

En la Villa de Madrid, a veinticuatro de enero de dos mil doce.

Visto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Tercera por los Magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 5.618/2008, interpuesto por el Sindicato de Comercio, Hostelería y Turismo de Comisiones Obreras de Madrid, representado por la Procuradora D^a M^a Dolores Maroto Gómez, contra la sentencia dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en fecha 17 de septiembre de 2008 en el recurso contencioso-administrativo número 968/2006 sobre Reglamento de los Casinos de Juego de la Comunidad de Madrid.

Son partes recurridas la Comunidad Autónoma de Madrid, representada por el Sr. Letrado de la misma; la Asociación Empresarial Española de Casinos de Juego, representada por el Procurador D. Isacio Calleja García; Casino de Juego Gran Madrid, S.A., representado por el Procurador D. Isacio Calleja García el Gran Casino Real de Aranjuez, S.A., representado por el Procurador D. Daniel Otones Puentes; la Asociación de Gestores de Máquinas en Salas de Bingo (A.G.E.M.A.B.I.), representada por el Procurador D. Luis José García y Barrenechea, y la Asociación Empresarial de Personas y Entidades dedicadas a la Gestión de Juegos Autorizados (ASEJU), representada por el Procurado D. Luis José García Barrenechea.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el proceso contencioso-administrativo antes referido, la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Octava) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó sentencia de fecha 17 de septiembre de 2008, desestimatoria del recurso promovido por el Sindicato de Comercio, Hostelería y Turismo de Comisiones Obreras de Madrid contra el Reglamento de Casinos de Juego en la Comunidad de Madrid, aprobado por Decreto 58/2006, de 6 de julio.

SEGUNDO.- Notificada dicha sentencia a las partes, la demandante presentó escrito preparando recurso de casación, el cual fue tenido por preparado en providencia de la Sala de instancia de fecha 15 de octubre de 2008, al tiempo que ordenaba remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Emplazadas las partes, la representación procesal del Sindicato de Comercio, Hostelería y Turismo de Comisiones Obreras de Madrid ha comparecido en forma en fecha 9 de diciembre 2008, mediante escrito interponiendo recurso de casación al amparo del apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que articula en los siguientes motivos:

- 1º, por infracción de los artículos 9.1 y 9.3 de la Constitución, en relación con los artículos 618, 619 y 637 del Código Civil; del artículo 26.4 del Estatuto de los Trabajadores; del artículo 105 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad

Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, así como de la jurisprudencia;

- 2º, por infracción del artículo 14 de la Constitución y de la jurisprudencia, y

- 3º, por infracción de los artículos 37 y 38 de la Constitución.

Termina su escrito suplicando que se dicte sentencia casando y anulando la recurrida, que declare no ser ajustado a derecho el apartado 6 del artículo 19 del Decreto 58/2006, de 6 de julio, del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid, por el que se aprueba el Reglamento de Casinos de Juego de la Comunidad de Madrid en los extremos debatidos en el transcurso de los autos.

El recurso de casación ha sido admitido por providencia de la Sala de fecha 26 de febrero de 2009.

CUARTO.- Personado el Letrado de la Comunidad de Madrid, ha formulado escrito de oposición al recurso de casación, suplicando que se dicte sentencia que desestime el mismo y que declare la conformidad a derecho de la recurrida, con imposición de costas a la entidad recurrente.

Asimismo se ha opuesto al recurso de casación la también comparecida Asociación Empresarial Española de Casinos de Juego, cuya representación procesal suplica en su escrito que se dicte sentencia por la que se desestime el mismo, confirmando íntegramente la sentencia recurrida, con condena en costas a la parte recurrente.

También ha presentado en el plazo concedido al efecto su escrito de oposición la representación procesal de Casino de Juego Gran Madrid, S.A., que finaliza con el suplico de que se dicte sentencia por la que, con desestimación íntegra del recurso y sus motivos, se confirme la recurrida en sus propios términos, todo ello con los demás pronunciamientos legales de rigor.

Por su parte, la recurrida Gran Casino Real de Aranjuez, S.A. ha manifestado también su oposición al recurso de casación, en el que suplica que se declare su inadmisibilidad o, subsidiariamente, se desestime, declarando no haber lugar al mismo y, en todo caso, que se impongan las costas a la recurrente, pues así procede en derecho.

Las representaciones procesales tanto de A.G.E.M.A.B.I. como de ASEJU han presentado sus escritos, por los que desestiman la desestimación del recurso y la expresa condena en costas de la entidad recurrente.

QUINTO.- Por providencia de fecha 20 de octubre de 2.011 se ha señalado para la deliberación y fallo del presente recurso el día 10 de enero de 2.012, en que han tenido lugar dichos actos.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. EDUARDO ESPÍN TEMPLADO, Magistrado de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto y planteamiento del recurso de casación.

El Sindicato de Comercio, Hostelería y Turismo de CCOO de Madrid impugna en casación la Sentencia dictada el 17 de septiembre de 2008 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Octava) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Dicha Sentencia desestimó el recurso contencioso administrativo entablado por la referida recurrente contra el Reglamento de Casinos de Juego en la Comunidad de Madrid aprobado por el Decreto 58/2006, de 6 de julio, de la citada Comunidad. La entidad actora solicitaba la nulidad del artículo 19.6 del referido Decreto, relativo al destino de las propinas, por entenderlo contrario a derecho.

La Sala de instancia desestimó el recurso con las siguientes consideraciones:

“Segundo.- El art. 19 del Decreto 50/06, bajo la rúbrica “Gestión de las propinas entregadas por los clientes”, y, tras permitir su apartado 2 que el casino, previa consulta con el Comité de Empresa pueda prohibir las propinas, su apartado 6 -aquí recurrido- dispone:

“El casino de juego deberá comunicar al órgano competente en materia de ordenación y gestión del juego los criterios de distribución del importe de las propinas. Las propinas se repartirán de conformidad con lo previsto en el convenio colectivo aplicable, correspondiendo, en todo caso, una parte a los empleados, en función de la actividad que cada uno desarrolle y destinándose otra parte a satisfacer los costes de personal y las atenciones sociales a favor de los clientes y empleados del casino”.

El precepto es sustancialmente idéntico al art. 28.4 de la Orden de 9 de enero de 1979, por la que se aprobaba el Reglamento de Casinos de Juego y en el que se establecía: “La Sociedad titular del Casino deberá someter a la autorización de la Comisión Nacional del Juego los criterios de distribución del tronco de propinas. El tronco estará constituido por la parte de la masa global de cuotas de la Seguridad Social y las atenciones y servicios sociales en favor del indicado personal y de los clientes. En la misma forma deberán ser autorizadas las modificaciones de la distribución”, cuya legalidad, cualquiera que sea la naturaleza que se atribuya al tronco de propinas, no ha sido cuestionada y los mismos motivos de impugnación que la actora articula en este recurso hubieran sido predicables del art. 28.4 de la Orden dado su paralelismo total.

En primer lugar, y cualquiera que fuese el borrador del Proyecto, la modificación del texto inicial, para continuar la línea de la Orden de 1979, no necesita justificarse ni motivarse, es una decisión de política legislativa, sin que la falta de explicitación de los motivos que han llevado al texto aprobado suponga ningún vicio procedimental ni de legalidad del precepto cuestionado.

Como decíamos más arriba, la naturaleza jurídica que se atribuya al tronco de propinas no afecta a la legalidad de su regulación administrativa, pues ya se acepte el criterio de la Sala Cuarta -Sentencia de 23 de mayo de 1991, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina- como el criterio que, a efectos fiscales, sostiene la Sección Segunda de la Sala Tercera del Tribunal en Sentencia de 6 de septiembre de 2001 -en ambas se parte de la regulación de la Orden de 1979, muy similar, insistimos, a la actual-, ello no repercute en la legalidad de la previsión normativa en una actividad económica fuertemente intervenida y por tanto sometida a una escrupulosa regulación administrativa.

La distribución de las propinas podría hacerse de diferentes formas y posiblemente todas igualmente legales y legítimas, y el hecho de que se haya optado por la continuidad reglamentaria tiene importantes razones que lo justifican.

Es cierto, como recoge la Sentencia de la Sala Tercera de 6 de septiembre de 2001, que las propinas de los clientes afortunados por la suerte en los casinos tienen peculiaridades propias que las distingue ostensiblemente de las propinas que se dan en la Hostelería o en otro tipo de establecimientos de juego pues “el jugador que va a un casino a jugar ... va en busca de la suerte, pero a diferencia de otras actividades en las que el cliente demanda algún bien o servicio y la empresa se lo entrega o presta, en el juego todo depende del azar, y por ello, como una costumbre arraigada en el jugador, cuando tiene suerte, responde con una “propina”, que es una recompensa al azar, propina que no puede ser exclusiva del “croupier”, por la sencilla razón de que en dicha jugada la suerte ha favorecido al cliente, pero ha perjudicado al casino...”. Ello justifica plenamente la distinta regulación que, en este sector, se realiza de las propinas y que impide considerar infringido el principio de igualdad pues los términos de comparación ofrecidos no son idénticos y esa falta de identidad tiene virtualidad bastante para justificar ese distinto tratamiento jurídico.

La propia Sala Cuarta en sus Ss. de 1 de marzo de 1986 y de 23 de mayo de 1991, reconoce que las propinas que abonan los jugadores de los casinos “...impelidos a ello por un uso social que les hace regalarlas cuando ganan, sin obligación alguna jurídica de su abono, mas estando su práctica totalmente consolidada...”.

Luego ya se considere que las propinas son del casino -que ha de distribuirlas en la forma reglamentariamente establecida-, como sostiene la Sala Tercera, o se estime que solo las fracciones del fondo general de propinas destinadas al abono de los salarios del personal y a las cotizaciones de la Seguridad Social (en la dicción de la Orden de 1979) hayan de configurarse como ingreso empresarial y respecto de las que el titular del casino asume la responsabilidad de realizar los correspondientes pagos, como declara la Sala Cuarta, es lo cierto que la regulación no vulnera ninguno de los preceptos mencionados por la actora pues ninguno se refiere y mucho menos exige una determinada regulación sobre cuestión tan singular y específica.

No existe vulneración tampoco del derecho a la negociación colectiva (art. 37.1 CE) como derecho de participación de empresarios y trabajadores para la regulación de sus intereses por el hecho de que se predetermine imperativamente las fracciones que han de respetarse -no los porcentajes- en el reparto de las propinas.

Tampoco la Sala advierte infracción alguna del principio de libertad de empresa y ello porque, como bien advierten las demandadas, nos encontramos con una actividad empresarial muy "sui generis", fuertemente intervenida, dada sus características, para la protección de los intereses de los usuarios de este tipo de actividades, sin que, por consiguiente, el establecimiento de esas fracciones en el pago de las propinas -no puede olvidarse que el propio art. 19, en su apartado 2 prevé la posibilidad de que la empresa, oído el Comité de Empresa, pueda prohibir las propinas- suponga cercenación injustificada de ese principio." (fundamento de derecho segundo)

El recurso de casación se articula mediante tres motivos, todos ellos acogidos al apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción. En el primero de ellos se denuncia la infracción del artículo 9.1 y 3 de la Constitución en relación con los artículos 618, 619 y 637 del Código Civil, 26.4 del Estatuto de los Trabajadores y 105 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, así como de la jurisprudencia, como consecuencia del tratamiento dado a las propinas. El segundo motivo se basa en la supuesta infracción del artículo 14 de la Constitución y de la jurisprudencia, por dar un trato desigual a los trabajadores de los casinos respecto al resto de trabajadores que reciben propinas. Finalmente, el tercer motivo se funda en la supuesta infracción de los artículos 37 y 38 de la Constitución, dado que el precepto impugnado supone una intromisión indebida de la Administración en las relaciones laborales y una vulneración de la libertad de empresa.

Es preciso rechazar la objeción de inadmisibilidad formulada por una de las partes codemandadas, el Gran Casino Real de Aranjuez, S.A., aduciendo la carencia manifiesta de contenido del recurso y estar el mismo planteado como si de una apelación se tratara; sin embargo, pese a reproducir las alegaciones formuladas en la instancia, lo cierto es que el recurso se dirige contra la Sentencia recurrida y las consideraciones que la codemandada realiza sobre su contenido afectan al fondo de los cuestiones planteadas en los motivos formulados por la recurrente, por lo que procede resolverlos en sentencia sobre el fondo.

SEGUNDO.- Sobre la naturaleza de las propinas en los casinos.

Considera el Sindicato recurrente que el artículo 19.6 del Real Decreto 58/2006 conculca el artículo 637 del Código Civil, que regula la donación a varias personas conjuntamente, y las normas laborales de derecho necesario y de Seguridad Social, en concreto el artículo 26.4 del Estatuto de los Trabajadores (Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo) y el artículo 105 de la Ley General de la Seguridad Social (Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio). Sostiene la parte recurrente que, de conformidad con la doctrina sentada por este Tribunal, la propina es una donación que

se entrega por liberalidad al quien realiza el servicio, tal y como define la donación el artículo 618 del Código Civil. El artículo 637 determina que la donación hecha a varias personas conjuntamente se entenderá por partes iguales, y no puede la Administración autonómica suplantar al donante-cliente y determinar quién es el destinatario de la donación y el destino que se ha de dar a la misma. Tampoco puede la Administración decidir qué parte de las propinas deben destinarse a satisfacer costes de personal, pues es reiterado también el criterio de este Tribunal de que las propinas no son salario; en ese sentido, el artículo 105 del Real Decreto Legislativo 1/1994 establece la nulidad de todo pacto por el cual el trabajador asuma la obligación de pagar total o parcialmente la prima o parte de la cuota que corresponde al empresario.

El Sindicato recurrente discrepa del criterio mantenido por esta Sala Tercera del Tribunal Supremo en el sentido de que el tronco de propinas sea contemplado como rendimientos del trabajo y no donaciones; considera correcta, en cambio, la doctrina de la Sala Cuarta. Pero entiende que en todo caso, ha de mantenerse una posición coherente, de forma que si se considera que las propinas son producto de la liberalidad del cliente y, por tanto, una donación, no puede la Administración detraer de dicha donación ciertas cantidades destinadas a satisfacer obligaciones del empresario. Por el contrario, si se considera que el titular de las propinas es el Casino, tampoco podría la Administración determinar que una parte vaya a los trabajadores.

Finalmente, afirma la recurrente, el precepto impugnado debe reputarse arbitrario y carente de la debida motivación, ya que mientras que el borrador del proyecto estipulaba que el importe íntegro de las propinas sería distribuido por los representantes del personal entre todos los trabajadores de juego, en el Real Decreto que finalmente se aprueba se opta por la posición mantenida por la patronal de casinos.

El motivo ha de ser rechazado. Se equivoca la parte recurrente al sostener que existe una divergencia frontal sobre la naturaleza de las propinas entre las Salas Tercera y Cuarta de este Tribunal. En efecto, tal como pone de relieve la propia Sentencia recurrida, en ambos casos se admite la naturaleza de ingreso empresarial de las propinas, bien de la totalidad (Sentencia de 6 de septiembre de 2001 -RC 5.345/1995, Sala Tercera-, fundamento de derecho cuarto), bien de la parte del tronco de propinas que se destina al abono de salarios de personal y a las cotizaciones de la seguridad social y otros destinos (Sentencia de 23 de mayo de 1991 -recurso de casación para la unificación de doctrina 1.121/1990, Sala Cuarta-, fundamento de derecho cuarto). Y, en ambos casos se admite la legalidad de la regulación administrativa en cuanto a la distribución y destino de las propinas y que la totalidad o parte de las mismas se destine a remuneración salarial u otros destinos como la seguridad social, atenciones y servicios sociales al personal o a los clientes (ibidem).

Así pues, no es pues doctrina de la Sala Cuarta de este Tribunal que las propinas de los casinos sean una donación y que, por tanto, la regulación administrativa del destino de las propinas sea contraria a los preceptos del Código civil que regulan las donaciones, a los del Estatuto de los Trabajadores referidos a las cargas que

corresponden a los trabajadores, o a los de del Real Decreto Legislativo que regulan el régimen de la Seguridad social. Antes al contrario, lo que se sostiene en la referida Sentencia de 23 de mayo de 1991 es que sólo la parte de las propinas que la regulación administrativa atribuye a los trabajadores tendría la consideración de propina stricto sensu, como un ingreso que se produce por la liberalidad de un tercero, y con carácter de donación, como sucede en general con las propinas en otros sectores laborales; pero también se sostiene en la referida Sentencia que la parte que se destina a otras finalidades (salarios, seguridad social, atenciones y servicios sociales) ha de tener en cambio la consideración de ingreso empresarial (fundamento de derecho cuarto). En definitiva, es la propia regulación administrativa la que determina el carácter que ostentan las propinas según el destino a que se dedica todo o parte de ellas.

Así pues, de conformidad con la jurisprudencia que se ha mencionado, debemos rechazar que el precepto impugnado contraría la naturaleza jurídica de las propinas sentada por la jurisprudencia de este Tribunal. En el sector de los casinos, por el contrario fuertemente regulados y diferentes a este respecto de otros sectores económicos en los que los trabajadores reciben propinas, éstos son susceptibles de una regulación administrativa que determina el tratamiento jurídico que se ha de otorgar a las mismas según el destino que se les da.

Por último, carece de relevancia desde el punto de vista de la legalidad del procedimiento de elaboración seguido en el Decreto impugnado el que el texto final del precepto cuya nulidad se pretende fuese distinto del texto del borrador, lo que ha de verse precisamente como consecuencia de las alegaciones formuladas a lo largo de la tramitación de dicho procedimiento.

De todo lo anterior se deriva que la Sentencia impugnada no ha conculcado los preceptos del Código Civil y demás textos legales que se reputan infringidos.

TERCERO.- Sobre las alegaciones relativa al principio de igualdad.

En el segundo motivo la parte recurrente alega la infracción del principio de igualdad garantizado en el artículo 14 de la Constitución. La vulneración se debería a que el artículo 19.6 del Decreto impugnado supone, en opinión del Sindicato recurrente, un trato diferenciado para los trabajadores de casinos respecto del resto de trabajadores que reciben propinas.

La alegación debe ser rechazada de plano, ya que resulta evidente que no existe un término de comparación válido entre los trabajadores de los casinos y los trabajadores de otros sectores en los que también reciben propinas. En efecto, tal como se afirma en la propia Sentencia recurrida y alegan las partes codemandadas, el sector de los casinos está fuertemente regulado frente a tales otros sectores, como por ejemplo, el de la hostelería. Y dentro de dicha regulación se encuentra precisamente la de las propinas, regulación que se debe a la distinta consideración que reciben las mismas en los casinos, que no remuneran el buen servicio prestado por los trabajadores del

casino, sino la suerte que el azar ha proporcionado al jugador, lo que deriva en que la propina se considere, en todo o en parte, como ingresos del propio casino.

Tales diferencias, que han sido reiteradamente destacadas por la jurisprudencia de este Tribunal, como ya se ha expuesto, excluye que la específica regulación que reciben en este sector las propinas por el artículo que se impugna suponga para los trabajadores de los casinos un trato discriminatorio contrario al artículo 14 de la Constitución.

CUARTO.- Sobre el motivo tercero, relativo a los artículos 37 y 38 de la Constitución.

En el tercer motivo se aduce la infracción de los artículos 37 y 38 de la Constitución. En cuanto a la vulneración del artículo 37, se aduce que el artículo 19.6 del reglamento supone una intromisión en las relaciones laborales, ya que se estaría interviniendo ilegítimamente en la negociación colectiva, estipulando primero que las propinas se han de distribuir de conformidad con lo previsto en el convenio colectivo y luego estableciendo una norma de derecho necesario al prever un reparto determinado de las propinas entre las cantidades destinadas en parte a satisfacer costes de personal y atenciones sociales a los clientes y en parte a los propios empleados del casino.

De lo dicho en los anteriores motivos se deriva que no puede prosperar esta alegación. La distinta consideración que reciben las propinas en la jurisprudencia de este Tribunal, reputándolas en todo o en parte como ingresos del casino y no como una liberalidad de los clientes a los empleados de la empresa, justifica su regulación administrativa y que ésta prevea un determinado reparto de las mismas. Partiendo de dicha consideración jurídica, en nada se interfiere con las relaciones laborales y la negociación colectiva que la determinación y distribución de las cantidades que se destinan a una u otra finalidad se defiera al convenio colectivo. Debe pues rechazarse esta alegación.

Tampoco puede prosperar la invocación de la libertad de empresa reconocida en el artículo 38 de la Constitución. La libertad de empresa, según reiterada jurisprudencia constitucional y de esta Sala, no impide la regulación del ejercicio de una actividad empresarial, siempre que responda a una finalidad legítima y no obstaculice de forma desproporcionada e irrazonable dicho ejercicio mismo. En el caso de autos la regulación administrativa del destino de las propinas no puede reputarse como una restricción excesiva o irrazonable de la actividad empresarial de los casinos, sino que responde a su peculiar naturaleza de ingresos empresariales derivados de la liberalidad de los clientes, y no propiamente de la actividad empresarial. En ese sentido, aunque la regulación del destino de las propinas no pueda considerarse una exigencia legal, tampoco puede calificarse de indebidamente restrictiva de la libertad de empresa, tanto menos cuanto que el artículo que se impugna defiere el reparto del fondo de propinas a lo que se acuerde en el convenio colectivo y destina los fondos que no van a los empleados como liberalidad de los clientes, a un gasto empresarial necesario como lo es la remuneración de los propios empleados y a otros gastos sociales, como lo son las atenciones sociales a clientes y empleados.

QUINTO.- Conclusión y costas.

De conformidad con lo expuesto en los fundamentos de derecho anteriores, procede desestimar el recurso de casación. Según lo que dispone el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción, se imponen las costas a la parte que ha sostenido el recurso.

En atención a lo expuesto, en nombre del Rey, y en ejercicio de la potestad jurisdiccional que emana del Pueblo español y nos confiere la Constitución,

FALLAMOS

Que no ha lugar y por lo tanto desestimamos el recurso de casación interpuesto por el Sindicato de Comercio, Hostelería y Turismo de Comisiones Obreras de Madrid contra la sentencia de 17 de septiembre de 2008 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Octava) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el recurso contencioso-administrativo 968/2006. Se imponen las costas de la casación a la parte recurrente.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Pedro José Yagüe Gil.- Manuel Campos Sánchez-Bordona.- Eduardo Espín Templado.- José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat.- María Isabel Perelló Doménech.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico. Firmado.