

CASACION núm.: 180/2019

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

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Alfonso Lozano De Benito

TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Social

Sentencia núm. 635/2021

Excmos. Sres.

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Ángel Blasco Pellicer

D. Sebastián Moralo Gallego

D. Juan Molins García-Atance

D. Ricardo Bodas Martín

En Madrid, a 17 de junio de 2021.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por el Sindicato Comisiones Obreras de Asturias, representado y defendido por la Letrada Sra. Fernández Martínez y el Sindicato Comisiones Obreras, representado y defendido por el Letrado Sr. Diego Ruiz, contra la sentencia nº 13/2019 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de 29 de julio de 2019, en autos nº 18/2019, seguidos a instancia de dichos recurrentes contra la empresa SERUNIÓN, S.A., sobre conflicto colectivo.

Ha comparecido en concepto de recurrida la empresa SERUNIÓN, S.A., representada y defendida por el Letrado Sr. Rodríguez Pérez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Los sindicatos Comisiones Obreras de Asturias y Unión General de Trabajadores interpusieron demanda de conflicto colectivo del que conoció la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias. Tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando se dicte sentencia por la que, *estimando la presente demanda, declare la nulidad de la decisión adoptada por la mercantil demandada, de suprimir las propinas en los centros de trabajo indicados, y reconozca el derecho de los trabajadores afectados a continuar recibiendo de los clientes usuarios, si así lo desean, las propinas que hasta ahora venían percibiendo, en los mismos términos y formas, obligándose a adoptar las medidas necesarias para la efectividad del fallo y con cuanto más proceda en derecho.*

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda de conflicto colectivo, se celebró el acto del juicio en el que la parte actora se afirmó y ratificó en la demanda, oponiéndose la demandada, según consta en acta. Recibido el juicio a prueba, se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

TERCERO.- Con fecha de 29 de julio de 2019 se dictó sentencia ahora recurrida, con el siguiente fallo: «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».

CUARTO.- Dicha sentencia declara probados los siguientes hechos:

«1º.- 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.

2º.- 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 Margarita Piñol. 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 defraude 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".

3º.- 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".

Cristina Domínguez 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 maría Leontina Suárez, 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 maría Leontina.

4º.- 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.

5º.- En los tickets de caja de la empleadora figura la expresión "no se admiten propinas". El día 14 de noviembre de 2018 Cristina Domínguez 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.

6º.- 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.

7º.- 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.

8º.- 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.

9º.- 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.

10º.- 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».

QUINTO.- Contra la expresada resolución se preparó recurso de casación a nombre del Sindicato Comisiones Obreras de Asturias,

representado y defendido por la Letrada Sra. Fernández Martínez y del Sindicato Comisiones Obreras, representado y defendido por el Letrado Sr. Diego Ruiz, en escrito de fecha 8 de septiembre de 2019, formalizó el correspondiente recurso, basándose en el siguiente motivo: ÚNICO.- Al amparo del art. 207.e LJS, por infracción del art. 41 ET, en relación con el art. 138.7 LJS.

SEXTO.- Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar procedente el recurso.

SÉPTIMO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 15 de junio actual, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes y términos del litigio.

Sobre la base fáctica que de inmediato resumiremos, se discute si una empresa de restauración colectiva puede disponer, de manera discrecional, que ya no se permite la percepción de propinas en sus establecimientos.

1. Hechos probados.

A) Más arriba ha quedado reproducida en su integridad la crónica realizada por el Tribunal de instancia, que no ha sido combatida por quienes litigan. Conforme a la misma:

La empresa (Serunión S.A.) gestiona cinco establecimientos de restauración colectiva en Asturias y, tras examinar los resultados de una auditoría interna (septiembre y octubre de 2018), acuerda proscribir los “botes” para propinas.

El 5 de noviembre de 2018 comunica a diversos miembros de su plantilla que ya no es posible admitir propinas, además de otras muchas medidas.

A partir de entonces en los tiques de caja aparece la frase "no se admiten propinas". Un cartel indica que "nuestra mejor recompensa es que usted vuelva a visitarnos por eso no aceptamos propina".

El personal fijo viene obteniendo un promedio anual de noventa o cien euros.

B) Asimismo en la Fundamentación Jurídica (FD Cuarto, in fine) indica la sentencia que “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”.

2. Conflicto colectivo.

Fecha el 20 de junio de 2019, la demanda de conflicto colectivo aparece promovida por los sindicatos Comisiones Obreras de Asturias (CCOO) y Unión General de Trabajadores (UGT). En esencia, lo que sostienen es:

A) Que Serunión S.A. se ha subrogado en contratos que son muy antiguas y el personal siempre ha podido percibir propinas.

B) Que esa condición constituye un derecho, sea como condición más beneficiosa, sea como costumbre profesional.

C) Que la empresa ha eliminado el derecho sin seguir los trámites previsto para la modificación sustancial de condiciones de trabajo (MSCT).

La demanda acaba solicitando que se declare “la nulidad de la decisión adoptada por la mercantil demandada, de suprimir las propinas en los centros de trabajo indicados, y reconozca el derecho de los trabajadores afectados a continuar recibiendo de los clientes usuarios, si así lo desean, las propinas que hasta ahora venían percibiendo, en los mismos términos y formas”.

3. Sentencia de instancia.

Mediante su sentencia 13/2019 de 29 de julio (proc. 18/2019) la Sala de lo Social del TSJ de Asturias desestima la demanda, entrando en el fondo del litigio y tras rechazar las excepciones de falta de acción y de caducidad. Repasemos sus líneas argumentales:

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

B) No puede contractualizarse el derecho a la propina pues su efectividad escapa a la voluntad de las partes del contrato de trabajo.

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

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

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

Como conclusión, en sus propias palabras, “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”.

4. Recurso de casación.

Disconformes con la referida resolución, con fecha 6 de septiembre de 2019, los sindicatos demandantes interponen recurso de casación, desarrollando un único motivo que se canaliza a través del artículo 207.e LRJS (“Infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate”).

Denuncian la infracción del art 41 ET en relación a lo dispuesto en el art 138.7 LRJS; consideran que está en juego una condición de trabajo y que su supresión unilateral por la empresa aboca a la nulidad.

Insisten en que su reclamación versa sobre el derecho a poder cobrar propinas, la posibilidad de que los usuarios puedan donar este dinero a los trabajadores si quieren. La posibilidad de percibir las propinas constituye una condición de trabajo, basada en la costumbre sectorial del ámbito de hostelería en este país.

5. Impugnación del recurso.

Con fecha 11 de noviembre de 2019 el Abogado y representante de la empresa impugna el recurso formalizado. Subraya el acierto de los argumentos acogidos en la sentencia recurrida: la propina es extrasalarial, depende de terceras personas y no puede integrarse como condición más beneficiosa.

Al estar ante una mera donación de los clientes, es imposible considerar que existe la costumbre profesional de referencia o que la empresa está generando un derecho laboral. Las normas civiles sobre donación son las aplicables.

6. Informe del Ministerio Fiscal.

Con fecha 12 de diciembre de 2019 el representante del Ministerio Fiscal ante esta Sala Cuarta emite el Informe contemplado en el artículo 214 LRJS, inclinándose por la estimación del recurso.

Concluye que “la decisión empresarial de impedir o prohibir las propinas es una modificación sustancial de las condiciones de trabajo en el ramo de hostelería /restauración que, como tal, debió seguir el procedimiento legalmente previsto para su modificación. En definitiva, procede acceder a lo expresado en el suplico de la demanda”.

7. Precisiones sobre el debate casacional.

A) Al margen de nuestro conocimiento han quedado las excepciones procesales desplegadas en la instancia (falta de acción, caducidad) toda vez que fueron desestimadas por la Sala de lo Social del TSJ de Asturias y no han sido reproducidas, sin que tampoco apreciemos ahora cualquier defecto de tal índole que debamos apreciar de oficio.

B) La sentencia recurrida advierte que “en el trámite de conclusiones la parte actora argumentó que la condición de trabajo no era cobrar la propina sino el derecho a poder cobrarla, modificando entonces la pretensión deducida en la demanda que, dados sus términos, parte ya del derecho reconocido y reclama su continuación, modificación que no está permitida por el art 85.-1 LRJS y por ello ha de estarse a lo alegado y suplicado en la demanda”. En el apartado 2 de este Fundamento hemos resumido el tenor de la demanda de conflicto colectivo y reproducido lo pedido.

Los recurrentes sostienen ahora que lo descrito por la STSJ no comporta alteración de su solicitud. Ahora bien, al no haber articulado un específico motivo de recurso para esa cuestión solo podemos abordarla de manera indirecta, esto es, al resolver sobre el fondo del asunto y ateniéndonos a los términos en que se ha suscitado el conflicto colectivo.

C) Por más que la sentencia recurrida dedique muy detallada atención a la naturaleza jurídica de la propina, al igual que sucede con los otros escritos presentados posteriormente por las partes, interesa recalcar que ahora no se debate eso, sino la regularidad de una decisión empresarial que elimina la posibilidad de percibirla.

SEGUNDO.- Las condiciones de trabajo y su modificación sustancial.

Buena parte del conflicto colectivo ha versado sobre el concepto de condiciones de trabajo, por lo que interesa ahora recordar algunos conceptos básicos relacionados.

1. Preceptos relevantes.

A) El artículo 41 ET (“Modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo”) dispone lo siguiente:

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

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

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

B) En dicho artículo 41, su apartado 4 se ocupa de los aspectos procedimentales, en los siguientes términos:

Sin perjuicio de los procedimientos específicos que puedan establecerse en la negociación colectiva, la decisión de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo deberá ir precedida de un periodo de consultas con los representantes legales de los trabajadores, de duración no superior a quince días, que versará sobre las causas motivadoras de la decisión empresarial y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados [...]

C) Por su lado, el artículo 138.7.IV LRJS prescribe que se declarará nula la decisión empresarial de MSCT que se adopte “eludiendo las normas relativas al periodo de consultas”.

D) El artículo 82 ET (“Concepto y eficacia”) dispone que los convenios colectivos obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia. Y añade que, *sin perjuicio de lo anterior, cuando concurren causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores legitimados para negociar un convenio colectivo conforme a lo previsto en el artículo 87.1, se podrá proceder, previo desarrollo de un periodo de consultas en los términos del artículo 41.4, a inaplicar en la empresa las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable, sea este de sector o de empresa.*

2. El concepto de MSCT.

A) En SSTs como las de 11 de diciembre de 1997 (rec. 1281/1997), 22 de septiembre de 2003 (rec. 122/2002), 10 de octubre de 2005 (rec. 183/2004), 26 de abril de 2006 (rec. 2076/2005), 17 abril 2012 (rec. 156/2011), 25 noviembre 2015 (rec. 229/2014), 12 septiembre 2016 (rec. 246/2015), entre otras muchas, se sienta doctrina de alcance general sobre qué significa que un cambio sea sustancial.

Por modificación sustancial de las condiciones de trabajo hay que entender aquéllas de tal naturaleza que alteren y transformen los aspectos fundamentales de la relación laboral, entre ellas, las previstas en la lista "ad exemplum" del art. 41.2 pasando a ser otras distintas, de un modo notorio, mientras que cuando se trata de simples modificaciones accidentales, éstas no tienen dicha condición siendo manifestaciones del poder de dirección y del "ius variandi" empresarial.

Ha de valorarse la importancia cualitativa de la modificación impuesta, su alcance temporal y las eventuales compensaciones pactadas, pues de tales circunstancias dependerá que la intensidad del sacrificio que se impone al trabajador, haya de ser calificado como sustancial o accidental, lo que conlleva que, en cada caso habrá que analizar las circunstancias concurrentes.

B) En esas sentencias se destaca la imposibilidad de trazar una noción dogmática de "modificación sustancial" y la conveniencia de acudir a criterios empíricos de casuismo, sosteniéndose al efecto por autorizada doctrina que es sustancial la variación que conjugando su intensidad y la materia sobre la que verse, sea realmente o potencialmente dañosa para el trabajador.

Para calificar la sustancialidad de una concreta modificación habrá de ponderarse no solamente la materia sobre la que incida, sino también sus características, y ello desde la triple perspectiva de su importancia cualitativa, de su alcance temporal e incluso de las eventuales compensaciones.

Para calificar una modificación como sustancial tendrá el intérprete que estudiar caso por caso, y su juicio deberá tener en cuenta siempre los elementos contextuales, así como "el contexto convencional e individual, la entidad del cambio, el nivel de perjuicio o el sacrificio que la alteración supone para los trabajadores afectados.

C) Modificaciones sustanciales son aquellas de tal naturaleza que alteran y transforman los aspectos fundamentales de la relación laboral, en términos tales que pasan a ser otros de modo notorio.

D) El supuesto del artículo 41 ET, en suma, solo contempla los casos en que la MSCT se produce por iniciativa unilateral de la empresa pero al amparo de causas determinadas. *"La norma facilita, entonces, el ajuste racional de las estructuras productivas a las sobrevenidas circunstancias del mercado, fruto de la variable situación económica, con el objetivo de procurar el mantenimiento del puesto de trabajo en lugar de su destrucción, atendiendo así a fines constitucionalmente legítimos, como son garantizar el derecho al trabajo de los ciudadanos (art. 35.1 CE), mediante la adopción de una política orientada a la consecución del pleno empleo (art. 40.1 CE), así como la libertad de empresa y la defensa de la productividad (art. 38 CE)"*, por asumir los términos de la STC 8/2015, de 22 de enero.

3. La construcción del artículo 41.3 ET.

Como señala la STS 18 septiembre 2008 (rcud. 1875/2007), nadie puede ser obligado a trabajar de forma distinta a la pactada en el contrato. Por eso, "el art. 41 ET, reconoce al trabajador que resulte perjudicado por la decisión patronal, el derecho a rescindir su contrato y a percibir una indemnización de 20 días de salario por año de servicio, que es la que abonó la empresa en este caso, tanto si la modificación sustancial es de carácter individual (número 3) como si es colectiva (número 4). Y no condiciona dicho derecho a la previa impugnación de la decisión empresarial ante la jurisdicción competente, sino que habilita al trabajador a rescindir directamente su contrato sin necesidad de esperar la confirmación judicial de que la medida adoptada es correcta".

En este sentido, la STS 1010/2018 de 4 diciembre (rcud. 470/2017) expone que el art. 41.3 ET "autoriza a los trabajadores a resolver el contrato si una modificación sustancial de las condiciones de trabajo les produce un perjuicio. La acción resolutoria que se les reconoce, trata de paliar los efectos derivados de una alteración contractual que sobrepasa unos límites objetivos, evitando a su vez que las decisiones unilaterales de la empresa se fundamenten en valoraciones subjetivas".

4. La STS 853/2016 de 18 octubre (rcud. 494/2015).

La STS 853/2016 de 18 octubre (rcud. 494/2015) afronta el tema de si una reducción salarial del 3'87%, requiere probar que la modificación ha causado un perjuicio al afectado por ella o si esa prueba no es precisa porque la existencia del perjuicio deriva, se presume, por el simple hecho de la MSCT. En ella se sienta una importante y clara doctrina:

1º) Para que proceda la rescisión indemnizada del contrato debe acreditarse la existencia de un perjuicio, prueba cuya carga incumbe a quien lo sufre por ser el elemento constitutivo de su pretensión y por ser la parte que mejor conoce el daño y puede probarlo (art. 217.1 LEC).

2º) Es imposible presumir la existencia del perjuicio, al no existir ninguna disposición legal que lo permita.

3º) La interpretación lógica, sistemática y finalista de los preceptos en presencia (art. 41.3 Et y art. 40.1 ET) muestra que en la MSCT la rescisión indemnizada del contrato se condiciona a la existencia de un perjuicio, lo que no hace en los supuestos de traslados forzosos, lo que evidencia que en estos casos si da por probado el perjuicio.

4º) Que la modificación de las condiciones deba ser sustancial evidencia que el perjuicio debe ser relevante, pues en otro caso no se establecería la posibilidad de rescisión contractual que la ley reserva para los graves incumplimientos contractuales (*art. 50 ET*).

5º) No sería razonable, ni proporcional, sancionar con la rescisión contractual indemnizada cualquier modificación que ocasionara un perjuicio mínimo, al ser ello contrario al espíritu de la norma que persigue la supervivencia de la empresa en dificultades, económicas en este caso, que se agravarían si todos los afectados rescindiesen sus contratos.

5. La relevancia del concreto perjuicio económico.

Como acaba de verse, para nuestra doctrina es decisivo el alcance del concreto perjuicio económico que sufre la persona afectada por la reducción salarial. No basta con que estemos ante una MSCT tramitada como tal, sino que ha de compartir esa adicional consecuencia.

En concordancia, hemos descartado la posibilidad de trasladar la doctrina de referencia (al hilo de una rebaja en torno al 4% del salario) al caso en que su entidad es más del triple. Nuestro ATS de 13 junio 2019 (rcud. 1502/2018) traslada esa consideración al terreno procesal y descarta que las sentencias opuestas sean contradictorias:

“El porcentaje del salario afectado por la modificación sustancial de las condiciones de trabajo analizada por la sentencia recurrida es muy superior (14,44%) al porcentaje barajado por la sentencia de contraste (3,87%), de ahí las diferentes calificaciones judiciales en torno a la existencia o no de perjuicio relevante para los respectivos trabajadores afectados por las modificaciones sustanciales proyectadas sobre el salario”.

La STS 720/2020 de 20 julio (rcud. 822/2018) razona que si el legislador hubiera querido que toda MSCT comportara el derecho a que las personas afectadas pudieran extinguir su contrato con derecho al percibo de la indemnización expuesta (art. 41.3 ET) y acceder a la situación legal de desempleo (art. 267.1.5º LGSS) debiera haber redactado el artículo 41.3 ET en otros términos:

Porque en él no hay automatismo, sino supeditación de la facultad tipificada a que concurra una circunstancia adicional a la de haberse introducido un cambio relevante en las condiciones de empleo. Que el sujeto afectado “resultase perjudicado” significa que lo uno (introducción de una MSCT afectante a la remuneración) no comporta lo otro (perjuicio). La realidad ha mostrado casos de alteración del sistema remunerador (por ejemplo, método para satisfacer comisiones carece de consecuencias desfavorables para determinados trabajadores).

Cuando se trata de una rebaja retributiva (supuesto prototípico de MSCT en la materia) la existencia de perjuicio resulta difícil de negar. Lo que ha hecho nuestra doctrina, a la que debemos dar aplicación por las razones expuestas., es identificar esas desfavorables consecuencias (desde la perspectiva del artículo 41.3) con las de cierta enjundia.

TERCERO.- Caracterización de la propina.

Otro aspecto nuclear del debate versa sobre la naturaleza de la propina, entendiendo por tal la donación que, voluntariamente, la clientela puede realizar en favor de quienes le han atendido.

La doctrina que seguidamente condensamos está presente en múltiples sentencias de esta Sala Cuarta. Entre ellas conviene recordar las SSTS 7 noviembre 1985 (ECLI:ES:TS:1985:1442); 10 noviembre 1986 (ECLI:ES:TS:1986:12766); 19 febrero 1987 (ECLI:ES:TS:1987:13675); 8 junio 1987 (ECLI:ES:TS:1987:12057); 14 septiembre 1987 (ECLI:ES:TS:1987:14360); 23 mayo 1991 (ECLI:ES:TS:1991:2654); 8 febrero 2003 (rcud. 4197/2001); 24 junio 2010 (rcud. 4113/2009); 6 julio 2010 (rcud. 4300/2009); 20 julio 2010 (rcud. 4294/2009); 1 febrero 2011 (rcud. 2385/2010); 20 septiembre 2011 (rcud. 416/2011); 17 julio 2012 (rcud. 3626/2011); 573/2017 de 29 junio (rec. 186/2016) y 581/2020 de 2 julio (rcud. 728/2018).

1. Carácter de liberalidad.

La identificación de la propina como “liberalidades” aparece en nuestras sentencias de manera recurrente, como es de ver, por ejemplo, en la STS 7 noviembre 1985 (ECLI:ES:TS:1985:1442). Y es que “no constituyen una contraprestación debida por la empresa en razón al trabajo realizado, al proceder de la mera liberalidad de un tercero, el cliente del Casino” (STS 14 septiembre 1987; ECLI:ES:TS:1987:14360).

La STS 23 mayo 1991 (ECLI:ES:TS:1991:2654), con cita de precedentes, insiste en que “el salario es la contraprestación pecuniaria o en especie que ha de abonar el empresario al trabajador por su tarea y que no han de tener consideración salarial las propinas procedentes de los jugadores que 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

proviene 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”.

2. El caso de los casinos.

La regulación sectorial aplicada en las Casas de juego y Casinos ha venido disponiendo que una parte de las propinas se destinase al abono de salarios y cargas sociales, mientras que el resto se distribuía entre la plantilla. A la vista de ello, nuestra doctrina concluyó que las propinas, en cuanto exceden de la retribución garantizada por la empresa, suponen un ingreso no computable para determinar el salario regulador a efectos de despido, pues dicho exceso depende de la mera liberalidad de un tercero: los clientes del casino. La STS 14 septiembre 1987 (ECLI:ES:TS:1987:14360) compendia la doctrina acuñada en múltiples ocasiones: aunque también se financia con cargo a las propinas, sí tiene, por el contrario, la consideración de salario, la parte correspondiente del *tronco* que se liquidaba periódicamente en tal concepto.

En ello ha insistido, por ejemplo, la STS 19 febrero 1987 (ECLI:ES:TS:1987:13675): el importe de las propinas que entregan los jugadores en Casinos o Casas de Juego y que pasan a integrar el llamado "tronco" no se convierte, sin más, en salarios, pues dicha percepción, en cuanto excede del total salarial garantizado, tiene un concepto distinto al proceder de reales cantidades que no son de la Empresa, cuya repercusión en los términos que se pretenden darían lugar a un enriquecimiento injusto. El precepto del convenio no atribuye ni expresa ni tácitamente carácter salarial a tan aludido "tronco de propinas », sino que tan sólo establece un criterio paccionado de distribución impuesto o predeterminado, que en nada modifica las efectivas contraprestaciones salariales exigibles a la Empresa, ni determina que ésta, en la eventualidad de inexistencia de propinas o liberalidades, no siga obligada al pago de las retribuciones garantizadas, al margen de que aquéllas ni se integran ni entran en acervo patrimonial de la Empresa, sino que permanecen en cuenta especial aparte de aquél, y ya que los Convenios Colectivos tienen un contenido mucho más amplio que la regulación de las retribuciones salariales al tener cabida en los mismos cuantos pactos o estipulaciones son referentes al mundo del trabajo.

3. El caso de la hostelería.

La STS 17 julio 2012 (rcud. 3626/2011) se centra en determinar el modo de aplicar la previsión contenida en el artículo 31 del Convenio Colectivo Provincial de Hostelería de Santa Cruz de Tenerife que, por remisión al artículo 52 de la antigua Ordenanza Laboral de Hostelería, establece que las empresas pagarán a sus

trabajadores “en concepto de servicio... los porcentajes que a continuación se relacionan sobre el importe neto de las facturas satisfechas por los clientes: 1.15 por 100 en los establecimientos de las Secciones primera, segunda y tercera...”. El trabajador –recurrente– estima que, en aplicación literal del precepto transcrito, el importe neto de la factura que abona el cliente es el total de la misma detrayéndole exclusivamente los impuestos; y, al resultado de esa resta es al que hay que aplicar el 15 por 100. Pero la empresa mantiene del total bruto de la factura también debe detrarse un tercer concepto que se incluye en las facturas, precisamente, el 15 por 100 para el «servicio», y sobre el resultado de ambas detracciones calcular entonces el 15 por 100 que por Convenio hay que abonar a los trabajadores.

El problema había sido ya clarificado por diversas SSTS como las de 24 octubre 2010 (rcud. 4113/2009); 6 julio 2010 (rcud. 4300/2009); 20 julio 2010 (rcud. 4294/2009); 20 enero 2011 (rcud. 1987/2010); 1 febrero 2011 (rcud. 2385/2010); 20 enero 2011 (rcud. 1987/2010); 14 marzo 2011 (rcud. 3401/2010) o 20 septiembre 2011 (rcud. 416/2011). Reiterando lo expuesto en diversas ocasiones, la doctrina unificada dice así:

“[...] se debe aplicar en sus estrictos términos el artículo 52 de la Ordenanza de Hostelería, aplicable por remisión del artículo 31 Convenio Colectivo, y calcular el 15 por 100 destinado al servicio “sobre el importe neto de las facturas satisfechas, es decir, una vez deducido el IGIC correspondiente”, esto es los impuestos. Y la razón de ello no puede ser más evidente: si la empresa carga en la factura al cliente un 15 por 100 destinado al servicio –detalle que, dicho sea de paso, puede aminorar y hasta suprimir la generosidad del cliente a la hora de dejar alguna propina- es claro que es ese 15 por 100, y no ninguna otra cantidad menor, la que debe destinarse al complemento debatido. Es decir, el empresario debe limitarse a pagar con una mano lo que previamente ha cobrado con la otra con destino a idéntica finalidad: retribuir el servicio de sus empleados –en esta parte complementaria- con exactamente la cantidad que el cliente ha pagado en tal concepto. Cualquier proceder contrario, en el sentido de aminorar esa cantidad, perjudica indebidamente al trabajador y defrauda la confianza del cliente. Pero, sobre todo, infringe los preceptos citados de aplicación al caso”.

4. Naturaleza extrasalarial.

A salvo el singular caso de las casas de juego, con la expuesta dualidad ontológica, la propina siempre se ha configurado como una remuneración de carácter extrasalarial.

La citada STS 23 mayo 1991 (ECLI:ES:TS:1991:2654) descartó el carácter salarial a “las propinas procedentes de los jugadores (de los casinos de juego) que

no son contraprestaciones de trabajo correlativas al beneficio que el empresario obtiene por hacer suyo el resultado". Y las sentencias sobre propinas en casas de juego han advertido siempre sobre la imposibilidad de considerar como salario la propina que excede del importe garantizado por convenio. Por todas, en ese sentido, la STS 10 noviembre 1986 (ECLI:ES:TS:1986:12766).

En el mismo sentido, la STS 7 noviembre 1985 (ECLI:ES:TS:1985:1442): dichas características [las del salario] no concurren, en aquellas percepciones irregulares o variables en su producción y en su cuantía, imprevisibles e incuantificables, absolutamente inexigibles del patrono o de un tercero, que no retribuyen actividad laboral específica, ya retribuida por otra vía, y que dependen de una mera liberalidad de un bienhechor (cliente) ajeno a dicha relación laboral.

CUARTO.- El derecho a percibir propinas.

Sentadas las bases normativas y doctrinales, ya podemos abordar de manera frontal la resolución del recurso, que va a ser estimatoria.

1. Recapitulación.

De cuanto hemos expuesto más arriba derivan unas claras conclusiones, expresadas en la siguiente tabla:

- Salvo en el especial caso de los Casinos, las propinas son ajenas al salario garantizado y poseen naturaleza extra salarial.
- Estamos ante una liberalidad, de manera que la clientela decide si las abona o no.
- La lista de condiciones de trabajo contempladas por el artículo 41 ET es meramente ejemplificativa, de modo que aspectos del contrato de trabajo diversos del salario pueden integrarse en ese concepto.
- La percepción de propinas no puede esgrimirse como un derecho frente a la clientela, habida cuenta de su carácter voluntario.
- En cuanto exceden de la retribución garantizada por la empresa, carecen de la consideración de salario al no constituir una contraprestación debida por la empresa en atención al trabajo, sino un ingreso que se produce por la liberalidad de un tercero.
- En suma, las propinas se excluyen del concepto de salario, al ser percibidas por el trabajador con ocasión de su trabajo, por

no proceder del ingreso del patrimonio empresarial sino de un tercero.

Por consiguiente, el paso último para la resolución del litigio ha de venir dado por el examen de las condiciones en que vienen percibiendo propinas las personas afectadas por el conflicto. Debemos despejar dos interrogantes sucesivos: si estamos ante una condición de trabajo y si la decisión adoptada por Serunión de impedirles equivale a una MSCT.

2. La posibilidad de percibir propina, como condición de trabajo.

A) Queda advertido que hemos de salir al paso del desenfoque en que incurre la sentencia recurrida, certeramente denunciado por los sindicatos que la combaten. El debate planteado en el conflicto colectivo no puede desplazarse hacia el de la naturaleza jurídica de la propina, sea desde la óptica de quienes la abonan (liberalidad, donación), sea de quienes la perciben (extrasalarial).

Es palmario que quienes acuden a los establecimientos que gestiona Serunión no pueden ser compelidos al abono de una propina so pretexto de que nos encontramos ante una costumbre, del mismo modo que la empresa tampoco ha generado el derecho (condición más beneficiosa) a que la clientela la satisfaga obligatoriamente.

Lo que está en discusión es si la condición de trabajo consistente en poder percibir propinas puede ser unilateralmente abolida por la empresa, sin someterse al régimen de las modificaciones sustanciales de trabajo.

B) La empresa demandada, al igual que sus predecesoras, ha venido permitiendo la ocasión de ganancia que para quienes prestan servicios representa el percibo de propinas. Es tras conocer los resultados de su propia auditoría, la empleadora toma las decisiones que propician el litigio.

Pues bien, digamos ya que esa posibilidad de obtener unos ingresos adicionales a los salariales, no satisfechos por la empresa, de cuantía, e incluso existencia, incierta, constituye una clara ventaja o condición de empleo y que ha venido incorporada al acervo patrimonial de los empleados.

C) La existencia del derecho a percibir propinas como parte integrante del contrato de trabajo, que es algo bien diverso a su consideración salarial, aparece contemplada en numerosos supuestos. Como mero ejemplo, la STS 581/2020 de 2 julio (rcud. 728/2018) examina, con naturalidad, un despido disciplinario basado en la apropiación de dinero de la caja registradora y del bote de las propinas; se parte

de que esta conducta puede constituir una grave transgresión de los deberes contractuales.

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

D) Siendo abierto el listado del artículo 41.1 ET, ni el carácter extrasalarial de la propina ni su dependencia de la voluntad de terceras personas impiden que la posibilidad de recibir esas liberalidades de la clientela se considere como una verdadera condición de trabajo.

En ese sentido se manifiesta el Informe del Ministerio Fiscal cuando reflexiona que cualquier trabajador de estos ramos piensa en las propinas como un cierto complemento y que en caso de excluirse contractualmente intentaría negociar una compensación

El carácter laboral de la decisión empresarial queda en evidencia cuando analizamos la propia forma en que Serunió adopta y traslada su decisión o los argumentos que despliega para sostener su validez.

Este carácter laboral del derecho a percibir propinas nada tiene que ver con su naturaleza, con su eventual tributación o con los problemas que suscita el que se excluya de su disfrute a quienes carecen de fijeza.

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

3. La decisión sobrevenida de impedir las propinas, como MSCT.

Entre los hechos probados aparece un dato acerca de la cuantía promediada de las propinas (en torno a cien euros anuales), lo que pareciera apuntar a la exigua trascendencia económica de la decisión empresarial combatida y, por tanto, a la desestimación de la demanda. Sin embargo, en nuestro caso no parece que ese sea el parámetro adecuado para valorar la trascendencia de lo impugnado ya que:

A) Aquí no estamos ante prestaciones abonadas por la empresa y son inaplicables las reflexiones sobre rebaja retributiva acordada por la misma.

B) Aquí no se está discutiendo el derecho a extinguir el contrato al amparo de una MSCT especialmente perjudicial, sino la validez de la eliminación de una condición laboral.

C) En pro del mantenimiento de las condiciones de trabajo, salvo que se alteren por las vías legalmente previstas, juega también el que estemos ante supuesto en el que ha habido subrogaciones empresariales que han admitido la posibilidad de percibir las propinas.

D) El importe de la propina, así como su propia existencia, es del todo incierto pues depende de la libre voluntad de terceros; no cabe cifrar su valor económico por lo que haya sucedido en el pasado.

E) La finalidad de la propina no es solo económica, sino que también gratifica moralmente, al comportar un reconocimiento o satisfacción de la clientela.

F) La vinculación entre los desórdenes contables detectados por la auditoría y la prohibición de percibir propinas comporta también cierta conexión entre ambos conceptos, que perjudica el honor de quienes trabajan.

G) Estamos ante una decisión empresarial que no se presenta como temporal sino como definitiva.

Al cabo, lo que ha hecho Serunion es eliminar una posibilidad de ingresos adicionales alguna, terminando con una práctica bien conocida en el sector y abortando la posibilidad de disfrutar del reconocimiento moral sobre la calidad o esmero en la tarea desempeñada.

Desde luego, consideramos que la empresa puede acordar válidamente la prohibición de que su plantilla sea gratificada por la clientela, por así derivar de su poder de organización y dirección (arts. 1.1 y 20.1 ET). Ahora bien, cuando esa posibilidad de ganancia económica y recompensa moral preexiste ha de seguir el procedimiento fijado al efecto por el artículo 41 ET, por estar ante una condición de trabajo cuya eliminación posee relevancia desde diversas perspectivas.

QUINTO.- Resolución.

1. La sentencia recurrida ha deducido del carácter extrasalarial y de la ontología libérrima de la propina la imposibilidad de que la misma constituya una condición de trabajo cuya alteración deba sujetarse a las reglas propias de tal figura. Tiene razón el recurso cuando postula que la condición laboral existe, pero entendida como tolerancia empresarial a que la clientela abone las propinas.

La eliminación de esa ocasión de ganancia por parte de la empresa constituye un cambio relevante, no tanto en su dimensión económica (siempre incierta) sino en aspectos atinentes al clima de trabajo y a la existencia de estímulos o recompensas honoríficas.

2. El artículo 215.c) LRJS prescribe que, en el recurso de casación, “la Sala resolverá lo que corresponda dentro de los términos en que aparezca planteado el debate, con preferencia de la resolución de fondo del litigio, incluso sobre extremos no resueltos en su momento en la sentencia recurrida por haber apreciado alguna circunstancia obstativa, así como, en su caso, sobre las alegaciones deducidas en los escritos de impugnación, siempre y cuando el relato de hechos probados y demás antecedentes no cuestionados obrantes en autos resultaran suficientes”.

3. Al no haberse ajustado la decisión empresarial a las exigencias del artículo 41 ET, su decisión carece de validez. Así se desprende del artículo 138.7 LRJS, conforme al cual “se declarará nula la decisión adoptada en fraude de Ley, eludiendo las normas relativas al periodo de consultas establecido en los artículos 40.2, 41.4 y 47 del Estatuto de los Trabajadores”.

4. La demanda postula que acordemos “la nulidad de la decisión adoptada por la mercantil demandada, de suprimir las propinas en los centros de trabajo indicados, y reconozca el derecho de los trabajadores afectados a continuar recibiendo de los clientes usuarios, si así lo desean, las propinas que hasta ahora venían percibiendo, en los mismos términos y formas”. Por las razones que hemos ido exponiendo, vamos a estimar la pretensión en los términos que el segundo inciso del petitum posee (derecho a seguir percibiendo las propinas), sin que podamos asumir en nuestro fallo la íntegra conservación de “los mismos términos y formas” que los precedentes; y es que queda constancia de que se viene dando un diverso trato en función de la duración contractual, regla opuesta a diversas normas de la UE y nacionales (comenzando por la muy clara del artículo 15.6 ET).

5. Conforme al artículo 235.3 LRJS “La regla general del vencimiento establecida en el apartado anterior, no se aplicará cuando se trate de proceso sobre conflicto colectivo, en el que cada parte se hará cargo de las costas causadas a su instancia. Ello no obstante, la Sala podrá imponer el pago de las costas a cualquiera de las partes que en dicho proceso o en el recurso hubiera actuado con temeridad o mala fe”.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido :

1) Estimar el recurso de casación interpuesto por el Sindicato Comisiones Obreras de Asturias, representado y defendido por la Letrada Sra. Fernández Martínez y el Sindicato Comisiones Obreras, representado y defendido por el Letrado Sr. Diego Ruiz.

2) Casar y anular la sentencia nº 13/2019 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de 29 de julio de 2019, en autos nº 18/2019, seguidos a instancia de dichos recurrentes contra la empresa SERUNIÓN, S.A., sobre conflicto colectivo.

3) Estimar parcialmente la demanda de referencia y declarar la nulidad de la decisión adoptada por la empresa sobre percepción de propinas y declarar el derecho de las personas afectadas por el conflicto colectivo a continuar recibiendo

propinas por parte de la clientela, sin excluir a quienes están laboralmente vinculados mediante relaciones de duración determinada.

4) Acordar que cada parte asuma las costas causadas a su instancia.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

VOTO PARTICULAR que formula el Excmo. Sr. D. Ángel Blasco Pellicer a la sentencia dictada en el recurso de casación 180/2019.

De conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) y 205 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), formulo Voto Particular discrepante a la sentencia dictada por la Sala en el recurso de casación número 180/2019, para exponer la tesis que sostuve en la deliberación, sin ningún éxito a la vista del resultado de la misma.

Desde el máximo respeto a la opinión mayoritaria de la Sala plasmada en la sentencia de la que discrepo, paso a exponer, de manera sucinta, los argumentos en los que se basa mi discrepancia.

Debo comenzar reseñando que comparto plenamente las consideraciones que en el texto de la sentencia se realizan respecto a la naturaleza jurídica de las propinas, su carácter extrasalarial cuya percepción depende, exclusivamente, de la liberalidad de un tercero ajeno a la relación laboral y de que, en nuestro ordenamiento jurídico no es posible, salvo excepciones en determinados sectores en cuyos convenios se regula este tipo de percepciones, que las propinas puedan liberar al empresario del pago completo de las percepciones salariales y extrasalariales previstas en la regulación legal, convencional o contractual de referencia. Igualmente, comparto que el problema que se suscita en el asunto no se refiere directamente a las propinas,

sino al derecho al percibo de las mismas ligado a la conducta empresarial consistente en solicitar a los clientes que no den propinas.

Mi discrepancia se refiere a la configuración que hace la sentencia recurrida respecto a la decisión empresarial como modificación sustancial de condiciones de trabajo y la consiguiente necesidad de seguir el procedimiento del artículo 41 ET para la adopción de las indicadas previsiones empresariales, teniendo en cuenta que, según la inalterada relación de hechos probados de la sentencia recurrida, el importe anual que, como propina, venía ingresando cada trabajador oscilaba entre noventa y cien euros; y, teniendo en cuenta además, que el derecho a la percepción de propinas solo alcanzaba al personal fijo y no al contratado temporalmente.

El fundamento de mi discrepancia descansa en la configuración que respecto del concepto “modificación sustancial de condiciones de trabajo” ha venido realizando la Sala. Así, la STS de 8 noviembre 2011, Rcod. 885/2011, precisó que “la «modificación sustancial» es un concepto jurídico indeterminado, cuyos difusos contornos han llevado a destacar la imposibilidad de trazar una noción dogmática de la misma y la conveniencia de acudir a criterios empíricos de casuismo (entre tantas otras, anteriores y posteriores, SSTS de 22 de septiembre de 2003 -rec. 122/02 -; de 10 de octubre de 2005 -rec. 183/04 -; y de 26 de abril de 2006 -rec. 2076/05-), pero en cuya delimitación son útiles los siguientes criterios: 1º) «hay que acudir a una interpretación racional y entender por tal aquella que no es baladí y que implica para los trabajadores una mayor onerosidad con un perjuicio comprobable»; 2º).- por modificación sustancial de las condiciones de trabajo hay que entender aquéllas de tal naturaleza que alteren y transformen los aspectos fundamentales de la relación laboral, entre ellas, las previstas en la lista «ad exemplum» del art. 41.2 pasando a ser otras distintas, de un modo notorio, mientras que cuando se trata de simples modificaciones accidentales, éstas no tienen dicha condición siendo manifestaciones del poder de dirección y del «ius variandi» empresarial»; y 3º) hay que atender al contexto convencional e individual, a la entidad del cambio, el nivel de perjuicio o el sacrificio que supone para los afectados (con cita de sus precedentes, SSTS 22/09/03 -rco 122/02 -; 10/10/05 -rco 183/04 -; 28/02/2007 -rco 184/05 -; y 28/01/09 -rco 60/07 -). O más sintéticamente, modificaciones sustanciales son aquellas de tal naturaleza que alteran y transforman los aspectos fundamentales de la relación laboral, en términos tales que pasan a ser otros de modo notorio (SSTS 21/03/06 -rco 194/04 -; y 28/01/09 -rco 60/07-).

La jurisprudencia de la Sala, desde antiguo, ha venido señalando que para determinar el carácter sustancial o no de la modificación no puede acudirse simplemente a la lista que incorpora el apartado primero del artículo 41 ET dado que se trata de una lista ejemplificativa y no exhaustiva de suerte que el mencionado

listado no incorpora todas las modificaciones que pueden ser sustanciales ni tampoco atribuye el carácter de sustancial a toda modificación que afecte a alguna de las condiciones listadas; en definitiva, la aplicación del artículo 41 ET no está referida al hecho de que la condición sea sustancial, sino a la necesidad de que sea sustancial la modificación (SSTS de 3 de abril de 1995, rec. 2252/1994 y de 9 de abril de 2001, rec. 4166/2000, entre otras). En efecto, de conformidad con nuestra STS 25 de noviembre de 2015, Rec. 229/2014, para delimitar el carácter de la modificación "hay que partir de la clásica afirmación jurisprudencial según la que "por modificación sustancial de las condiciones de trabajo hay que entender aquéllas de tal naturaleza que alteren y transformen los aspectos fundamentales de la relación laboral, entre ellas, las previstas en la lista "ad exemplum» del art. 41.2 pasando a ser otras distintas, de un modo notorio, mientras que cuando se trata de simples modificaciones accidentales, éstas no tienen dicha condición siendo manifestaciones del poder de dirección y del "ius variandi» empresarial". Añadiendo que "ha de valorarse la importancia cualitativa de la modificación impuesta, su alcance temporal y las eventuales compensaciones pactadas, pues de tales circunstancias dependerá que la intensidad del sacrificio que se impone al trabajador, haya de ser calificado como sustancial o accidental" (SSTS de 1 de diciembre de 1997, rec. 1281/1997 y de 10 de octubre de 2005, rec. 183/2004), lo que conlleva que, en cada caso habrá que analizar las circunstancias concurrentes". En efecto, nuestra jurisprudencia ha insistido en "destacar la imposibilidad de trazar una noción dogmática de modificación sustancial» y la conveniencia de acudir a criterios empíricos de casuismo, sosteniéndose al efecto por autorizada doctrina que es sustancial la variación que conjugando su intensidad y la materia sobre la que versee, sea realmente o potencialmente dañosa para el trabajador; o lo que es igual, para calificar la sustancialidad de una concreta modificación habrá de ponderarse no solamente la materia sobre la que incida, sino también sus características, y ello desde la triple perspectiva de su importancia cualitativa, de su alcance temporal e incluso de las eventuales compensaciones" (STS de 26 de abril de 2006, Rec. 2076/2005).

La aplicación de la anterior doctrina, teniendo en cuenta además que la política sobre las propinas y su limitación, tal como ha quedado transcrita en los hechos probados, pertenece al ámbito de la relación comercial entre empresa y sus clientes –aunque indirectamente pueda afectar a los trabajadores–, difícilmente puede considerarse como condición de trabajo y mucho menos que, en atención a nuestra jurisprudencia, su modificación pueda ser considerada como sustancial habida cuenta de que con ella no se produce una transformación de ningún aspecto fundamental de la relación laboral ya que no sólo es de escasa trascendencia

económica sino que no afecta a ninguna de las condiciones básicas del contrato ni a su propio objeto.

La conclusión de cuanto se lleva expuesto es, desde mi punto de vista, que el empresario podía tomar su decisión sin necesidad de acudir al procedimiento previsto en el artículo 41 ET, fundamentalmente, porque se trataba de una condición de la relación con sus clientes y porque los efectos de tal decisión sobre los trabajadores fijos era de escasa cuantía y trascendencia, lo que impedía, como se ha afirmado anteriormente, su consideración como modificación sustancial, atendidos los reiterados y asentados criterios de nuestra jurisprudencia.

Habría que reseñar, para finalizar, que el hecho de que la decisión empresarial, (situada, se insiste, en el ámbito de sus relaciones mercantiles con clientes y de su política comercial) pudiera conllevar un perjuicio para los trabajadores, ello implicaría la necesidad de compensar tal perjuicio, aunque fuese de escasa cuantía; compensación que podría haber sido fijada a través de la negociación con los representantes de los trabajadores y, en su defecto, mediante acuerdo o, en último caso, mediante fijación jurisdiccional.

En consecuencia, en mi opinión, la solución adecuada hubiera sido la desestimación del recurso y consiguiente confirmación de la sentencia recurrida.

