



Roj: **STSJ AS 3898/2019 - ECLI:ES:TSJAS:2019:3898**

Id Cendoj: **33044340012019102866**

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

Sede: **Oviedo**

Sección: **1**

Fecha: **29/07/2019**

Nº de Recurso: **18/2019**

Nº de Resolución: **13/2019**

Procedimiento: **Conflicto colectivo**

Ponente: **JOSE LUIS NIÑO ROMERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AS 3898/2019,**
STS 2679/2021

T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL

OVIEDO

SENTENCIA: 20018/2019

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA ASTURIAS - SALA SOCIAL

C/ SAN JUAN Nº 10

Tfno: 985 22 81 82

Fax: 985 20 06 59

NIG: 33044 34 4 2019 0000023

CCO CONFLICTOS COLECTIVOS 0000018 /2019

DEMANDANTE/S: COMISIONES OBRERAS DE ASTURIAS, UGT ASTURIAS

ABOGADO/A: NURIA FERNANDEZ MARTINEZ, MONICA ALONSO GARCÍA

DEMANDADO/S: SERUNION SA

ABOGADO/A: RAFAEL RODRIGUEZ PEREZ

Sentencia núm. 13/2019

En OVIEDO, a veintinueve de julio de dos mil diecinueve.

Habiendo visto el T.S.J. ASTURIAS SALA SOCIAL compuesta por los Ilmos. Sres Magistrados D. FRANCISCO JOSÉ DE PRADO FERNÁNDEZ, Presidente, D^a PALOMA GUTIÉRREZ CAMPOS y D. JOSÉ LUÍS NIÑO ROMERO, el procedimiento CONFLICTOS COLECTIVOS NÚM. 18/2019 seguido a instancia de los Sindicatos COMISIONES OBRERAS DE ASTURIAS, representado por la Letrada D^a Nuria Fernández Martínez y UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES DE ASTURIAS, representado por la Letrada D^a Mónica Alonso García, contra la empresa SERUNION SA, representada por el Letrado D. Rafael Rodríguez Pérez, siendo Magistrado Ponente el **Ilmo. Sr. JOSÉ LUÍS NIÑO ROMERO**.

EN NOMBRE DEL REY, han pronunciado la siguiente

SENTENCIA

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Los Sindicatos COMISIONES OBRERAS DE ASTURIAS y UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES DE ASTURIAS presentaron demanda de CONFLICTO COLECTIVO contra la empresa SERUNION S.A., en la que exponían los hechos en que fundaban su pretensión, hacía alegación de los fundamentos de derecho que entendían aplicables al caso y finalizaban con la súplica de que, tras su legal tramitación se dicte sentencia en la que se acceda a lo solicitado en el suplico de la demanda.

SEGUNDO.- Que admitida a trámite la demanda, se han celebrado los actos de conciliación y juicio en fecha 18 de julio de 2019 con el resultado que obra en las actuaciones .

TERCERO.- En la tramitación de estos autos se han observado todas las prescripciones legales.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- Serunión, S.A., gestiona en Asturias, en virtud de la contrata correspondiente, el servicio de cafetería del 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 (ERA).

El número de trabajadores y trabajadoras afectados por este conflicto colectivo es de unos 110 aproximadamente.

Las relaciones laborales se rigen por el Convenio colectivo estatal del sector laboral de restauración colectiva.

SEGUNDO.- En los meses de septiembre y octubre de 2018 el servicio de auditoría interna de la empresa llevó a cabo una auditoría en la que el principal problema detectado fue la gestión del efectivo, así se advirtió descontrol de la trazabilidad del efectivo en el centro de trabajo, los cajeros no se identificaban en el uso de la terminal punto de venta (TPV), los cajones de ésta permanecían abiertos, había dinero fuera del cajón o de la máquina cashDro.

A consecuencia de lo anterior por la empresa se dio orden al departamento de auditoría de establecer un plan de acción. Testifical Zaida . Así se elaboraron unas recomendaciones por parte del citado servicio consistentes en las siguientes:

". Deben establecerse controles alrededor de los procedimientos de efectivo en lo que respecta a la separación de funciones (emisión de Z, segregar el proceso de conteo de efectivo, cierres de caja a ciegas, verificar fianzas) para reducir el riesgo de fraude y aumentar el nivel de trazabilidad de los flujos financieros.

. Las discrepancias de efectivo deben ser monitoreadas por el cajero y se deben establecer indicadores de fraude para detectar actividades inusuales e identificar una posible malversación de activos.

. El conteo de las cajas fuertes deben realizar, documentar y mantener en el centro.

. Los cajeros deben leer y aceptar los procedimientos de efectivo de Serunion.

. El proceso de ventas y el monitoreo del efectivo se podrían mejorar creando un acceso individual a las TPV y asegurándose de que las TPV no queden abiertas durante el servicio".

TERCERO.- El día 5 de noviembre de 2018 la dirección de la empresa remitió a Eva María , Directora Regional Serunión Sanidad Norte, junto con otros trabajadores y trabajadoras, un correo electrónico sobre la gestión de efectivo 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". Se indicaba a los destinatarios que había que asegurar que las prácticas propuestas se respetaran en los centros donde gestionan efectivo.

Las prácticas en concreto eran las siguientes:

".Lo que sí hay que hacer:

- Dejar trazabilidad de todos los movimientos del centro relativos al efectivo.

- Identificación por usuario.

- Validar datos en Caja Serunet diariamente.

- Minimizar el efectivo en el centro: Promover ventas en tarjetas bancarias o de fidelización.

- Entrega a Loomis de toda la recaudación en billetes (monedas max. una vez al mes).

. Lo que no hay que hacer:

- No picada de ventas.
- Traspaso de dinero entre centros, sin dejar evidencia documental.
- Acceso a las cajas fuertes por parte de personal no autorizado previamente.
- Realizar compras sin registro del gasto.
- Entrega a Loomis al último momento sin verificación previa / Cambios sistemáticos por el mismo importe.
- Permitir uso de "botes" en los centros".

Eva María el mismo día 5 de noviembre de 2018 reenvió el correo electrónico citado anteriormente a su equipo de colaboradores y colaboradoras, a quienes solicitó colaboración en el asunto.

En el centro de trabajo donde presta servicios Amelia, destinada desde 1997 en cafetería, se presentó el encargado y cogió el bote de propinas y manifestó que tenía órdenes del jefe superior de retirar el citado bote. Testifical Amelia.

CUARTO.- 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 en la zona y con las cajas registradoras/TPV/CashDro, en los términos que figuran en los folios 63 y 64, que se dan por reproducidos.

El sindicato Comisiones Obreras recomendó a los trabajadores no firmar las instrucciones elaboradas por la empresa.

QUINTO.- En los tickets de caja de la empleadora figura la expresión "no se admiten propinas".

El día 14 de noviembre de 2018 Eva María 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)", solicitando a la empresa que preparara una comunicación a los clientes en la que se les informara que no se aceptan propinas.

La empresa elaboró el cartel que figura al folio 161 en el que se dice que "nuestra mejor recompensa es que usted vuelva a visitarnos por eso no aceptamos propina".

El día 30 de enero de 2019 algunas trabajadoras y trabajadores de la cafetería del Centro Médico de Oviedo solicitaron a la empresa dejar sin efecto la prohibición de aceptar propinas.

SEXTO.- 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.

SÉPTIMO.- El importe anual que recibe cada trabajador o trabajadora por las propinas es de unos 90 ó 100 euros aproximadamente, dinero que se reparte solamente entre los trabajadores fijos pero no entre los temporales.

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

NOVENO.- Con fecha 3 de junio de 2019 la empresa demandada y la Asociación Española contra el Cáncer suscribieron un convenio de colaboración, cuyo objeto era la recaudación de fondos mediante la cesión por parte de la Asociación de sus huchas de establecimiento y folletos informativos, a distribuir en los 196 establecimientos de hostelería que regenta Serunión en territorio español.

DÉCIMO.- El día 2 de mayo de 2019 por la parte actora se promovió acto de mediación ante el SASEC, celebrándose el mismo el siguiente día 16 de mayo de 2019 con el resultado de sin avenencia.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- De conformidad con el artículo 97.2 de la LRJS los hechos declarados probados han resultado acreditados de la prueba practicada a instancia de las partes, según se especifica a continuación:

- . El primero, no controvertido
- . El segundo, de la declaración testifical de doña Zaida y de la documental obrante al folio 128.
- . El tercero, de la documental obrante a los folios 153 y 154 y 156 y 157, así como de la testifical de doña Amelia.

- . El cuarto, de la documental obrante a los folios 63, 64 y 65.
- . El quinto, de la documental obrante a los folios 160, 161, 164 y 69.
- . El sexto, de la declaración testifical de doña Eva María .
- . El séptimo, de la declaración testifical de don Abilio .
- . El octavo, de la prueba documental que figura a los folios 70 y 73.
- . El noveno, de la prueba documental obrante a los folios 166 y siguientes.
- . El décimo, de la documental que figura a los folios 5 y siguientes.

SEGUNDO.- La parte actora en este procedimiento interesa que se dicte sentencia por la que se declare la nulidad de la decisión adoptada por la mercantil demandada de suprimir las propinas en los centros de trabajo indicados en la demanda, y se 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. Se alega que la empresa presta el servicio de cafetería en los centros sanitarios y residenciales indicados en la demanda, actividad vinculada a una contrata pública o privada, de tal manera que los trabajadores han pasado subrogados de una empresa concesionaria a otra. Los trabajadores recibían de los clientes propinas cuando el servicio se realizaba a satisfacción del usuario, y el importe de estas propinas se introducía en un bote que luego se repartía entre toda la plantilla. El recibir propinas se convirtió en costumbre conocida y aceptada por los empleadores anteriores a la demandada, siendo por ello un uso o costumbre que rige las relaciones laborales. Desde el mes de noviembre de 2018 la empresa comunicó a los trabajadores de los centros de trabajo afectados la prohibición de las propinas, colocando también en las cafeterías un cartel que dice "este establecimiento no admite propinas", lo que supone una alteración de esta condición de trabajo adquirida por los trabajadores por la costumbre. Alteración que requería que la empresa hubiera reunido a los representantes de los trabajadores conforme establece el Estatuto de los Trabajadores para darles una explicación racional sobre su decisión, y negociar con ellos con vistas a la consecución de un acuerdo, si bien ha dispuesto de forma unilateral e imperativa de un derecho de otros, lo que se constituye en una modificación sustancial de condición de trabajo nula de pleno derecho de conformidad con el artículo 138.7 LRJS.

La empresa demandada se opone y plantea dos excepciones: la primera, falta de acción pues las propinas son ajenas a la empresa, dependen de un tercero y son ajenas a la relación laboral, y por ello no es condición de trabajo por lo que están fuera de las facultades directivas y de control de la empresa; y la segunda, caducidad de la acción de acuerdo con los artículos 138 LRJS y 41 y 59 ET al haber transcurrido los 20 días previstos en los citados preceptos desde la comunicación a los trabajadores. En cuanto al fondo del asunto, entiende que no procede acoger la demanda ya que la propina no es salario dependiendo de un tercero que no es el empresario, tampoco puede ser considerada como una condición más beneficiosa por lo que no hay un derecho adquirido, tratándose de una liberalidad que proviene de un tercero, y la propina no es una costumbre laboral pues no hay convicción de su obligatoriedad, tratándose de una donación que se rige por los artículos 618 y siguientes del Código Civil.

TERCERO.- Excepciones. La primera excepción que se formula por la empresa es la falta de acción, señalando al efecto que las propinas no dependen de la empresa sino de un tercero, no forman parte de la relación laboral y por lo tanto no son condición de trabajo por lo que están fuera de las facultades directivas y de control de la empresa.

En realidad la parte demandada no está planteando una excepción procesal sino de carácter material al afirmar que la parte actora carece de acción frente a la empresa, esto es, que no existe obligación jurídica alguna, de carácter legal, convencional, contractual o de cualquier otro tipo, por la que la empresa deba asumir lo pretendido en el suplico de la demanda. En tal caso, y dado que en la contestación a la demanda se propugnan los mismos argumentos en cuanto al fondo del asunto, la respuesta se dará más adelante al analizar la pretensión deducida por la parte actora. Por ello, en el plano puramente procesal, únicamente podría analizarse si existe legitimación pasiva por parte de la empresa. El artículo 17.1 de la LRJS, dispone que los titulares de un derecho subjetivo o un interés legítimo podrán ejercitar acciones ante los órganos jurisdiccionales del orden social, en los términos establecidos en las leyes. Al respecto, es conveniente recordar que, como es sabido, la actuación en el proceso exige dos condiciones básicas, que son la capacidad procesal y la legitimación. La primera es una condición de carácter general que pone de relieve la aptitud para ser titular de derechos u obligaciones en el ámbito procesal. En principio, la capacidad procesal depende de la capacidad en sentido civil, pues conforme establece el artículo 16 LRJS, podrán comparecer en juicio en defensa de sus derechos e intereses legítimos quienes se encuentren en el pleno ejercicio de sus derechos civiles. Por tanto, la capacidad procesal atribuye a los sujetos la posibilidad de ser parte en un proceso, ya sea en la posición activa o en la pasiva.

Por su parte, la legitimación es la cualidad que ostenta un sujeto de encontrarse en situación activa o pasiva dentro de una relación jurídica material deducida en juicio. En este sentido, la regulación procesal civil establece, en su artículo 10 LEC, que son partes legítimas a las que comparecen y actúan en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso. La legitimación activa se encuentra vinculada al poder de disposición del derecho controvertido en el proceso. Es titular del derecho quien tiene atribuido su ejercicio, salvo supuestos excepcionales de sustitución procesal o casos en los que la legitimación pueda fundarse, únicamente, en un interés legítimo. Así lo establece el transcrito artículo 17.1 LRJ, al indicar que tienen legitimación para actuar en un determinado proceso los titulares de un derecho subjetivo o un interés legítimo, quienes podrán ejercitar acciones ante los órganos jurisdiccionales del orden social, en los términos establecidos en las leyes. Mientras que la legitimación pasiva corresponde a la persona, física o jurídica, frente a la que se reclama algo por ser la responsable de un deber o de una obligación en el seno de la relación jurídica controvertida. En la medida en que, en el presente caso, la parte actora acciona frente a la empresa por un acto llevado a cabo por ésta relativo a las propinas que se dan en los centros de trabajo, existe legitimación pasiva y por ello la excepción ha de ser rechazada.

CUARTO.- Caducidad de la acción. La segunda excepción que se formula por la parte demandada es la caducidad de la acción. La empresa considera que ha transcurrido el plazo de caducidad de 20 días contemplado en los artículos 138 LRJS, y 41 y 59 del Estatuto de los Trabajadores.

El artículo 138.1 LRJS dispone lo siguiente: *El proceso se iniciará por demanda de los trabajadores afectados por la decisión empresarial, aunque no se haya seguido el procedimiento de los artículos 40, 41 y 47 del Estatuto de los Trabajadores. La demanda deberá presentarse en el plazo de caducidad de los veinte días hábiles siguientes a la notificación por escrito de la decisión a los trabajadores o a sus representantes, conforme a lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 59 del Estatuto de los Trabajadores, plazo que no comenzará a computarse hasta que tenga lugar dicha notificación, sin perjuicio de la prescripción en todo caso de las acciones derivadas por el transcurso del plazo previsto en el apartado 2 del artículo 59 del Estatuto de los Trabajadores.*

EL Tribunal Supremo ha señalado en su sentencia de 21 de octubre de 2014, recurso 289/2013, que *tras la entrada en vigor de la Ley 36/2011 (LRJS), el controvertido plazo de 20 días caducidad para la impugnación de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo es aplicable en todo caso, aun cuando no se haya seguido el trámite del art. 41 ET. Por consiguiente resulta baladí cualquier argumentación sobre el grado de cumplimiento del procedimiento que marca el citado precepto legal, ya que, con independencia de la mayor o menor acomodación a las exigencias del previo periodo de consultas, lo cierto es que la acción que se ejercitaba en la demanda había de someterse en todo caso al mencionado plazo de caducidad.*

La fijación de un plazo de caducidad perentorio constituye una garantía de la seguridad jurídica que para las partes se ha de derivar de la consolidación de una decisión no impugnada, de suerte que el transcurso del mismo actúa como ratificación de la aceptación de la parte social. De ahí que se exija la notificación escrita y que el plazo se inicie con dicha notificación de la decisión empresarial por escrito a los trabajadores o a sus representantes. Por ello, hemos señalado que, de no producirse la fehaciencia de la notificación, no cabe aplicar un plazo perentorio de caducidad tan breve e impeditivo del ejercicio de la acción (STS/4ª de 21 mayo 2013 - rec. 53/2012 -).

En el presente caso no se ha acreditado la existencia de una notificación escrita a los trabajadores por parte de la empresa en los términos contemplados en la legislación vigente, por lo que no cabría tomar en consideración el plazo de caducidad discutido aplicando la doctrina expuesta del Tribunal Supremo.

QUINTO.- La parte actora considera que la decisión empresarial tomada en el mes de noviembre de 2018, consistente en eliminar las propinas que recibía el personal de los clientes de las cafeterías en las que prestan servicio, supone una alteración de esta condición de trabajo adquirida por los trabajadores por la costumbre. Alteración que, según la parte actora, requería que la empresa hubiera reunido a los representantes de los trabajadores conforme establece el Estatuto de los Trabajadores para darles una explicación racional sobre su decisión, y negociar con ellos con vistas a la consecución de un acuerdo, si bien ha dispuesto de forma unilateral e imperativa de un derecho de otros, lo que se constituye en una modificación sustancial de condición de trabajo nula de pleno derecho de conformidad con el artículo 138.7 LRJS. Es por ello que solicita el reconocimiento del derecho de los trabajadores afectados a continuar recibiendo de los clientes usuarios, si así lo desean, las propinas que hasta ahora venían percibiendo. En el trámite de conclusiones la parte actora argumentó que la condición de trabajo no era cobrar la propina sino el derecho a poder cobrarlas, modificando entonces la pretensión deducida en la demanda que, dados sus términos, parte del derecho ya reconocido y reclama su continuación, modificación que no está permitida por el artículo 85.1 LRJS y por ello ha de estarse a lo alegado y suplicado en la demanda.

La cita que se hace al artículo 138 LRJS obliga a analizar si la propina se encuentra entre las condiciones de trabajo sujetas al régimen especial de modificación contenido en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, al que se remite expresamente. Efectivamente el último precepto citado permite al empresario acordar modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo cuando existan probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción. Si la modificación tiene carácter colectivo, esto es, si afecta a un número de personas trabajadoras superior a los umbrales contemplados en el apartado 2 del artículo 41 ET, la decisión empresarial debe ir precedida de un período de consultas del empresario con los representantes de los trabajadores con vistas a la consecución de un acuerdo.

El propio artículo 41.1 ET dispone que *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.
- c) Sistema de remuneración y cuantía salarial.
- d) Sistema de trabajo y rendimiento.
- e) Funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39.

SEXTO.- Procede entonces analizar si las propinas se encuentran entre alguna de las materias contempladas en el artículo 41 ET. De conformidad con los términos del artículo 26.1 del ET, el salario está constituido por el conjunto de las percepciones económicas que trabajador y trabajadora reciben como contraprestación por los servicios realizados para el empresario; la obligación de pago del salario recae sobre el empresario, de ahí que, como señala el TSJ de Murcia en su sentencia de 11 de enero de 2010, recurso 1024/2009, *la jurisprudencia del TS, (SS de 1/3/1986 ; 1 , 10 de julio y 10 de noviembre de 1986 ; 19 de febrero , 20 de mayo . 8 de junio , 14 de septiembre de 1987 , 9 y 10 de octubre de 1989) al pronunciarse sobre la naturaleza jurídica de las propinas que el trabajador pueda recibir de terceros, con ocasión de la prestación de sus servicios, viene manteniendo su carácter no salarial, porque "no son contraprestación de trabajo correlativas al beneficio que obtiene el empresario por hacer suyo el resultado, y que no están obligados a pagar, sino que provienen de los clientes que la realizan por liberalidad, en razón de los servicios prestados al donante (art. 619 del Código Civil) o mejor impelidos a ellos por un uso social que les hace regalarlas cuando ganan, sin obligación alguna jurídica de su abono, mas estando su práctica totalmente consolidada"*. La propina, por lo expuesto, no tiene carácter salarial ni se integra en ninguna de las otras materias contempladas en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, por lo que no estaría sometida al régimen especial de modificación previsto legalmente como se afirma por la parte actora en la demanda y, por ello, el empresario no estaría sujeto a la exigencia de negociación previa con los representantes de los trabajadores.

SÉPTIMO.- Por otra parte en la demanda y en la vista se hicieron referencias a que la percepción de la propina es una condición de trabajo adquirida por los trabajadores, negándose por la demandada que añadió también que la propina no puede considerarse una condición más beneficiosa. Empezando por lo segundo, hemos de coincidir con la empresa en que la propina no es una condición más beneficiosa, pues si ésta exige, por principio, que sea *"un beneficio concedido por la empresa en virtud de un acto de voluntad constitutivo de una concesión o reconocimiento de un derecho que supera a los establecidos en las fuentes legales o convencionales de regulación de la relación contractual de trabajo"* (s.s. T.S. de 25 de enero, 21 de mayo y 8 de julio de 1986), si no es la empresa quien lo concede y sí un tercero (el cliente), difícil es encajar el concepto de propina en el de condición más beneficiosa, aun cuando en la realidad signifique una mejora en la retribución global del trabajador (STSJ Cataluña de 22 de diciembre de 2012, recurso 5308/2008). Como precisa el Tribunal Supremo en su sentencia de 21 de febrero de 2019, recurso 124/2017, *la condición más beneficiosa sólo resulta posible en el marco del artículo 3.1c) ET esto es, como producto de la voluntad de las partes manifestada -expresa o tácitamente- en el contrato de trabajo, sin que en el presente caso se haya contractualizado el alegado derecho a la propina pues, como es obvio y no se discute, no depende su efectividad de la voluntad de las partes en el contrato de trabajo sino de terceros ajenos a esa relación. Además es reiterada la doctrina de la Sala Cuarta, que insiste en que lo decisivo es la existencia de voluntad empresarial para incorporar el beneficio al nexo contractual y que no basta la repetición o persistencia en el tiempo del disfrute, sino que es necesaria la prueba de la existencia de esa voluntad de atribuir un derecho al trabajador (así, SSTs 12/07/16 -rco 109/15 -, 19/07/16 -rco 251/15-, 01/02/17 -rco 119/16 -, 25/01/17 -rcud 2198/15-, y SG 13/07/17 -rcud 2976/15).*

En cuanto a la referencia hecha a la costumbre, el artículo 3 del Estatuto de los Trabajadores contempla como fuente de la relación laboral, en defecto de disposiciones legales, convencionales y contractuales, los usos y costumbres locales y profesionales. La doctrina (De Castro) ha definido la costumbre laboral como una

norma "creada e impuesta por el uso social y observada con convicción de su obligatoriedad. Su origen se encuentra fuera del poder del Estado, (...) y junto a su origen extra-estatal, es de esencia a la costumbre que las conductas repetitivas que la crean den lugar a un íntimo convencimiento social acerca de su carácter vinculante: la llamada "opinio iuris seu necessitatis" es elemento fundamental de la noma consuetudinaria. En el caso que nos ocupa no se discute que la propina es un acto voluntario de las personas que acuden a las cafeterías regentadas por la parte demandada, de tal manera que no existe nota de obligatoriedad que la caracterice como costumbre laboral, por lo que no puede considerarse que forme parte de la relación laboral como condición de trabajo. Como se expone en la sentencia del TSJ del País Vasco, de 18 de julio de 2017, recurso 1337/2017, *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, 1 de marzo de 1986 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.

En conclusión, 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. Es por ello que la demanda ha de ser desestimada.

OCTAVO.- Contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación, artículo 206.1 LRJS.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que desestimando la demanda de conflicto colectivo formulada por los sindicatos Comisiones Obreras de Asturias y Unión General de Trabajadores, frente a la empresa Serunión, S.A., debemos absolver y absolvemos a la parte demandada de las pretensiones deducidas en su contra. Sin costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes, uniendo su original el Libro de Sentencias, llevando testimonio al rollo de sala.

Medios de impugnación

Cabe **recurso de Casación ordinaria** ante la Sala 4ª del Tribunal Supremo, que habrá de prepararse en esta Sala del TSJ Asturias en el plazo de 5 días desde la notificación, mediante comparecencia o escrito de las partes, su abogado o representante, bastando la mera manifestación de los anteriores al ser notificados.

Depósito para recurrir

Conforme al artículo 229 LRJS, todo condenado que no sea trabajador, o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, junto a ese escrito debe justificar el ingreso del **depósito para recurrir (600 €)**.

Consignación o aseguramiento del importe de la condena

Asimismo, (artículo 230 LRJS), la parte condenada debe justificar, al preparar el recurso, haber **consignado en metálico**: bien la cantidad objeto de condena, bien el incremento de cuantía respecto de la fijada por el

Juzgado de lo Social, o bien el importe de la mejora voluntaria de la acción protectora de la Seguridad social o su incremento. Puede sustituirse esa consignación por el aseguramiento mediante **aval** solidario de duración indefinida, emitido por entidad de crédito, y pagadero a primer requerimiento.

Exenciones de los depósitos y consignaciones

Están exentos de la obligación de constituir los depósitos, cauciones, consignaciones o cualquier otro tipo de garantía previsto en las leyes: el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales, las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de los mismos; las entidades de derecho público reguladas por su normativa específica, los órganos constitucionales, los sindicatos, y quienes tuvieren reconocido el beneficio de justicia gratuita.

Forma de realizar el depósito o consignación

a).- Cuando se realicen **directamente en el banco**: se harán en la cuenta de Depósitos y Consignaciones que esta Sala de lo Social del TSJA tiene abierta en el Banco Santander, oficina de la calle Uría nº 1. El nº de cuenta correspondiente al **nº del asunto** se conforma rellenando el campo correspondiente con 16 dígitos, que son: 3366 0000 66, seguidos de otros cuatro dígitos que indican nº del rollo de Sala (se colocan ceros a su izquierda hasta completar los 4 dígitos); y luego las dos últimas cifras del año del rollo. En el formulario o impreso bancario hay indicar en el campo concepto: "**37 Social Casación Ley 36-2011**" si se trata del depósito, o "**consignación**" si se trata del importe de condena.

b).- Cuando los ingresos se realizan mediante **transferencia bancaria**, se hará constar: el código **IBAN** del BS: ES55 0049 3569 9200 0500 1274; **también** se rellenarán los campos **concepto** aludido, y observaciones donde constarán los 16 dígitos de la **cuenta** del recurso.

De efectuarse **diversos pagos o ingresos** en la misma cuenta se hará uno por cada concepto, aunque obedezcan a otros recursos de la misma o distinta clase, indicando en el campo de observaciones la fecha de la resolución recurrida y utilizando el formato dd/mm/aaaa.

Pásense las actuaciones al Sr. Letrado de la Administración de Justicia para cumplir los deberes de publicidad, notificación y registro de la Sentencia.

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