

Proyecto de ley para proteger el empleo de los saloneros y meseros

Expediente N° 18.278

ASAMBLEA LEGISLATIVA:

En todas partes del mundo, la propina es considerada como un aporte que los clientes otorgan a los saloneros y meseros por la satisfacción del servicio recibido. No obstante, a partir de 1972, Costa Rica dio un giro enorme en ese sentido y, mediante una ley de la República impulsada por el entonces diputado Luis Alberto Monge, se estableció el impuesto al servicio, que consiste en el 10% de la cuenta total de cada mesa a favor del mesero. A partir de entonces, ese impuesto pasó a llamarse “propina”, a pesar de la clarísima diferencia conceptual, generando una gran confusión acerca de su naturaleza, especialmente, respecto a si es o no parte del salario.

La Real Academia de la Lengua Española define la palabra “propina” como el “agasajo o retribución que se da como muestra de satisfacción por la prestación de algún servicio”¹.

Diversos tratadistas han coincidido con esta definición, como es el caso de Cabanellas de Torres, para quien la propina es un “pequeño sobrepago que voluntariamente se da como satisfacción por algún servicio. Corta donación remuneratoria por un servicio eventual”². En el mismo sentido, apunta Krotoschin que:

“la propina no es en sí misma una remuneración, ya que no está a cargo del patrono [...] la propina obedece a una liberalidad del cliente por la que éste quiere mostrar su satisfacción por el servicio recibido, o recompensarlo en una forma especial independientemente del precio que por este servicio tiene que pagar al empresario”³.

Todas estas definiciones coinciden en que la propina implica dos elementos importantes: voluntad y satisfacción. Voluntad porque el cliente, de forma libre, decide ofrecer una cantidad determinada de dinero al trabajador y satisfacción porque esta acción la realiza en virtud de la complacencia por el servicio prestado. Siendo así, Unsain explica que las propinas son diferentes al salario por razones muy claras:

“las propinas tienen el carácter de voluntarias, en tanto que el salario es obligatorio. Son imprecisas en su monto en tanto que el jornal es fijo. Proviene de un tercero como regalo, en tanto que el salario proviene del patrón y tiene el carácter de un servicio prestado”⁴.

Incluso, algunos tribunales han sido contestes con estas consideraciones. Por ejemplo, la Sección Primera del Tribunal Superior de Trabajo, en sentencia N° 429, de 12 de mayo de 1995, señaló:

“La Ley de la propina dispone que todo trabajador tiene derecho a recibir el diez por ciento del importe total que el consumidor gaste por la atención que preste en la mesa (Ley N° 4946 del tres de febrero de mil novecientos noventa y dos) y tiene carácter de impuesto. Esa suma proviene de una persona totalmente ajena a la relación laboral. **Si bien ingresa al patrimonio del trabajador, no hace a título de salario porque el cliente no es su patrono** (artículos 1, 2, 4 y 18 del Código Laboral)”.
(El subrayado no pertenece al original).

Asimismo, el Tribunal Superior de Trabajo, mediante la sentencia N° 4598, de 21 de noviembre de 1975, explicó que:

- 1 Diccionario Jurídico Elemental. Editorial Heliasta, 2000. Citado por: Fallas, Carolina. *Carácter salarial de las propinas*. Abogada de la Dirección Jurídica Corporativa de la Caja Costarricense de Seguro Social. Costa Rica, 2001. Disponible en la web: <http://www.binasss.sa.cr/revistas/rjss/juridica13/consult6.pdf>. P. 230
- 2 Tratado Práctico de Derecho del Trabajo. Editorial Depalma, 1955. Citado por Fallas, Carolina. *Op. Cit.*
- 3 Del Pozzo, Juan. *Derecho del Trabajo*. Tomo II. Editores Ediar, 1948. Citado por Fallas, Carolina. *Op. Cit.*
- 4 Durante, Marco. *Una sentencia de cubos y cilindros*. Artículo de opinión publicado en el Periódico La Nación. 7 de julio de 2010. Disponible en: <http://161.58.191.209/2010-07-08/Opinion/PaginaQuince/Opinion2439396.aspx>

“tampoco las propinas que los salones reciban por Ley se incorporan al salario por tratarse de un ingreso de naturaleza distinta”.

(El subrayado no pertenece al original).

A pesar de tan evidentes diferencias y de los antecedentes jurisprudenciales que imposibilitan catalogar a la propina como parte del salario, la Sala Segunda, en su sentencia N° 69, de 15 de febrero de 1995, señaló lo contrario cuando indica que:

“La propina obligatoria, fijada sobre un porcentaje de los precios, en nuestro medio la regula la ley 4946 de 24-1-72, modificada por Ley 5635 de 9-12-74, y es una retribución que se paga al trabajador por la prestación del servicio. Resulta entonces que si salario es toda retribución que recibe el trabajador por sus servicios y la propina constituye un tipo de ella, debe ser considerada como salario. Como quien paga esa remuneración es un tercero y no el patrono se ha puesto en discusión su naturaleza salarial. Si bien es cierto, estas propinas son pagadas por una persona que no es el patrono, lo hace con ocasión del servicio que le está prestando el trabajador por cuenta del patrono; es decir con ocasión del trabajo. Es el empleador quien contribuye a ello, en el tanto en que facilita los medios, y pone al trabajador en condición de poder recibir tales propinas. El patrono es el que establece las condiciones en que el servicio se desempeñará y, sin lugar a dudas, si no se ejecuta cuando y como él lo indica, estará sujeto a las sanciones disciplinarias correspondientes. Por eso, el hecho de que precisamente este dinero no lo pague directamente el patrono, sino una tercera persona, el cliente, no impide que se considere salario. Además, la modificación sufrida por la Ley de Propinas dictada el 9 de diciembre de 1974, Ley N° 5635 establece que “...Con relación al monto se le aplicarán al patrono las mismas disposiciones y sanciones que el Código de Trabajo establece para todo lo relacionado con el salario.” (el subrayado no es del original) y las sumas correspondientes a las propinas que no las percibe el trabajador por culpa del patrono se considerarán deuda de éste con aquél. Con esto se evidencia que las propinas están establecidas, con rango legal,

como salario”. *(El subrayado no pertenece al original).*

También la Sala Constitucional reforzó la idea de que la propina sea parte del salario, pues en su voto N° 2010-004806, de 10 de marzo de 2010, que:

“en criterio de este Tribunal Constitucional, la posición de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia plasmada, por ejemplo, en las sentencias N° 69 de las 9:55 hrs. de 15 de febrero de 1995 y 381-1999 de las 10:20 hrs. de 10 de diciembre de 1999, en las que considera que la propina obligatoria es una retribución o remuneración que debe ser considerada como parte del salario, constituye una interpretación evolutiva del derecho al salario que resulta conforme con el Derecho de la Constitución y las obligaciones internacionales adquiridas por nuestro país en relación al desarrollo progresivo y no regresivo de los derechos sociales o prestacionales, específicamente, el derecho a la seguridad social”.

Empero, como bien ha apuntado el abogado laboralista Marco Durante,

“en esta ocasión, la Sala Constitucional se equivocó. Para llegar a esta conclusión utilizó un razonamiento muy válido (principio de progresividad del salario), pero para un caso en que definitivamente no es aplicable”.

Nunca podría considerarse como salario un monto que proviene de un tercero (el cliente) que la ley le ordena pagar independientemente de la calidad de servicio recibido. Este 10% de impuesto se creó en la Ley de Propinas para asegurarle un ingreso fijo al saloneo (a diferencia de cómo se hace en el resto del mundo, donde el monto de propina es variable, voluntario y tampoco ostenta carácter salarial, como bien lo ha dispuesto la Organización Internacional del Trabajo -OIT- en el Convenio 172)⁵.

No obstante, la sentencia constitucional fue contundente, a pesar de que no entró a valorar las consecuencias. La declaración de la propina como parte del salario no solo ha generado que esta pierda su carácter de retribución voluntaria como muestra de

5 Vizcaíno, Irene. “Empresarios renuentes a incluir propinas en salarios”. La Nación, 13 de julio de 2009. Disponible en la web: http://www.nacion.com/ln_ee/2009/julio/13/pais2023410.html

aprecio por el servicio, sino que también ha afectado a los trabajadores de la actividad, por cuanto esa incorporación, si bien sonaba positiva en principio por representar un incremento en el salario, implica que la cantidad reportada aumente, al igual que las cargas sociales y el impuesto sobre la renta, de modo que al final, los ingresos por concepto de propina nunca los disfruta el salonerero o mesero, sino que pasan directamente al Estado.

Además, ha provocado importantes consecuencias negativas en la generación y mantenimiento de fuentes de empleo.

En 2009, el entonces director ejecutivo de la Cámara de Hoteles explicó que para ese gremio, tal decisión representaría una carga en momentos de crisis: “No quisiera, pero podría pensar en que va a agravar el desempleo, porque las empresas van a tener que reducir costos y gastos operativos⁶”. Tan solo como una muestra de la veracidad de esa preocupación puede mencionarse el reciente cierre del restaurante Café News, en plena Avenida Central de San José, debido al alto costo que representa tal inclusión, situación que generó el despido de 25 empleados⁷.

De hecho, según la Cámara Costarricense de Restaurantes y Afines (Cacore) y con base en los datos de la Encuesta Nacional de Hogares realizada por el Instituto Nacional de Estadística y Censo (INEC) en el 2010, se estima que la actividad de hoteles y restaurantes da empleo a 96.328 personas, lo que equivale al 5.1% de toda la población trabajadora del país⁸. Por ello, dicha Cámara afirma que:

“más de 15.000 personas (12.000 empleados directos y 3.300 empleados indirectos) podrían perder su trabajo en el sector gastronómico con la declaración de la Sala Constitucional que obliga la inclusión del 10% del servicio en mesa como parte del salario de los salonereros⁹”.

Siendo así, las estimaciones realizadas por la firma BDS Asesores indican que esos 12.000 empleos directos que podrían perderse representarían un incremento

de la tasa de desempleo del 0.6% a nivel nacional y una reducción de 0.75% del PIB y si se le suman los empleos indirectos, las cifras podrían incrementarse hasta en un 0.8% en la tasa de desempleo y 0.25% adicional a la caída del PIB¹⁰.

A raíz de lo anterior, es claro que la interpretación que los tribunales han hecho de la propina, sin duda, afecta las oportunidades de empleo de los trabajadores relacionados con esa actividad, así como el poder adquisitivo propio y de sus hogares, limitándoles en muchas ocasiones las posibilidades de salir de la pobreza, de acceder a mejores condiciones de educación y salud, de adquirir bienes y servicios más variados y de mayor calidad, por lo cual los diputados firmantes proponemos a la Asamblea Legislativa el conocimiento de este proyecto, con el objetivo de proteger el empleo de los salonereros, meseros y trabajadores afines.

LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA

DECRETA:

LEY PARA PROTEGER EL EMPLEO DE LOS SALONEROS Y MESEROS

ARTÍCULO 1.- Reformase el artículo 1 de la Ley N° 4946, de 3 de febrero de 1972, Ley que crea el derecho a propina a trabajadores de restaurantes.

“Artículo 1.- Los trabajadores de restaurantes, bares, sodas y otros establecimientos donde se preste el servicio en mesa, tendrán derecho al diez por ciento (10%) de la cuenta total de cada mesa, sin incluir el impuesto de ventas.

Este monto se llamará: “servicio 10%” y no constituirá parte del salario del trabajador ni afectará las cargas sociales y prestaciones laborales a cargo del patrono.

Por propina se entenderá el monto adicional voluntariamente entregado por el cliente, como

6 Fernández, Karen. “Cierran News Café en San José”. Diario Extra, 28 de mayo de 2011. Disponible en la web: <http://www.diarioextra.com/2011/mayo/28/nacionales15.php>
7 Cámara Costarricense de Restaurantes y Afines. “Avanzamos en nuestro esfuerzo por lograr que el 10% de servicio no sea salario”. *Revista Menú Informativo*. San José, Costa Rica. 2011. P. 10
8 *Ibid.* P. 8
9 *Idem*
10 *Idem*.

muestra de satisfacción por el servicio recibido. De ninguna forma, el pago de esta propina será obligatorio.”

ARTÍCULO 2.- Modifícase el artículo 1 de la Ley N° 5635, Reforma de la Ley que crea el derecho a propina a trabajadores de restaurantes, que varía el artículo 4 de la Ley N° 4946, de 3 de febrero de 1972, Ley que crea el derecho a propina a trabajadores de restaurantes.

“Artículo 4.- Los patronos no deberán participar del beneficio de ese diez por ciento (10%), no deberán impedir o interferir en el cobro legal de la misma, por parte de sus trabajadores ni serán responsables de las obligaciones relativas a ese diez por ciento (10%). Cualquier suma que por

ese concepto, deje de percibir el trabajador por causa imputable a patrono se considerará como una deuda de este con aquel.”

ARTÍCULO 3.- Deróganse los artículos 2 y 3 de la Ley N° 4946, de 3 de febrero de 1972, Ley que crea el derecho a propina a trabajadores de restaurantes.

Rige a partir de su publicación.

Marielos Alfaro Murillo
DIPUTADA

12 de octubre de 2011.

NOTA: Este proyecto pasó a estudio e informe de la Comisión Permanente de Asuntos Sociales.