobre reparto de **propinas**, declarando que las **propinas** que entregan los clientes de la cafetería y restaurante de la demandada deben repartirse por partes iguales entre todos los empleados que prestan servicios en ellos, no siendo ajustado a derecho que se haga en exclusiva por los camareros y sólo entre ellos.

2º) Cada parte asume sus propias costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal, informándoles de que no es firme, pudiendo interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina en los términos y con los requisitos que se detallan en las advertencias legales que se adjuntan.

Una vez firme lo acordado, devuélvase las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen para el oportuno cumplimiento.

Así, por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgado, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E/

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el lltmo. Sr. Magistrado Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

ADVERTENCIAS LEGALES.-

Contra esta sentencia cabe recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por **Letrado** dirigido a esta Sala de lo Social y presentado dentro de los **10 días hábiles** siguientes al de su notificación.

Además, **si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia, deberá acompañar** , al *preparar* el recurso, el justificante de haber ingresado en esta Sala el importe de la condena; o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social, una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.



El recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la secretaría de esta Sala de lo Social al tiempo de *preparar* el recurso, la consignación de un depósito de 600 euros.

Los **ingresos** a que se refieren los párrafos anteriores se deberán efectuar, o bien en entidad bancaria del Banco Santander, o bien mediante transferencia o por procedimientos telemáticos de la forma siguiente:

A) Si se efectúan en una oficina del Banco Santander, se hará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de dicho grupo número 4699-0000-66-1337-17.

B) Si se efectúan a través de transferencia o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta número ES55 0049 3569 9200 0500 1274, haciendo constar en el campo reservado al beneficiario el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, y en el campo reservado al concepto el número de cuenta 4699-0000- 66-1337-17.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen en razón a su condición de trabajador o beneficiario del regimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.

FONDO DOCUMENTAL CEJ 03