nº 11 (2º Trimestre 2024)
ISSN: 2792-7962 – ISSNe: 2792-7970

Una aproximación a la realidad jurídico-práctica de las propinas en hostelería

An approach to the circumstances of tips in the hospitality sector

Víctor Sánchez del Olmo[1] *Contratado posdoctoral FPI-AEI*
Universidad Autónoma de Madrid
https://orcid.org/0000-0001-6103-1319

Cita Sugerida: SÁNCHEZ DEL OLMO, V. «Una aproximación a la realidad jurídico-práctica de las propinas en hostelería». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. nº 11 (2024): 105-115.

Resumen

En este trabajo se analiza la realidad jurídico-práctica de las propinas. Para ello es necesario abordar la naturaleza jurídica de dicho instituto. Se ha llevado a cabo un análisis multinivel en el que se ha reflexionado sobre la naturaleza de las propinas desde una vertiente tributaria, una vertiente judicial y otra académica. Todo ello, con el objetivo de trazar la realidad de esta retribución que, sin que deba sustituir los salarios pactados, quizá pueda llegar a suponer un complemento de naturaleza salarial. Ello permitiría sacar del limbo jurídico a esta retribución y quedar en la nómina reflejada a los efectos de la cotización a la Seguridad Social (más si comprobamos que el debate sobre su tributación parece estar ya está superado).

Palabras clave

Propina; salario; extrasalarial; donación hostelería

Abstract

This work analyses the legal-practical reality of tips. To do this, it is necessary to address the legal nature of such institute. A multilevel analysis has been carried out in which the nature of tips has been reflected on from a tax perspective, a judicial perspective and an academic perspective. All of this, with the aim of tracing the reality of this remuneration which, without having to replace the agreed salaries, may perhaps represent a salary concept. This would allow this remuneration to be removed from legal limbo and could remain on the payroll for the purposes of Social Security contributions (especially if we verify that the debate on taxation seems to be already resolved).

Keywords

Tip; salary; non-salary retribution donation; hospitality sector

1. INTRODUCCIÓN

Parece pacífico admitir que, con carácter general, la principal contraprestación por la actividad laboral es la retribución económica, el salario[2]. No olvidamos que pueden existir otros incentivos o retribución no económica a tener en cuenta (cada vez más) como pueda ser una jornada atractiva (o las facilidades de poder adaptar la misma a las necesidades cada persona), un horario cómodo, o la posibilidad de trabajar a distancia. En este trabajo, no obstante, nos vamos a centrar exclusivamente en el ámbito de la contraprestación económica como recompensa por la actividad laboral. Concretamente,

[1] Contratado posdoctoral FPI de la Agencia Estatal de Investigación en la Universidad Autónoma de Madrid. Ayuda Referencia PRE2019-08759 financiada por MCIN/AEI /10.13039/501100011033 y por FSE invierte en tu futuro. Trabajo elaborado al amparo del Proyecto Nacional de Investigación de I+D+i (RTI2018-094547-B-C22) «Cambio Tecnológico e instituciones colectivas, transformaciones y adaptaciones en las fuentes laborales». Financiado por FEDER/Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades y la Agencia Estatal de Investigación.

[2] En palabras de García Murcia, J.: "Naturaleza y régimen de establecimiento y modificación de las propinas", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 8, 2021, p. 9, nos encontramos ante *"términos de ajuste del típico intercambio de trabajo por salario (cuánto trabajo y cuánto salario en esencia)"*.

Fecha Recepción: 22/03/2024 - Fecha Revisión:11/04/2024 - Fecha Aceptación: 06/05/2024
Págs. 105-115

en una zona gris de la retribución salarial rodeada de cierta polémica y que se encuentra muy presente en el ideario colectivo de un sector determinado: nos estamos refiriendo a las propinas.

En este sentido, no debemos obviar que muchas ofertas de trabajo en ciertos sectores estipulan como contraprestación económica el salario más las propinas. Es más, es habitual en el mundo de la hostelería, al inicio de la relación laboral o con carácter previo al inicio, interesarse por el monto mensual a que asciende regularmente esta retribución (actualmente considerada, como veremos, de naturaleza extrasalarial). Todo ello, es importante advertir, sin caer en un sistema perverso, como pueda ser el estadounidense, en el que estas cantidades forman parte del salario como complemento necesario a los ínfimos salarios mínimos[3].

Para encontrar los límites del concepto de salario y el alcance que esta institución posee conviene, primeramente, acudir al artículo 26 del Estatuto de los Trabajadores. Así, este precepto establece que el salario consistirá en la "*totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena"*. Esta fórmula, que apriorísticamente puede parecer sencilla, por amplia, contiene varios recovecos que merecen la pena ser escrutados y que debemos contraponer con la realidad jurídica de las propinas. Antes de ello, no obstante, debemos tener presente aquello que la propia norma estatutaria excluye de tal concepto.

De este modo, el propio artículo 26 recoge una serie de exclusiones a lo que debemos considerar como salario, como son "*las cantidades percibidas por el trabajador en concepto de indemnizaciones o suplidos por los gastos realizados como consecuencia de su actividad laboral, las prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social y las indemnizaciones correspondientes a traslados, suspensiones o despidos"*.

Estos son los términos en los que se mueve actualmente la institución del salario. Ahora bien, como hemos adelantado, existen una serie de recovecos que, en ocasiones, a modo de dilema, tensionan estos límites. En este trabajo, como hemos advertido previamente, nos vamos a centrar en el debate jurídico de uno de ellos: el que gira en torno a la retribución de las propinas[4].

El imaginario colectivo nos permite identificar fácilmente el alcance de lo que socialmente reconocemos como propina[5]. Sin embargo, este reconocimiento tiene un alcance difuso en el prisma socio legal. Es, por tanto, trabajo del jurista delimitar las fronteras legales de este instituto jurídico para descifrar su naturaleza y efectos jurídico-laborales. Siguiendo lo establecido en el artículo 26 del Estatuto de los Trabajadores fácilmente podemos llegar a la convicción de que la propina no se encuentra entre las causas de exclusión de la naturaleza salarial de la retribución y bien podría encuadrarse dentro de las inclusiones (recordemos, "*la totalidad de las percepciones económicas*…").

Ahora bien, como acertadamente recuerda parte de la doctrina, a pesar del carácter de *numerus clausus* del listado de exclusiones, el Tribunal Supremo ha venido ampliando a lo largo del tiempo este catálogo llegando a incluir en él a las propinas (además de otros ejemplos como el de la cesta de Navidad o las residencias de verano)[6].

[3] En un sentido similar lo recuerda García Murcia, J.: "Naturaleza y régimen de establecimiento y modificación de las propinas", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 8, 2021, p. 1.

[4] Si bien, podemos encontrar otros ejemplos muy debatidos en sede judicial, como son la cesta de Navidad y sus efectos retributivos o las residencias de verano.

[5] Retribuciones que en algunos ámbitos cuentan con gran respaldo. En este sentido, García Murcia, J.: "Naturaleza y régimen de establecimiento y modificación de las propinas", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 8, 2021, p. 1.

[6] Mercader Uguina, J.R., De la Puebla Pinilla, A., Gómez Abelleira, F.J.: *Lecciones de Derecho del trabajo*, 16 Ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 514 y 515.

De esta manera, debemos admitir que las propinas han supuesto un debate jurídico ininterrumpido a lo largo del tiempo. Así, podemos encontrar pronunciamientos del Tribunal Supremo que se remontan al año 1985[7], 1986[8] y 1989[9], que avalaban la naturaleza de *liberalidad* de la propina (literalmente: *"ingresos procedentes de la liberalidad del público relacionado con el ejercicio de determinadas actividades laborales*").

En un sentido similar se pronunció de nuevo el Alto Tribunal en sentencia del año 1991[10]. Una vez más, el Tribunal Supremo, apreció que *"las propinas en cuanto exceden de la retribución garantizada por la empresa no tienen 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"*.

No debemos eludir esta realidad descrita por nuestro Tribunal Supremo. Ahora bien, ello no es óbice para que surjan (renovadas) dudas sobre la existencia de un supuesto de contraprestación económica que puede adentrarse dentro del terreno reservado para las retribuciones salariales. Una contraprestación que tampoco debemos olvidar se encaja completamente en el marco de una relación laboral, de servicios, en la que está presente el triángulo que sustenta generalizadamente el marco de las relaciones comerciales y laborales: cliente, empresa y persona trabajadora.

La razón de ser de este trabajo y el motivo por el que nos permitimos abrir de nuevo el debate, aparentemente superado por buena parte de la doctrina[11], es la aparición de una novedosa problemática que impacta directamente a este instituto. Así, en los últimos tiempos, se ha acentuado el debate de las propinas con ocasión del impacto de la COVID 19 y, como consecuencia de ello y, sobre todo, debido al auge de los nuevos métodos de pago.

Esta amarga etapa trajo consigo un aceleramiento en el pago de los servicios de hostelería con tarjeta bancaria en detrimento del clásico pago en metálico. Esta circunstancia tiene, como es obvio, un interesante impacto en el abono, gestión y reparto de las propinas desde el momento en que esas cantidades pasan irremediablemente por la custodia, control y transferencia por parte de la empresa.

Antes de abordar la reflexión sobre la que pivota este trabajo, que no es otra que la naturaleza jurídica de las propinas y vislumbrar eventuales zonas de cambio, se antoja necesario analizar el estado de la materia desde varios planos (prácticos).

En este contexto, en este trabajo, vamos a hacer un análisis de la propina desde distintos prismas para terminar con unas reflexiones finales que sirvan como base para un renovado debate.

2. ESTADO ACTUAL DE LA PROPINA

Debemos comenzar admitiendo que, en consonancia con la doctrina judicial, en el seno doctrinal *iuslaboralista*, hasta el momento, se ha venido insistiendo en la naturaleza extrasalarial de

[7] La STS de 7 de noviembre de 1985 [ECLI:ES:TS:1985:1442].
[8] La STS de 7 de noviembre de 1986 [ECLI:ES:TS:1986:6056].
[9] La STS de 25 de octubre de 1989 [ECLI:ES:TS:1989:5741].
[10] La STS de 23 de mayo de 1991 [ECLI:ES:TS:1991:2654].
[11] A este respecto véase la opinión del Rojo Torrecilla, E., en su más que recomendable Blog, contenida en la entrada: http://www.eduardorojotorrecilla.es/2023/07/las-propinas-pagadas-en-tarjeta-deben.html o el contenido del manual de Mercader Uguina, J.R., De la Puebla Pinilla, A., Gómez Abelleira, F.J.: *Lecciones de Derecho del trabajo*, 16 Ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, p. 514.

la propina. Es más, en este sentido, se ha venido enclaustrando, con mayor o menor intensidad, este negocio jurídico dentro del espacio reservado a la donación[12].

Una opción que ha permitido a la dotrina laboralista desplazar el problema sobre la naturaleza jurídica de las propinas hacia lares civilistas. Sin embargo, esta ficción jurídica ofrece varias dudas y deja, por otro lado, unas cantidades percibidas por las personas trabajadoras en una suerte de limbo retributivo.

De cara a analizar estas cuestiones se hace necesario abordar la propina desde varios ángulos. Este ejercicio nos va a permitir observar el estado semideambulatorio en el que se encuentran estas cantidades percibidas por quienes desempeñan una actividad laboral (razón por las que las reciben) en concepto de propina.

2.1. La propina según la Agencia Tributaria (AEAT)

La Agencia Tributaria, por su parte, desde hace décadas, ha tenido clara la relación tributaria de estas cantidades Así se desprende de lo recogido en la consulta vinculante 1763-99, en la cual abordó la problemática de una persona trabajadora, en hostelería, que recibía propias de la clientela "*según costumbre*"[13]. La Agencia Tributaria ya respondió en aquel momento que las *propinas "constituyen rendimientos del trabajo para sus perceptores, sujetos al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y a su sistema de retenciones a cuenta."*

Otra consulta de interés a estos efectos es la V3095-17[14], más reciente, pero que recuerda lo establecido por la del año 1999. Esta consulta responde ante el interrogante planteado sobre el tratamiento fiscal de las propinas en Casinos de juego, conformando el tratamiento fiscal de dichas retribuciones (en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas). De este modo, la Administración tributaria recuerda que *"(l)as cantidades percibidas en concepto de "propinas" constituyen rendimientos del trabajo para sus perceptores, sujetos al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y a su sistema de retenciones a cuenta, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 17 y 99 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio (BOE del día 29), en adelante LIRPF."*[15]

No parece haber dudas respecto del tratamiento tributario de las retribuciones percibidas por las personas trabajadoras en concepto de propinas. No se tributa por donación, sino por rendimientos del trabajo. Es por ello por lo que la Agencia tributaria concluye reconociendo que las cantidades percibidas por las personas trabajadoras, en concepto de propina, deben calificarse como rendimientos del trabajo a efectos del Impuesto sobre la Renta de las Personas físicas.

[12] Se puede encontrar un análisis sobre las diferentes posturas a este respecto en De Val Arnal, J. J.: "Sobre la propina y los casinos de juego. ¿Es un ingreso empresarial?: Una interpretación jurídica difícil de sostener". *Revista Doctrinal Aranzadi Social,* núm., 21, 2012, p. 4.

[13] Puede consultarse en https://petete.tributos.hacienda.gob.es/consultas/?num_consulta=1763-99

[14] Puede consultarse en https://petete.tributos.hacienda.gob.es/consultas/?num_consulta=V3095-17. También resultan interesantes, a estos efectos, lo contenido en las V1763-99, V1866-03, V2309-17 o V1808-22, que resuelven dudas acerca del tratamiento tributario de este tipo de contraprestación.

[15] El artículo 17, apartado 1, de la LIRPF recoge que *"se considerarán rendimientos íntegros del trabajo todas las contraprestaciones o utilidades, cualquiera que sea su denominación o naturaleza, dinerarias o en especie, que deriven, directa o indirectamente, del trabajo personal o de la relación laboral o estatutaria y no tengan el carácter de rendimientos de actividades económicas"*.

Adicionalmente, conviene tener presente que, en varias ocasiones, el criterio tributario ha sido clave para comprender o readaptar ciertas cantidades recibidas por las personas trabajadoras y su naturaleza jurídica con conceptos variados (recuérdese el caso de los cheques restaurante, por ejemplo).

2.2. La propina según la doctrina judicial

Ya hemos adelantado que la doctrina judicial no ha sido ajena a la existencia de estas retribuciones. Y ello es relevante a los efectos de calificar estas retribuciones, pues su devengo y reparto es, con cierta asiduidad, motivo de conflictos laborales. Además, debemos recordar que la propina es susceptible de regularse mediante negociación colectiva lo que la convierte, *de facto*, en una condición de trabajo.

Como decíamos, sobre la doctrina judicial ha recaído la tarea de calificar estas retribuciones. Vamos a analizar por tanto una selección de resoluciones, las más importantes, que analizan este dilema categórico retributivo que, ya adelantamos, desplaza del terreno salarial estas percepciones.

2.2.1. Tribunal Supremo

Así, además de la jurisprudencia señala en apartados anteriores (que se remonta a la década de los años 80 y 90) debemos analizar la sentencia de 17 de junio de 2021, la cual se enfrenta ampliamente a esta cuestión.

El conflicto que se afronta en esta sentencia, que cuenta con el voto particular del magistrado Blasco Pellicer, gira en torno al poder de dirección de la empresa en relación con la gestión de las propinas; concretamente, a la decisión de la empresa de terminar con esta práctica (posibilidad de percibir propinas por parte de la clientela) consolidada hasta ese momento. El conflicto (colectivo) afectaba a más 100 personas trabajadoras que se situaban en el ámbito de aplicación del convenio colectivo sectorial de ámbito estatal conocido como de restauración colectiva. La empresa ante diversos problemas de gestión del dinero en efectivo en las cajas (y la existencia del mismo fuera de aquellas) y cierto desorden en la contabilidad decidió, en un momento determinado, erradicar la práctica de percibir propinas.

Es interesante apreciar que esta resolución contempla la naturaleza jurídica de la propina desde el prisma de lo que la propia sentencia considera la *"caracterización de la propina*"[16]. Podemos adelantar que esta sentencia parte de un concepto civilista de la propina categorizando esta retribución como una donación llevada a cabo por parte de la clientela hacia el colectivo de personas trabajadoras.

Para alcanzar esta conclusión, como hemos advertido, la sentencia aborda la problemática derivada de la supresión unilateral de las propinas en un momento determinado por parte de la empresa, lo que califica como modificación sustancial de las condiciones de trabajo (MSCT).

De este modo, esta eliminación sobre la posibilidad de obtener esta retribución, según lo entiende el Alto Tribunal, constituye un cambio relevante en las condiciones de trabajo, no tanto en su dimensión económica (calificada como *"siempre incierta"),* sino en aspectos relativos al *"clima de trabajo y a la existencia de estímulos o recompensas honoríficas"*. Según la sentencia, esta supresión de la propina conlleva la terminación de una práctica popular y extendida en el sector de hostelería, *"abortando la posibilidad de disfrutar del reconocimiento moral sobre la calidad o*

[16] ECLI:ES:TS:2021:2679. Se puede encontrar un análisis completo de la misma en Sánchez Trigueros, C.: "Sobre las propinas en el sector de la hostelería", *Revista de Derecho Laboral*, VLex, 2021.

esmero en la tarea desempeñada". Supone, al fin y al cabo, alterar lo pactado en el contrato de trabajo. Es importante destacar que, dentro del análisis llevado a cabo en la sentencia, el Tribunal Supremo admite abiertamente que la percepción de propinas por parte de las personas trabajadoras *"constituye una condición relacionada con la actividad laboral"*.

En paralelo, el Tribunal Supremo concluye que la empresa puede acordar válidamente la prohibición de que su plantilla sea recompensada por la clientela a través de las propinas; ello es fruto del poder de organización y dirección del que es titular, pero, al consistir la propina en una posibilidad de ganancia económica y recompensa moral preexistente, ha de seguir el procedimiento fijado al efecto por el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, encargado de establecer el procedimiento para las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo.

No obstante, puede resultar curioso cómo simultáneamente la sentencia se refiere sistemáticamente a las propinas como retribuciones con carácter de "*liberalidad"*. El Alto Tribunal se apoya en resoluciones anteriores para reforzar la idea de 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 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*"[17]. Ello, como se puede intuir, supone la caracterización de las propinas como retribuciones de carácter extrasalarial, aunque, eso sí, dentro del catálogo de condiciones de trabajo.

En suma, esta sentencia, en relación a la naturaleza jurídica de la propina, se expresa en unos términos, que sintetizamos seguidamente, ampliamente aceptados por la doctrina judicial, y que debemos tener presentes de cara al análisis de realidad jurídico práctica de las propinas: (i) se trata de una liberalidad que no constituye una contraprestación debida por la empresa por el trabajo realizado; (ii) posee naturaleza extrasalarial; y (iii) puede contenerse en el listado del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores como aspecto incluido en el contrato de trabajo.

Con estos mimbres, dados por el Alto Tribunal, las resoluciones de los Tribuales de Suplicación han respondido a interrogantes variados relacionados con la propina y su naturaleza jurídica. Pasamos a analizarlos.

2.2.2. Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Una sentencia paradigmática en este ámbito que aborda una nueva problemática es la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (TSJM), de 31 de mayo de 2023[18]. El expediente proviene del Juzgado de lo Social número 10 de los de Madrid, cuyo fallo, podemos adelantar, desestimó la demanda interpuesta por la parte social (una parte del banco social) que solicitaba un renovado método de repartir las propinas.

En esta sentencia de instancia se resuelve un conflicto colectivo derivado del reparto de las propinas que fueron abonadas mediante tarjeta bancaria, lo que supone un punto de inflexión en la manera de hacerlo hasta ese momento. Como podemos imaginar, el hecho de alterar la manera de abono de las propinas tiene un impacto directo en la manera de gestionarlas, controlarlas y repartirlas, pues pasa de la autogestión y reparto de las cantidades por parte del colectivo de personas trabajadoras a la gestión y reparto de aquellas por la empresa, a la que le llegan estas propinas.

[17] La ya citada sentencia de 23 de mayo de 1991.
[18] ECLI:ES:TSJM:2023:6343

El conflicto, en este sentido, reside en la falta de acuerdo entre la empresa y la representación legal de las personas trabajadoras a la hora de repartir las propinas recaudadas telemáticamente. Más bien, en la falta de acuerdo dentro de la propia parte social (comité de empresa) que no supo acordar un método de repartición de estas cantidades.

Así, la empresa, afrontando el nuevo hecho de tener que repartir las propinas, solicita al comité de empresa que se pronuncie acerca de cómo debe proceder con el reparto de las mismas (criterios y fórmula de reparto entre las personas trabajadoras).

Ante la falta de consenso en el seno del comité de empresa (UGT y USO abogan por un sistema continuista – consistente en el reparto exclusivo entre cierto colectivo dentro del local– mientras que CCOO pretende un reparto igualitario entre todas las personas trabajadoras que intervienen en el servicio), la propia empresa no ejecuta el reparto de las cantidades en primera instancia pretendiendo custodiarlas hasta el pronunciamiento definitivo por parte del comité de empresa. No obstante, el transcurso del tiempo sin acuerdo sindical empuja a la empresa a repartir las propinas recaudadas y acumuladas siguiendo el método asumido hasta el momento, que conlleva el pago a un colectivo concreto del centro: los camareros.

Ello da lugar a la reclamación colectiva impulsada por CCOO que entiende que el sistema actual adolece de una falta de igualdad en el reparto de las cantidades al excluir a otros colectivos integrantes del local de restauración que intervienen de alguna manera en el (buen) servicio que genera esas retribuciones.

Así, la resolución de instancia desestima esta petición y concluye que el modelo y fórmula de reparto de las propinas actual no produce lesión del artículo 14 de la Constitución Española. Devuelve, además, la responsabilidad y competencia exclusiva para acordar cualquier cambio en el sistema de reparto de propinas al órgano colegiado de la representación legal de las personas trabajadores, es decir, el comité de empresa. Órgano incumplidor, en este sentido, de llegar al acuerdo necesario para proceder con ello.

Por su parte, la sentencia que resuelve el recurso de suplicación aborda la cuestión incorporando interesantes elementos. Por un lado, la sentencia recoge la argumentación de la recurrente (CCOO) cuando recuerda la especial relevancia que tiene el hecho de que la propina se pague mediante tarjeta porque es en este tipo de propinas donde la empresa interviene (interviene activamente), *"tanto en el cobro al cliente como en el abono de las mismas en nómina*". Aspecto este de fundamental relevancia como veremos en las reflexiones finales. Se añade además que "*las propinas en metálico están fuera de cualquier control tanto empresarial como por parte de la representación legal de los trabajadores*." Por último, se alega que el reparto de las propinas, conforme a los criterios preexistentes, que mantiene un sistema contrario a lo establecido en el artículo 637 del Código Civil (para las donaciones, que más adelante analizaremos) supone un trato diferenciado sin justa causa vulnerando, por tanto, el principio de igualdad.

Por su parte, UGT, en su escrito de impugnación del recurso de suplicación, alega que es un hecho – que debe mantenerse - que la propina se distribuye exclusivamente entre los camareros del departamento de restauración por lo que no puede hacerse una distinción cuando las cantidades en concepto de propina se perciben a través de las tarjetas de crédito.

Por otro lado, y entrando ya de lleno en el elemento objeto de reflexión en el presente trabajo, la sentencia de suplicación recuerda los pronunciamientos del Tribunal Supremo acerca de la naturaleza jurídica de propina, entre los que se encuentran los analizados previamente en este apartado.

A su vez, la sentencia de suplicación, teniendo en cuenta lo anterior, y analizando las nuevas fórmulas de abono de las propinas por parte de la clientela, parte de la base de que (i) nos encontramos ante una auténtica donación según el Código Civil; (ii) que el reparto clásico preexistente limitado a un colectivo no está amparado en la norma contenida en el 3.1 del Estatuto de los Trabajadores (relativo a los usos y costumbres); (iii) que la empresa actúa como mera recaudadora de las cantidades; (iv) y que la empresa debe proceder al reparto de la donación en los términos contemplados en la norma civil (artículo 637 del Código Civil), de manera respetuosa con la normativa vigente, sin que quepan comportamientos discriminatorios hacia la población trabajadora como los que venían produciéndose.

Así, a modo de conclusión, el TSJ madrileño considera la propina como una retribución extrasalarial que debe alojarse en el seno de la donación civil y debe ajustarse a lo allí establecido.

2.2.3. Tribunal Superior de Justicia del País Vasco

Otra resolución reciente (aunque previa a la del TSJM) sobre esta problemática es la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (TSJPV), de 18 de julio de 2017[19]. En ella, el objeto debatido trata, igualmente, sobre la adecuación del reparto de las propinas entre las personas trabajadoras del local que, en aquel caso, corría a cargo de dos trabajadores del departamento de restauración que pertenecían al colectivo de camareros.

El reparto se llevaba a cabo exclusivamente dentro del este colectivo, dejando fuera otros que componían al antedicho departamento como eran los colectivos de cocina, limpieza y fregadores. Esta circunstancia propició la presentación de la demanda.

La sentencia de instancia desestima íntegramente la petición de los colectivos que demandaban ser incluidos dentro del reparto de la propina, lo que provoca la interposición del Recurso de Suplicación por parte de la representación de los colectivos demandantes.

El Tribunal vasco, dentro del análisis de la controversia, llegado el momento, se planeta *"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"*.

El Tribunal parte de que la propina consiste en un *"dinero"* que los clientes del sector de la hostelería entregan de manera gratuita, sin ninguna obligación de hacerlo, a las personas trabajadoras de este sector. Supone, en palabras de la sentencia, una manera de *"agradecer el servicio prestado"*. Aclara, el Tribunal, que el hecho de consistir en una costumbre social no supone que deba traducirse en una costumbre jurídica, pues no existe obligación real por parte de la clientela de abonar estas cantidades.

La conclusión a la que llega el Tribunal vasco es que 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 (...)"*

[19] ECLI:ES:TSJPV:2017:2529.

Vemos como el Tribunal Superior de Justicia parte de una naturaleza eminentemente civilista de las propinas (donación en sentido estricto) y resuelve que su reparto, siguiendo además los usos sociales[20], ha de ser igualitario entre todas las personas que componen el centro y no solo hacia un colectivo determinado (camareros), siguiendo, también, el mandato del artículo 637 del Código Civil. Esta sentencia, debemos admitir, fue esencial en la resolución de la anterior (TSJM).

2.3. La donación contemplada en el Código Civil

Por último, debemos analizar la norma civil, sobre la que se ha hecho descansar, como hemos podido comprobar, esta retribución. Esta circunstancia es posible gracias al artículo 4.3 del propio Código Civil, en el cual se establece que la norma civil será de aplicación supletoria en las materias regidas por otras leyes.

Este precepto es el encargado de habilitar a la dotrina judicial y académica a entender que en el seno del negocio jurídico de la donación tiene cabida las retribuciones percibidas por las personas trabajadoras provenientes de las propinas (entendidas como una donación realizada por la clientela).

No obstante, conviene que nos detengamos brevemente en los requisitos de tal instituto civil aun a riesgo de resultar redundante.

Si atendemos a lo contemplado en el artículo 618 del Código Civil, efectivamente, podemos encontrarnos con el término tan utilizado por la doctrina judicial y académica relativo a la *liberalidad*[21] de las cantidades. No obstante, es el siguiente artículo, el 619, el que proporciona un mejor acomodo a las propinas al disponer que se entenderá *"también donación la que se hace a una persona por sus méritos o por los servicios prestados al donante"*. Hasta aquí nada parece interponerse entre este instituto y la naturaleza jurídica de las propinas.

Sin embargo, el artículo 623 recuerda que es requisito indispensable, para perfeccionar este instrumento, el conocimiento del donante de la aceptación de la propina por parte de los donatarios (en plural por las razones que veremos inmediatamente y que ya hemos podido vislumbrar cuando hemos analizado la doctrina judicial). Esta circunstancia no es una práctica habitual, no existe un conocimiento tal con lo que nos encontremos habitualmente. No obstante, podemos presumir la aceptación de la propina por parte de las personas trabajadoras.

Más dudas, por el contrario, plantea el Capítulo destinado a reunir las cualidades de donante y donatario. El artículo 624, por ejemplo, no permite realizar una donación (y, en consecuencia, y siguiendo este dogma, tampoco la propina) a quienes no pueden contratar. De igual modo, especialmente relevante se presenta el artículo 636, que establece que nadie "*podrá dar ni recibir, por vía de donación, más de lo que pueda dar o recibir por testamento",* lo que exigiría un cálculo

[20] En este sentido, la sentencia reconoce que 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".*

[21] Artículo 618 CC: *"La donación es un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa en favor de otra, que la acepta*".

diabólico para conocer, en caso de propinas repetidas en el tiempo a un mismo donatario, la cantidad recibida y su adecuación a estos umbrales.

Por su parte, el artículo 637[22], ampliamente consultado en esta materia, dispone el reparto de las propinas cuando se realizan a un colectivo, entendiendo que las mismas han de ser repartidas por partes iguales (a tener en cuenta, también, el artículo 630 que establece la obligación de aceptar la donación por parte del donatario o por persona que le represente).

Por último, nos encontramos con el artículo 644, que recoge la revocabilidad de la donación realizada, las propinas, en el caso de tener hijos después de realizada la donación.

De esta manera, sistematizada en atención al objeto de estudio, contempla el Código Civil la donación y, en este sentido, la propina, si finalmente aceptamos que la propina es una donación.

Vemos, en todo caso, que esta ficción jurídica tiene un encaje complicado dentro de la donación, por cuanto la misma está diseñada para otros negocios jurídicos.

3. REFLEXIONES FINALES

Tras lo visto en los apartados anteriores podemos convenir que quizá resulte positivo retomar el debate acerca de la naturaleza jurídica de las propinas.

Estas retribuciones que reciben ciertos colectivos de personas trabajadoras con ocasión de su desempeño profesional quizá no deban seguir ocupando el espacio que actualmente ocupan: ajeno al salarial, aunque dentro del laboral; o al menos no completamente.

Ello provoca, como hemos comprobado, desajustes tales como el hecho de que las cantidades tributen (por rendimientos de trabajo, no por donación), pero no coticen (si bien este desajuste se ha producido también en otras cantidades históricamente) siendo este último elemento directamente perjudicial para el colectivo trabajador, desde el momento en que un aumento de la base de cotización procuraría mejores prestaciones, incluida la de jubilación.

Con esto no se pretende garantizar una cantidad periódica a la que el empresario resulte obligado. Nada más lejos de la realidad. La pretensión de esta reflexión debe pasar, en todo caso, por considerar el incorporar esas cantidades a la nómina de la persona trabajadora. Además de ello, el hecho de que con el aumento del pago con medios telemáticos las cantidades sean recaudadas (controladas y gestionadas) y abonadas por la empresa supone una facilitación de la gestión que, por otro lado, supone un beneficio para el colectivo asalariado.

En este punto es preciso tener en cuenta que, siguiendo este modelo, estaríamos dejando en manos de un tercero (clientela) la cuantía de la base de cotización de las personas trabajadoras, lo que podría provocar ciertas anomalías e, incluso, fraudes. Otro aspecto en contra de otorgar la categoría de salarial de estas cantidades e incluirlas en la base de cotización, tendría que ver con el aumento de la base reguladora de cara al cálculo de las indemnizaciones por despido, que quedarían al margen de la voluntad retributiva de la empresa.

Por otro lado, tampoco parece gozar de sentido el hecho de que las retribuciones por propina estén consideradas como condiciones de trabajo, pero excluidas de la categorización de salario. Si

[22] Artículo 637 CC: *"Cuando la donación hubiere sido hecha a varias personas conjuntamente, se entenderá por partes iguales; y no se dará entre ellas el derecho de acrecer, si el donante no hubiese dispuesto otra cosa."*.

seguimos parte del argumentario esgrimido por nuestro Tribunal Supremo, podemos afirmar que las propinas como retribución forman parte de las condiciones de trabajo de las personas trabajadoras, incluida, para mayor consideración, su modificación dentro de las sustanciales; así se desprende de la STS 17 de junio de 2021.

Sin embargo, estamos dejando esas cantidades en la esfera de la donación, aunque sin asegurar que se cumplen los requisitos establecidos para la misma según el Código Civil. Hemos comprobado cómo no tienen un encaje real en el instituto de la donación y, paralelamente, quizá sea el momento de afrontar el desafío y abordar su naturaleza desde el plano jurídico-laboral.

Otro aspecto de vital relevancia es asegurar que en el caso de otorgar naturaleza salarial a las propinas estas no vengan a desplazar el salario pactado en el convenio colectivo. Es decir, las propinas deberán tener siempre la condición de complemento salarial, sin que quepa su inclusión en el salario base (fijado convencionalmente). Lo que no puede negarse es que estas cantidades tendrían un impacto neutralizador en el incremento del SMI, a tenor de la última jurisprudencia, pues los complementos salariales computan a los efectos de la subida del mismo.

Mi valoración al respecto es que estas retribuciones tienen un alto perfil salarial, y pueden llegar a asemejarse a los complementos retributivos salariales vinculados a la cantidad y calidad del trabajo desempeñado (incentivos).

Por otro lado, me cuesta compartir la opinión de que las propinas deban encajar en el ámbito de la donación. En primer lugar, porque su encaje no es perfecto, como hemos podido advertir. En segundo lugar, porque nunca sabremos con certeza (salvo excepciones) qué parte es la donataria de tal negocio jurídico, la empresa o el colectivo de personas trabajadoras. En ocasiones se deja propina por el mero hecho de no cargar con las monedas devueltas. En otras, con ocasión de la experiencia en conjunto (decorado, ambiente del local, servicio prestado, calidad de la comida, etc.). Y en otras, en atención a la especial dedicación que le prestado una persona en concreto. Lo que sí considero más claro es que esas cantidades que regresan a las personas trabajadoras deben encuadrarse dentro de las retribuciones de carácter salarial como mejora, como complemento.

Por último, tampoco se puede prescindir del criterio de la Agencia Tributaria que entiende que nos encontramos ante un impuesto relacionado con rendimiento del trabajo y no con la donación. Con todo ello quizá resulte positivo repensar la naturaleza jurídica de estas retribuciones.

4. BIBLIOGRAFÍA

De Val Arnal, J. J.: "Sobre la propina y los casinos de juego. ¿Es un ingreso empresarial?: Una interpretación jurídica difícil de sostener". *Revista Doctrinal Aranzadi Social,* núm. 21, 2012.

García Murcia, J.: "Naturaleza y régimen de establecimiento y modificación de las propinas", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 8, 2021.

Mercader Uguina, J.R., De la Puebla Pinilla, A., Gómez Abelleira, F.J.: *Lecciones de Derecho del trabajo*, 16 Ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2023.

Sánchez Trigueros, C.: "Sobre las propinas en el sector de la hostelería", *Revista de Derecho Laboral*, VLex, 2021.