

Informe de Investigación

Título: La Propina en Costa Rica

Rama del Derecho: Derecho Laboral.	Descriptor: Derechos laborales.
Palabras clave: Propina a Trabajadores de Restaurantes, Servicio en las mesas, Estructuras de Participación, Derecho de los Salineros.	
Fuentes: Normativa, Jurisprudencia.	Fecha de elaboración: 04 – 2011.

Índice de contenido de la Investigación

1 Resumen.....	1
2 Normativa.....	2
Crea Derecho de Propina a Trabajadores de Restaurantes.....	2
3 Jurisprudencia.....	3
a) Propina: Corresponde a trabajadores que brinden servicio en las mesas.....	3
b) Sentencia laboral: Consideraciones acerca del principio de congruencia.....	3
c) Propina: Análisis acerca del concepto "servicio en la mesa" y del derecho a recibirla. 7	
d) Patrono que interfiere en el disfrute del beneficio legal de su personal al establecer estructuras de participación.....	11
e) Propina: Salineros que deben compartirla con otros empleados con base en condición impuesta unilateralmente por el patrono.....	18
4 Opiniones Jurídicas de la Procuraduría General de la República.....	20
a) OJ-096-2004.....	20
b) OJ-150-2007.....	29

1 Resumen

El presente informe trata la propina en Costa Rica. Se recopilan la Ley de Creación del Derecho de Propina a Trabajadores de Restaurantes, ley número 4946, variada jurisprudencia dando las interpretaciones de la Sala Segunda sobre este derecho, explicando temas como: la propina y los trabajadores que brinden servicio en las mesas, un análisis acerca del concepto "servicio en la mesa" y del derecho a recibirla, el patrono que interfiere en el disfrute del beneficio legal de su personal al establecer estructuras de participación, y por último dos opiniones jurídicas de la

Procuraduría General de la República, la OJ-096-2004 y la OJ-150-2007, sobre los proyectos de ley que tratan sobre la propina.

2 Normativa

Crea Derecho de Propina a Trabajadores de Restaurantes

[Ley N° 4946]¹

ARTICULO 1º.- Los trabajadores de restaurantes, bares y otros establecimientos análogos, tendrán derecho a propina cuando su servicio se preste en las mesas.

ARTICULO 2º.- La propina autorizada conforme a esta ley, será de un 10% con respecto al monto total de la consumición correspondiente. La propina para los efectos de registrarla por escrito se llamará: "servicio 10%".

ARTICULO 3º.- No es obligatoria la propina para consumiciones inferiores a diez colones o en los casos en que el servicio en las mesas lo presta el propietario del negocio.

ARTICULO 4º.- Los patronos no deberán participar del beneficio de la propina y no deberán impedir o interferir en el cobro legal de la misma, por parte de sus trabajadores. Cualquier suma que por ese concepto, deje de percibir el trabajador por causa imputable a patrono se considerará como una deuda de éste con aquél. 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.

(Así reformado por el artículo 1º de la ley No.5635 del 9 de diciembre de 1974)

ARTICULO 5º.- El Ministerio de Trabajo reglamentará todo lo relativo a esta ley.

ARTICULO 6º.- El Ministerio de Trabajo reglamentará todo lo relativo a esta ley.**

ARTICULO 7º.- Esta ley rige a partir del 1º de febrero de 1972.

** Error del PGR Sinalevi.

3 Jurisprudencia

a) Propina: Corresponde a trabajadores que brinden servicio en las mesas Imposibilidad de ser recibida por gerente de alimentos y bebidas

[Sala Segunda]²

Voto de mayoría

"III.- ACERCA DE LA PROPINA: La Ley número 4946, del 3 de febrero de 1972, reformada por la Ley número 5635, del 9 de diciembre de 1974, en lo que interesa, dispone: "Artículo 1º.- Los trabajadores de restaurantes, bares y otros establecimientos análogos, tendrán derecho a propina cuando su servicio se preste en las mesas.". "Artículo 2º.- La propina autorizada conforme a esta ley, será de un 10% con respecto al monto total de la consumición correspondiente...". "Artículo 4º.- Los patronos no deberán participar del beneficio de la propina y no deberán impedir o interferir en el cobro legal de la misma, por parte de sus trabajadores. Cualquier suma que por ese concepto deje de percibir el trabajador por causa imputable al patrono se considerará como una deuda de éste con aquél...". Del análisis de esa normativa, se desprende que, independientemente de que se considere que la propina constituye un salario o no -el cual es un tema muy polémico-, la verdad es que, el porcentaje establecido por el artículo 1, únicamente se otorga a los trabajadores que presten su servicio en las mesas, lo cual es una circunstancia que no se daba en este caso, puesto que el actor laboraba como Gerente de bebidas y comida de la empresa accionada. Denominar como "propina" a los emolumentos salariales que percibía el actor y que eran mayores a los montos reportados a la Caja Costarricense de Seguro Social constituye, sin duda, una maniobra patronal, para así obviar el pago correcto de las cargas sociales y los derechos del trabajador. No es creíble que un Gerente devengue un salario que asciende a los cuarenta mil colones mensuales. La maniobra es evidente. Así las cosas, se debe concluir, que los montos que percibía el actor mensualmente, no lo eran en concepto de propina que, repetimos, no le correspondía, sino mas bien en pago de su salario."

b) Sentencia laboral: Consideraciones acerca del principio de congruencia

Vicio de ultrapetita al decidirse sobre punto no controvertido en primera instancia

[Sala Segunda]³

Voto de mayoría

"II.- Ante la Sala se alega que la sentencia impugnada incurrió en el vicio grosero de ultra petita y consecuente indefensión, por cuanto, a pesar de que en la demanda se fijaron las pretensiones económicas en un millón quinientos mil colones, se elevó la condenatoria "a un múltiplo superior a 8.8 veces de esa pretensión, sin incluir las costas (20%)". Asegura que si bien es cierto también se utilizó el concepto de "sin perjuicio de una ulterior valoración superior", la parte debió precisarlo. Además, los juzgadores de instancia desatendieron la solicitud de la parte actora, para que se



nombrara un perito matemático a efecto de que calculara la totalidad de sus pretensiones económicas, razón por la cual, las sentencias se debieron limitar a las pretensiones que expresamente se cuantificaron. Aduce que: *“Los actos judiciales desproporcionados y sorprendivos precitados atentan contra la objetividad de la administración de la Justicia”*. En ese sentido, – agrega- la congruencia es un atributo que debe contener toda sentencia (voto de la Sala número 394 de las 9:50 horas del 7 de mayo de 2008). Como sustento de su tesis también cita la sentencia de este órgano número 760 de las 9:30 horas del 10 de setiembre de 2008. De ahí que, con fundamento en los artículos 99, 153 y 155, todos del Código Procesal Civil, aplicables a tenor de lo dispuesto en el 452 del de Trabajo, solicita se declare la nulidad del fallo impugnado. De modo subsidiario considera que con el testimonio de Luis Rojas Gómez se acreditó la falta grave (propósito ofensivo del trabajador a su empleadora) invocada como sustento del despido (inciso a) del artículo 81 de este último cuerpo normativo). Sobre el particular argumenta que las consideraciones del tribunal legitiman *“un ambiente hostil en las empresas, contrario a la armónica convivencia y al principio de la buena fe que debe presidir las relaciones laborales, de modo que los gestos burlescos frente a las órdenes patronales se convertirían, en virtud de dicho criterio judicial, en tolerable moneda corriente”*. Por otro lado, según el recurso, la doctrina sostiene que los daños y perjuicios se conceden en los casos de despidos abusivos. Por otro lado, se alega que como la sentencia de primera instancia tuvo por acreditado el hecho base del cese, aunque no lo consideró falta grave y dicho aspecto no objetado ante el tribunal, no podía enmendarse oficiosamente. Sobre el tema, manifiesta que el tribunal no valoró la existencia de falta grave y el artículo 82 del Código de Trabajo *“impone el pago de salarios a título de daños y perjuicios, no en función de la intención de perjudicar o no al trabajador, lo cual implicaría una ardua tarea en el bastanteo de las subjetivas intenciones del empleador (sic). El asunto es más sencillo y tangible. Tal precepto comporta una relación de causalidad. Si no se comprueba la causa del despido por falta grave procede la sanción de los daños y perjuicios”*. Aduce que en este asunto se acreditó la falta imputada, aunque no fue calificada como grave, *“aspecto no controvertido ni por el actor ni por la sentencia recurrida”*. En relación a ese tema para la parte recurrente los daños y perjuicios se pidieron por haberse alegado causales de despido falsas, por lo que no habiéndose acreditado dicha falsedad, se ha incurrido en incongruencia por extra petita. Seguidamente, respecto del reconocimiento de horas extra acusa que el fallo impugnado incurrió *“en una extrapolación en la valoración de la prueba”* por una *“exacerbada posición tuitiva”* por parte del tribunal. Así, sostiene que la hermana del accionante esporádicamente visitaba la cafetería y no dio fe de un hecho, sino *“que CREE en un hipotético horario; en otras palabras, ella no tiene certeza de su dicho, lo que no podría conducir a la **acreditación del citado horario** – término técnico de repetida cita en el presente caso”*. Se cuestiona el testimonio del padre de la apoderada del demandante, así: *“No resulta verosímil la versión del testigo, pues la cita que le hizo el bartender, en atención a lo testificado, no debió ser a las nueve de la noche, sino a las diez, de un día cualquiera, pues, aparentemente, aparentemente, esa era su hora de salida. Llama la atención, en aplicación de las normas que gobiernan el sentido común, que al actor –estudiante, según su propio dicho- se le espere hasta las diez de la noche para realizar un trabajo que bien pudo hacerlo durante su tiempo libre. En otras palabras, el testimonio bajo examen, rendido un año después de un anecdótico episodio carece de verosimilitud, al igual que el anterior, pues no dan fe de una conducta regular y estable en el cumplimiento de las labores ordinarias y, eventualmente, extraordinarias del actor”*. Asegura que los indicados testimonios no merecen credibilidad, *“... no dan fe de la conducta regular y permanente de las partes, sino de las creencias de dos testigos que, por lo dicho, una es hermana del actor y otro el padre de la apoderada del actor”*. Se alega también que el deponente Rojas Gómez dijo que el actor tenía un horario aproximado de las diez de la mañana a las nueve o nueve y quince de la noche, por cuanto el testigo tenía un horario variable. En el recurso se echa de menos un criterio razonable para sustentar la condena por horas extra. Por otro lado, se aduce que el artículo 1 de la Ley número 4946 de 3 de febrero de 1972, contempla como destinatarios de



la propina a los trabajadores de restaurantes, bares y otros establecimientos análogos cuando el servicio se preste en las mesas; supuesto en el que no encaja el caso del demandante. En ese sentido, se agrega que como él no era beneficiario del 10% del consumo de los clientes a título de propina y el error no crea derecho ni nadie puede beneficiarse de su propio dolo, lo girado por ese concepto constituye un pago patronal hecho en exceso en los términos del artículo 173 del Código de Trabajo. En consecuencia, solicita se revoque la sentencia recurrida en cuanto le reconoce al señor Watson el indicado porcentaje por propina, como tampoco procede el pago a la Caja de las cuotas obrero patronales del Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte. Por último, en términos generales se pide anular dicho pronunciamiento, o, en su defecto, revocarlo acogiendo las defensas interpuestas.

III.- En materia laboral, el recurso de tercera instancia rogada no es admisible por razones de forma, sino, solo por el fondo, quedando excluida la posibilidad de analizar los reclamos por meros vicios procesales, salvo que se trate de alguno sumamente grave. Esto por cuanto el artículo 559 del Código de Trabajo expresamente establece: *“Recibidos los autos, la Sala rechazará de plano el recurso si se ha interpuesto contra lo que disponen los artículos 556 y 557. Lo mismo hará cuando en el recurso se pida únicamente la corrección, reposición o práctica de trámites procesales”*. En consecuencia, el agravio por incongruencia planteado en el recurso, relacionado con el vicio de ultra petita por supuestamente haberse concedido más de la cantidad fijada como estimación de la demanda, por tener ese carácter, no puede entrar a analizarse. En todo caso, no existe ningún vicio al respecto. En primer término debe tomarse en cuenta que el artículo 461 del Código de Trabajo, entre otros aspectos, en sus incisos b) y d) obliga a expresar *“b) La exposición clara y precisa de los hechos en que se funda ...”* y *“d) Las peticiones que se someten a la resolución del Tribunal...”*. Es cierto que con la demanda y su contestación se fija el marco del debate, así como que *“los argumentos que no se invocaron en esa oportunidad procesal no pueden ser alegados posteriormente de manera sorpresiva ya que, se causaría indefensión procesal a la otra parte”* (sentencia número 760 de las 9:30 horas del 10 de setiembre de 2008, citada en el recurso). Sin embargo, el punto que se somete a discusión de la Sala, tiene que ver con la estimación de la demanda, el cual también regula el numeral citado, en el sentido de que en materia laboral no se requiere hacer esa estimación. Dicha norma textualmente dispone: *“No es necesario estimar el valor pecuniario de la acción”*. En consecuencia, no le asiste razón a la parte recurrente al reclamar que en ese libelo inicial se hizo una estimación imprecisa de las obligaciones dinerarias. Ahora bien, según se puede apreciar, en la demanda se indicó: **“ESTIMO LA PRESENTE DEMANDA SIN PERJUICIO DE UNA ULTERIOR VALORACIÓN POSTERIOR EN LA SUMA DE UN MILLÓN QUINIENTOS MIL COLONES”** (folio 54 vuelto), por lo que en modo alguno puede sostenerse que las pretensiones se limitaron a dicha cantidad, por cuanto, se hizo alusión a esa suma sin perjuicio de una valoración posterior, la cual, precisamente, fue la que hizo con posterioridad el juzgador al cuantificar los extremos pretendidos. Cabe agregar que, lo resuelto en las sentencias de esta Sala números 394 de las 9:50 horas del 7 de mayo y la ya citada 760 de las 9:30 horas del 10 de setiembre, ambas de 2008 y aludidas en el recurso, no abonan a favor de la tesis presentada ante este órgano.

IV.- En lo que toca a la condena por horas extra, en la demanda don Eloy alegó que comenzó a prestar servicios a la accionada realizando *“labores de cocina”*, en un horario de lunes a domingo de 5 p.m. a 9 p.m., pero, dadas las labores de limpieza, aquel se extendía a las 10 p.m., con un día libre a la semana. Señaló que luego de cuatro meses, comenzó a trabajar el día libre del *“bartender”*, a saber, los miércoles, con un horario de 9:00 a.m. a 9:00 p.m.; porque si llegaba a las 10 a.m. no le daba tiempo. Indicó que en el mes de febrero de 2003 se le nombró en el puesto de *“bartender”*, el cual ocupó hasta el 6 de julio de 2006, con un horario de 9 a.m. a 9 p.m. y unos días dependiendo de la época (sobre todo en diciembre) hasta las 9:30 p.m. Y añadió: *“Mi horario*

durante este tiempo no varió, fue de 10:00 am a 9:00 pm, pero yo tenía que llegar a las 9:00 am ya que con la carga de trabajo me era imposible preparar todo en una hora...” (mayúsculas suprimidas). Seguidamente manifestó que algunas veces el horario se extendía a las 9:30 p.m. y al día siguiente debía llegar temprano, razón por la cual laboraba tres horas extra al día, las que no se le cancelaron (folios 49 y siguientes). En la contestación de ese libelo, respecto del primer periodo se señaló que siempre el actor disfrutó de un día de descanso rotativo a la semana y el horario de trabajo era de 5 p.m. a 9 p.m. En cuanto al día libre que le hacía al “*preparador de café y batidos*”, quien no era “*bartender*”, se indicó que el horario era de 10 a.m. a 9 p.m., el cual se mantuvo cuando se le nombró en ese puesto de lunes a sábado con sus respectivas horas de almuerzo y de descanso, así como el domingo entraba a la 1:00 p.m. y salía a las 9:00 p.m. Además tenía un día libre a la semana en forma rotativa. Aseguró que las horas extra siempre se pagaron. El hecho probado identificado con la letra f) de la sentencia de primera instancia, mantenido por el tribunal, reza: “*F) La jornada de trabajo del demandante inicialmente como cocinero fue de cinco de la tarde a nueve de la noche y a partir del mes de febrero del año 2003 era de diez de la mañana a nueve de la noche*”. La parte accionada, en el recurso de apelación en relación con el horario, indicó: “*Con respecto al horario que tiene por acreditado el juzgador, de las diez de la mañana a las nueve de la noche, debo indicar que no está tomando en cuenta que este horario era por cinco días semanales. Además, así como lo dice claramente el testigo Luis Rojas Gómez (a folio noventa y siete, a línea 24 y siguientes), “el lunes se entra al medio día, el martes a las once, y así sucesivamente, día por medio. El que entra a las once sale a las 8:45 de la noche, cuando se entra a las doce se sale a las nueve y quince”. Este mecanismo es el que se ha manejado siempre y el que atendía el actor, y no el de tres horas extra por día que pretende se le pague el actor, y le otorgó erróneamente la juzgadora en la sentencia requerida*”. Seguidamente, agregó que el demandante trabajaba cuarenta y cinco horas semanales y cuando por motivo de fuerza mayor el horario se extendía, se le pagaban las horas extra. También, echó de menos que no se tomara en cuenta que “*el horario del actor, llevaba los tiempos de comidas, ya que se le daba una hora de almuerzo en la que podía disponer de ella y adicionalmente se le daban los quince minutos para descanso, esta hora y quince minutos, no estaba en el lugar de trabajo y las utilizaba para sus gestiones, fuera del mismo*”. Por último, adujo que don Eloy no trabajaba más de cuarenta y ocho horas semanales y en el momento en que se trabajaban las horas extra se le cancelaban. En el recurso ante la Sala, es otro el argumento por el cual se muestra inconformidad con la condena por horas extra, limitándose a cuestionar los testimonios de la hermana del accionante y del padre de la apoderada del demandante en cuanto hicieron referencia, la primera, a un horario aproximado de diez de la mañana a las nueve de la noche y, el segundo, a una hora de salida de diez de la noche. No obstante y dicho sea de paso, debemos recordar que el horario que se tuvo por acreditado fue de 10:00 a.m. a 9:00 p.m., al cual se hizo referencia en la contestación de la demanda. A la luz del artículo 452 del Código de Trabajo, los numerales 598 y 608, ambos del Código Procesal Civil, son aplicables a esta materia. De conformidad con el 598, no podrá incoar el recurso la parte que no haya apelado el fallo de primera instancia, cuando el del órgano de alzada sea exclusivamente confirmatorio. Luego, según el numeral 608, no podrán ser objeto del recurso aquellas cuestiones que no hayan sido oportunamente propuestas ni debatidas por las partes. En este asunto, tal y como se indicó, el agravio que ahora se plantea es distinto al expuesto ante el tribunal, por lo que conforme con lo dispuesto en las indicadas normas, no procede ahora analizar el agravio planteado sobre el particular (sobre el punto se pueden consultar las sentencias de la Sala números 419 de las 10:10 horas del 22 de agosto; 431, de las 9:30 horas del 29 de agosto; 432, de las 9:40 horas del 29 de agosto; 444, de las 9:30 horas del 6 de setiembre; y, 499, de las 9:20 horas del 11 de octubre; todas de 2002).

V.- En el recurso de apelación la parte demandada indicó que le canceló al accionante el diez por ciento de las ventas “*en una posición de bonificación le cancelaba este rubro no siendo la*



obligación legal; situación de la que pretende sacar provecho el actor, y que la juzgadora le ha dado cabida con la resolución que está siendo impugnada". A su respecto, el tribunal consideró que si como lo aceptó la demandada, el actor devengó un diez por ciento sobre las ventas a título de bonificación, es claro que formó parte del salario. Sobre el tema, según se indicó, ante la Sala se alega que el artículo 1 de la Ley número 4946 de 3 de febrero de 1972, contempla como destinatarios de la propina a los trabajadores de restaurantes, bares y otros establecimientos análogos cuando el servicio se preste en las mesas; supuesto en el que no encaja el caso del demandante. En ese sentido, se agrega que como él no era beneficiario del 10% del consumo de los clientes a título de propina y el error no crea derecho ni nadie puede beneficiarse de su propio dolo, lo girado por ese concepto constituye un pago patronal hecho en exceso en los términos del artículo 173 del Código de Trabajo. Por las razones indicadas en el considerando precedente, específicamente en aplicación de los artículos 598 y 608 ambos del Código Procesal Civil, tomando en cuenta que el agravio expuesto ante el tribunal sobre el tema, es distinto al planteado ante la Sala, tampoco puede entrar a conocerse."

c) Propina: Análisis acerca del concepto "servicio en la mesa" y del derecho a recibirla

Principio de redistribución de la carga de la prueba

Patrón que interfiere en el disfrute del beneficio legal de su personal al establecer estructuras de participación

[Sala Segunda]⁴

Voto de mayoría

III.- Sobre la valoración y carga de la prueba en materia laboral: En materia laboral, los jueces deben apreciar la prueba en conciencia, sin sujeción a las normas de derecho común, salvo disposición expresa en contrario, debiendo expresar -eso sí- los principios de equidad o de cualquier otro género en que funden sus decisiones (artículo 493 del Código de Trabajo y sentencia de la Sala Constitucional, n° 4448-96, de 9:00 horas de 30 de agosto de 1996). Esta forma de apreciar la prueba no implica arbitrariedad, sino respeto y sujeción a las reglas de la sana crítica, al principio de legalidad y del debido proceso. Ahora bien, por la natural desigualdad material que media entre patronos y trabajadores, las distintas legislaciones han concebido normas y principios que tienden a nivelar, equilibrar o sanear la posición preeminente del empleador; una suerte de discriminación inversa. En Derecho Procesal del Trabajo, el principio de derecho común según el cual quien afirma algo está obligado a demostrarlo, o bien, si el demandante no prueba el demandado será absuelto, es deliberadamente quebrantado o subvertido, pues el trabajador, que es normalmente el actor o demandante, es exonerado en lo sustancial de la obligación de probar su dicho; el onus probandi recae en lo básico sobre el empleador; la demanda goza de una presunción de veracidad; se le reputa cierta a priori, presunción *iuris tantum* que debe ser destruida por el empleador. De conformidad con lo expuesto, procede ahora determinar si con la prueba la demanda fue desvirtuada, y verificar si los integrantes del órgano de alzada incurrieron o no en los yerros que se acusan en el reclamo planteado ante esta tercera instancia rogada.

IV .- Para resolver este asunto es necesario determinar qué se entiende por el término propina y la naturaleza de esta. En tal sentido el voto de esta Sala n° 381-99, de las 10:20 horas del 10 de diciembre de 1999, señaló: **III.- ACERCA DE LA PROPINA:** Como análisis previo, debemos



determinar que se entiende por el término propina. Al respecto, el Diccionario de la Real Academia Española la define como “ **una gratificación pequeña con que se recompensa un servicio eventual.**” (Diccionario de la Real Academia Española. Vigésima Edición. Madrid, España, 1984, pág. 1111). Según Cabanellas, el vocablo propina “**se deriva del verbo latino “propinare”, “convidar a beber”; por ser muy frecuente en otros tiempos el dicho, y el hecho, de darse monedas “para una copa o un trago” o expresiones equivalentes. En acepciones más laborales significa el pequeño sobrepago que se da voluntariamente -o por coacción social- como satisfacción por algún servicio recibido. Con perfil más técnico puede definirse la propina como la retribución que el usuario de un servicio abona directamente al trabajador, con carácter voluntario, o consuetudinario al menos, como satisfacción por la atención recibida**” (CABANELLAS, Guillermo, “COMPENDIO DE DERECHO LABORAL”. Tomo I. Bibliográfica Omeba, Argentina, 1968, pág. 610) (...). Ahora bien, el salario constituye una contraprestación que cancela el empleador en pago de la actividad laboral prestada por el trabajador. La propina obligatoria, fijada sobre un porcentaje de los precios, en nuestro medio la regula la Ley 4946 del 24 de enero de 1972, modificada por Ley 5635 del 9 de diciembre de 1974, 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. Esa remuneración es pagada por un tercero y no por el patrono, por esa razón se ha puesto en discusión su naturaleza salarial. Si bien es cierto estas propinas son pagadas por una persona que no es el empleador, lo hace con ocasión del servicio que le está prestando el (la) trabajador (a) por cuenta de él, 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 ese motivo, el hecho de que este dinero no lo pague directamente el patrono sino una tercera persona, el cliente, no elimina el carácter de retribución percibida con ocasión del contrato de trabajo (En igual sentido ver las resoluciones de esta Sala n°s 381, de las 10:20 horas del 10 de diciembre de 1999; 69, de las 9:55 horas del 15 de febrero de 1995; y 865, de las 15:10 horas del 20 de octubre de 2005). Por la ley número 4946, del 3 de febrero de 1972, denominada como la ley que “**Crea derecho de propina a trabajadores de restaurantes**”, se reguló la costumbre social que existía de otorgar una gratificación a los trabajadores que desempeñaban sus labores en estos lugares. De esa manera, en el artículo 1° se estableció el derecho a la propina de aquellos trabajadores de restaurantes, bares y otros establecimientos análogos, que prestaran sus servicios “**en las mesas**”. En desarrollo de lo anterior, los artículos 2° y 3° del Reglamento a dicha ley establecen, por su orden que: “**Se cobrará propina en aquellos establecimientos comerciales en que se preste un servicio de mesas por parte de saloneiros o trabajadores gastronómicos, tales como restaurantes, bares, sodas, cafés, pensiones, fondas, clubes, o cualquier otro local similar o análogo**” (énfasis suplido). “**Se entenderá por saloneiro o trabajador gastronómico, a toda persona física que a cambio de un salario y en forma subordinada, preste sus servicios en la mesa de un restaurante, bar o cualquier establecimiento análogo y que ejecute, entre otras funciones, las siguientes: servir alimentos o bebidas a los clientes; hacerles sugerencias sobre la elección de los mismos; preparar las mesas, colocando los manteles, cubiertos, vasos, saleros y demás especies; presentar el menú y responder preguntas sobre el mismo; tomar el pedido u orden y servirlo; presentar la cuenta; y finalmente retirar la mesa**” (énfasis suplido). En consecuencia, la propina legal a que tiene derecho un saloneiro por el servicio en las mesas es de naturaleza salarial y tendría derecho al pago correspondiente al diez por ciento que en concepto de propina debió recibir durante la relación laboral. Además, se deduce, sin mayor esfuerzo de interpretación, que los trabajadores y servicios a que se refiere la ley y su reglamento lo son únicamente los efectuados por saloneiros o trabajadores gastronómicos, y cuando el servicio es prestado, por ellos, “**en las mesas**”.



VI .- En el caso concreto, la actora afirma haber laborado como salonera y el demandado lo negó, apuntando que por ser un negocio de comida rápida no se daba servicio a la mesa y por consiguiente no se cobraba a los clientes el 10% de servicio. Como se señaló en el tercer considerando el patrono tiene la obligación de acreditar indubitablemente sus afirmaciones porque la demanda consta de una presunción de veracidad. En este caso la parte demandada no demostró los hechos en que sustenta su oposición al pago de propina, pues los autos son ayunos de prueba al respecto, no desvirtuándose que la actora laborara como salonera. No hay prueba en el expediente que refuerce el dicho de la accionada, por el contrario la poca probanza nos lleva a establecer que la señora Taleno era salonera. El señor Luis Alberto Madrigal Soto en confesión, cuando se le pregunto si durante toda la relación laboral mantuvo a la actora en el puesto de salonera, indicó: “No fue toda la relación laboral” (folios 146 a 148). O sea, no niega que la accionante fungió como salonera. Por otra parte la única testigo Luz Marina Taleno Palacio señaló que la actora laboró como salonera (folio 151). Por último de la prueba documental, exactamente del “ACTA DE INSPECCIÓN Y PREVENCIÓN” se extrae que en el negocio de la parte demandada si trabajaban saloneras, toda vez que en apartado número tres se establece como infracción el no pago del 10% de propina a Xinia Méndez, quién funge como salonera. Se desvirtúa, con todo lo anterior, que era un restaurante de comida rápida sin atención en las mesas. Consiguientemente la sentencia recurrida, en este aspecto, debe confirmarse.

VII .- En segundo lugar, precisa determinar, de acuerdo con las pruebas traídas al proceso, si la demandada estorbó, vale decir, si interfirió, de algún modo, en la correcta percepción de las propinas por parte de la trabajadora; o si, como alega el recurrente, el trabajador es quién debe cobrar su propina y si este no lo hizo no se le puede responsabilizar al patrono. En cuanto a este punto, resulta de gran importancia lo regulado en el numeral 4 de la Ley n°4946 del 24 de enero de 1972, que sufrió una reforma por ley número 5635, del 9 de diciembre de 1974, y desde esa fecha establece:

“Los patronos no deberán participar del beneficio de la propina y no deberán impedir o interferir en el cobro legal de la misma, por parte de sus trabajadores. Cualquier suma que por ese concepto, deje de percibir el trabajador por causa imputable al patrono se considerará como una deuda de éste con aquél. 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 consta en el original).

La primera regla que se deriva de ese artículo consiste en un impedimento para que el empleador pueda beneficiarse de los montos que se cobren por impuesto de servicio. Asimismo, se advierte a los empleadores sobre la improcedencia de impedir o interferir en el cobro de la propina y más adelante se indica, en forma expresa, que cualquier suma que el trabajador deje de percibir por ese concepto, debido a alguna causa o motivo imputable al empleador, se considerará como una deuda de este último con el primero. Así, el trabajador podrá demandar, directamente de su empleador, cualesquiera suma que haya dejado de percibir por propinas, cuando medie una relación de causa-efecto, entre el proceder del empleador (por acción o por omisión) y la no percepción de parte o del total de la propina; correspondiéndole a la jurisdicción laboral la solución del conflicto jurídico, con independencia de la naturaleza salarial o no salarial que se determine para la propina, pues el inciso a) del artículo 402 del Código de Trabajo señala que los juzgadores de la materia de trabajo también podrán conocer de las diferencias que surjan entre trabajadores y empleadores, derivados de hechos íntimamente relacionados con el contrato de trabajo. Así las cosas, en el caso concreto, y según se determinó en el considerando anterior la actora laboró como salonera y por consiguiente tenía derecho al 10% de servicio. Sin embargo, como lo afirma la misma parte demandada, dicho monto no fue cobrado a los clientes y tampoco pagado a la actora. Nótese, que la actora se mostró inconforme con el no pago de la propina y por eso acudió al Ministerio de



Trabajo, el 13 de junio de 2006, a efectos de procurar una comparecencia con su patrono y lograr el pago de la propina mediante un acuerdo conciliatorio (folio 7). Según se extrae del artículo n° 4 mencionado, el patrono tiene la obligación de recaudar los dineros y corroborar la efectiva y correcta entrega de los montos según la participación de los colaboradores que brindaban el “servicio en la mesa”, y cualquier suma que por ese concepto, deje de percibir el trabajador por causa imputable a patrono se considerará como una deuda de éste con aquél; además, que con relación al monto se le aplicarán a patrono las mismas disposiciones y sanciones que el Código de Trabajo establece para todo lo relacionado con el salario. Así las cosas y a la luz de las reglas que rigen la valoración de la prueba, especialmente al amparo de la lógica y la experiencia, en relación con los principios cristianos que permean la materia laboral, la justicia social, el interés de los trabajadores y la conveniencia social (artículos 1° y 17 del Código de Trabajo), siendo que la ley responsabiliza directamente a todo empleador, de la recaudación del dinero por concepto de propina; la Sala estima que los representantes de la demandada sí interfirieron en el cobro de la propina; de forma tal que la actora dejó de percibir, por una causa imputable a la empleadora, los montos que le correspondían. Por lo tanto, conforme lo establece el artículo 4 de la Ley n° 4946 relacionada, lo dejado de percibir ha de concebirse como una deuda de la empleadora respecto del trabajador y, entonces, tal y como dispuso el órgano de alzada, procede su pago, más intereses.”

NOTA SEPARADA DEL MAGISTRADO ROLANDO VEGA ROBERT:

“El infrascrito magistrado en anteriores antecedentes jurisprudenciales ha externado el criterio de que a la propina legal no es factible asignarle jurídicamente carácter salarial. Lo anterior, dado que a la luz del análisis histórico de la Ley n° 4946 del 3 de febrero de 1972, puede concluirse que la intención del legislador fue considerarla como una gratificación otorgada por un tercero gracias a un servicio recibido. Así, por ejemplo en el voto salvado emitido en compañía del ex magistrado Van der Laet Echeverría, en la resolución 2003-756 de las 11:00 horas del 28 de noviembre de 2003 se expuso: “Ahora bien, el convenio N° 95 -del 1° de julio de 1949-, conocido como “Convenio relativo a la protección del salario”, sí fue ratificado por Costa Rica el 2 de junio de 1960. En él se establece que *“el término salario” significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar*”. Esta disposición, aunada a las motivaciones legislativas que culminaron con la creación de la ley n° 4946 del 3 de febrero de 1972, nos permite concluir que la intención del legislador no fue la de otorgarle el carácter de salario a la propina voluntaria, sino más bien el constituir un derecho de carácter social no salarial, mediante un “recargo de servicio” fijado en un diez por ciento del monto total del consumo. Tal afirmación se extrae de las actas de las Asamblea Legislativa y del artículo 1° del Convenio 95 que expresamente dispone que el salario será establecido por acuerdo entre el empleador y el trabajador -circunstancia que no se da en la propina, ya que es el cliente quien gratifica el servicio brindado por el trabajador-, o por legislación nacional que, insistimos, no fue la intención del legislador al crear la ley n° 4946. Tal circunstancia no significa que en Costa Rica se haya eliminado la posibilidad de otorgar la propina voluntaria, la cual se daría en los casos en los que el cliente desea otorgar al trabajador una gratificación mayor al diez por ciento del consumo, la cual pertenecería a éste y no podría imputarse como parte del salario mínimo al que legalmente tendría derecho. **(Véase además sobre el temas las resoluciones: 0069-1995 de las 09:55 horas del 15 febrero de 1995, 0381-1999 de las 10:20 horas del 10 de diciembre de 1999 y 0865-2005 de las 15:10 horas del 20 de octubre de**

2005). No obstante lo dicho, en el presente asunto, concuro con lo resuelto por los compañeros (as) magistrados (as). El proyecto 14.677 denominado “**para dar interpretación auténtica al artículo 4 de la Ley No. 4946, de 3 de febrero de 1972**” buscaba con su único artículo, consignar que las sumas percibidas por los trabajadores gastronómicos por propina legal, no formarían parte del salario y por consiguiente, no afectarían el cálculo de las cargas sociales ni las prestaciones laborales. Ahora bien, la Sala Constitucional en su voto 2009-10553 de las 14:54 horas del 1° de julio de 2009 consideró a ese respecto: “*En el sub lite, considera este Tribunal Constitucional que la exclusión del derecho a la propina como parte integral del salario y, por ende, para aumentar las contribuciones a los seguros sociales, supone una violación al deber del Estado de desarrollar, progresivamente, el goce y ejercicio de los derechos al salario y a la seguridad social*”. A pesar que dicho pronunciamiento no se enmarca dentro de los límites del canon 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional al ser el producto de una consulta de constitucionalidad formulada por la Asamblea Legislativa, este juzgador no puede dejar inadvertido que ese órgano de la jurisdicción emitió un criterio sumamente claro respecto al fondo del tópic en discusión, es decir, la resolución con independencia de su naturaleza, salda el tema dotando a la propina de carácter remuneratorio a la luz de lo dispuesto por el numeral 162 del Código de Trabajo. Razón por la cual, en la presente litis, debe partirse de su naturaleza salarial por las razones apuntadas.”

d) Patrono que interfiere en el disfrute del beneficio legal de su personal al establecer estructuras de participación

Propina: Análisis acerca del concepto "servicio en la mesa" y del derecho a recibirla

[Sala Segunda]⁵

Voto de mayoría

"I.- Ante la Sala, el apoderado especial judicial de la parte demandada muestra disconformidad con lo resuelto por el órgano de alzada. Expresa que los extremos que pretende el actor corresponden a rubros que se habrían generado durante una primera relación laboral que concluyó en forma legal el 31 de marzo del 2003 por lo que al momento de interponer la demanda se había superado de sobra el plazo de prescripción el que, según reiterada jurisprudencia, debe computarse de fecha a fecha. Señala que resultan infundadas las pretensiones, más aún, añade, la sentencia recurrida expone una incorrecta apreciación, tanto de la prueba como de la Ley de Propinas; dado que en atención al deber in vigilando que tácitamente le atribuye la misma y su Reglamento, es su deber verificar que todos los colaboradores del Restaurante que prestan el denominado "servicio de mesa", percibieran su parte correspondiente por concepto de 10% de servicio. SOBRE LA INCORRECTA INTERPRETACIÓN DE LEY DE CREACIÓN DE DERECHO DE PROPINA A TRABAJADORES DE RESTAURANTES Y SU REGLAMENTO. Señala que el actor reclama de forma temeraria el pago de sumas de dinero cuantificadas en forma antojadiza y sin ningún sustento probatorio. Agrega que el instituto demandado de ninguna forma ha participado económicamente del 10% que se cobra en la factura de los clientes. Añade que en todo momento el comportamiento de la administración del restaurante fue dirigido para efectos de recaudar los dineros y corroborar la efectiva y correcta entrega del dinero según la participación de los



colaboradores que brindaban el “servicio en la mesa”. Expresa que el artículo 4º del reglamento dispone que servicio a la mesa es considerado todo acto dirigido a suplir alimentos y bebidas a los clientes. Adicionalmente, dice, el artículo 3º del reglamento especifica que el “Salonero o trabajador gastronómico” que tiene derecho es aquél que participe activamente en brindar el servicio ofrecido, así por ejemplo señala, que tiene derecho desde el colaborador que participa en la preparación de la mesa, sea, colocar el mantel, cubiertos, servilletas, especies, etc, quien ofrece el menú, evacua consultas a los clientes sobre el menú, quien entrega la cuenta y quien retira la mesa. Entonces, dice, en este caso, al amparo de las declaraciones de los testigos, se infiere cuales trabajadores del restaurante intervinieron en la prestación de este servicio. Al efecto, dice, ha de observarse que el testigo Douglas Zambrana Meléndez declaró: “Antes de la reestructuración todos los empleados del restaurante participábamos de las labores de servicio al cliente, incluyendo las cocineras” (folio 93). Asimismo, que el testigo Roberto López Lizano declaró: “...en esta estructura el restaurante, opera con un servicio tipo bufet y no a la carta en el cual las actividades de atención a cliente eran realizadas por todas personas que laboran en el restaurante, en donde los saloneros hacían actividades de cocina, y los cocineros también hacían actividades de atención al público. Por ejemplo los cocineros o asistentes de cocina, durante la hora de almuerzo que es el único tiempo de comida que se le ofrece al público, ayudaban en servir los alimentos desde la barra, o por ejemplo los saloneros ayudaban en labores como preparar el fresco o lavar platos o colaborar en la limpieza de la cocina y el salón...” (folio 95). Es decir, así como los cocineros atendían clientes, los saloneros participaban en la preparación de refrescos y de limpieza, por lo que era deber de mi representada, velar por que todos percibieran el importe correspondiente a propinas, pues de lo contrario, se habría constituido deudor de estos. Por otra parte -señala-, si bien es cierto que el artículo 4 de la Ley 4996 establece que el empleador no puede interferir en el cobro legal de la propina, lo cierto es que la misma norma señala que cualquier suma que por ese concepto deje de percibir el trabajador se considerará como una deuda que el patrono adquiere a favor del trabajador, con lo cual responsabiliza directamente al empleador de verificar la correcta distribución del dinero recaudado por concepto de propinas. Añade que el servicio de atención a la mesa que brindaba el actor se limitaba al retiro de platos sucios, que también podía realizar cualquier otro colaborador, servir el café y eventualmente los postres. Consecuentemente, dice, percibió el porcentaje que según su participación y de acuerdo con lo que establece el reglamento en su artículo 11. Así las cosas, dice, el Ad Quem incurre en una incorrecta apreciación de la prueba al señalar que la demandada “estorbó”, en la distribución de la propina. Indica que no es clara en cuanto señala el término “estorbó”. Asimismo, que no existen elementos probatorios que permitieran estimar que la demandada se benefició directamente de este rubro, o bien, que impidiera el disfrute del mismo a sus colaboradores, como sí habría sido el hecho de que no se cobrara el 10% de servicio. Añade que el porcentaje que por este concepto generaron las ventas ni siquiera entraron a la contabilidad de la empresa, salvo el excepcional caso de los pagos mediante tarjeta, donde una vez estimado, se entregaba directamente al jefe del restaurante para que hiciera la repartición entre los trabajadores. **SOBRE LA CONGRUENCIA DE LA PRETENSIÓN DEL ACTOR:** señala que en su demanda el actor indica al azar sumas que a su criterio corresponden al porcentaje dejado de percibir. Sin embargo, consta en autos: Que el restaurante sólo daba el servicio a la hora de almuerzo, de manera que haciendo un análisis en apego a las reglas de la sana crítica y la lógica, no es viable que al actor se le haya dejado de cubrir un monto tan cuantioso como el que temerariamente pretende. Asimismo, como resulta un porcentaje de ventas, es poco probable que sea un monto fijo como señala. Aunado a ello, en la afirmación contenida en el hecho 9 de su demanda de que “Nunca se me enseñaron los reportes de las ventas y de las propinas respectivas, por lo que (sic) se me debe puede ser una suma mayor” se evidencia que el único interés es obtener un beneficio que no le corresponde. De esta forma si el actor pretendía o pretende que el monto del 10% generado debía ser cancelado exclusivamente a él, sin tomar en cuenta a sus otros compañeros que participaban en el servicio, resulta inadmisibile que el Ad Quem



apruebe tan infundada consideración, y que condene al pago de un porcentaje que no logra demostrar fehacientemente el actor. Añade que en el expediente consta que el actor además del salario base recibió el porcentaje correspondiente a propinas, según su participación (folios 58 a 71). **CRITERIO DEL TRIBUNAL DE ALZADA.** Señala que el Ad Quem dispuso revocar la sentencia bajo el criterio de que la demandada estorbó en la distribución del 10% cuando la participación que tuvo la empresa en cuanto a la distribución se limitó, según lo expuesto, a su deber de recaudador y fiscalizador que le impone la ley. **SOBRE LA PRESCRIPCIÓN DE LAS PRESTACIONES DEL ACTOR.** Señala que si bien existió una consecuente relación laboral entre la demandada y el actor, la empresa siguió un correcto y legal procedimiento, explicándole previamente a cada uno de sus colaboradores la situación. De manera que era decisión libre y voluntaria del actor aceptar las nuevas condiciones contractuales ofrecidas. Resulta muy riesgoso que el Ad Quem considere que dicho plazo se interrumpió con la recontractación, porque, interrumpir en forma indefinida un plazo de prescripción crea un estado de inseguridad jurídica peligroso. Reiteradamente se ha indicado que el plazo de prescripción se debe computar de fecha a fecha y se interrumpe cuando el afectado gestione administrativa o judicialmente el reclamo del derecho. Por lo que, aún cuando se le explicara la situación ampliamente, se le despidiera desligándolo completamente de una primera relación laboral, y le recontractaran, sin que en el transcurso de la segunda relación, gestionara ni siquiera en una oportunidad ante la demandada el reclamo que ahora presenta, mucho menos ante una autoridad administrativa o judicial, es contrario al principio de buena fe que debe imperar en las relaciones laborales. **PRETENSIÓN:** Con base en lo expuesto solicita se anule la resolución recurrida y en su lugar se declare sin lugar en todos sus extremos la demanda (folios 130-133).

II.- Los reparos sobre prescripción no son de recibo. En autos consta que el actor laboró para la empresa demandada, en una primera etapa, del 1º de mayo de 2001 al 31 de marzo del 2003, en que se le entregó carta de despido -de igual fecha- indicándosele, en la misma, que a partir de ese mismo día se prescindía de sus servicios como salonerero en el restaurante; se le hizo una liquidación de los extremos de cesantía, vacaciones y aguinaldo -que no incluyó indemnización sustitutiva del preaviso-, los cuales le fueron pagados hasta el 21 de abril del 2003, según cheque N° 37230, de igual fecha (ver folios 41, 42, 43, 44 y 47). Asimismo consta que a pesar de lo anterior, el actor fue inmediatamente recontractado y siguió laborando, sin solución de continuidad, para la misma empresa demandada, en una segunda etapa, que se extendió del 1 de abril del 2003 -esto es, a partir del día inmediato siguiente al 31 de marzo del 2003, en que formalmente terminó la primera etapa-, hasta el 5 de marzo del 2004, en que fue despedido con responsabilidad patronal. Así lo reconoce la demandada en la contestación al hecho primero de la demanda (ver folio 33). Consta, además, que el 20 de abril del 2004, el actor presentó su demanda (ver folio 1). De lo anterior se desprende, sin mayor esfuerzo, que lo que realmente hubo, entre las partes, no fue sino una sola relación laboral, solo que dividida en dos períodos, pues a pesar de la notificación de despido y consecuente liquidación y pago de los extremos citados, respecto de la primera etapa, lo cierto es que el actor fue inmediatamente recontractado. Como se sabe, en materia de Derecho Laboral Común debemos atenernos, antes que nada y sobre todo, a la realidad de la prestación de los servicios. Es así como al contrato de trabajo se le denomina, actualmente, de manera más correcta, “contrato realidad” o “relación laboral”. Caso distinto sería si las partes se hubieran desligado, totalmente y de hecho, con ocasión y como consecuencia de la notificación de despido respecto de la primera etapa. No obstante, ello no ocurrió así, pues a pesar de tal circunstancia, en ambos períodos, tanto la empleadora como el trabajador permanecieron vinculados, de hecho, entre sí, en aspectos esencialmente iguales. En efecto, de los autos se desprende, sin mayor esfuerzo, que el actor continuó prestando, básicamente, los mismos servicios, como salonerero, para el demandado. Vale decir, permaneció desempeñando el mismo servicio que en su caso resultaba compatible con sus aptitudes, estado o condición; y, del mismo género de los que forman la actividad de restaurante, a que se dedica el demandado, entre otras actividades (artículo 20 del



Código de Trabajo). Por lo que en todo momento subsistieron, básicamente, las mismas causas y materia de trabajo que originaron, desde un inicio, dicha relación laboral (artículo 26 del Código de Trabajo). Por lo demás, si bien es cierto que en un primer momento el demandado le puso término, sin justa causa, al contrato por tiempo indefinido que desde un inicio lo ligaba con el actor, también lo es que lo hizo sin darle el aviso previo que establece el artículo 28 del Código de Trabajo. Así se desprende de los autos. Como se sabe, durante el término de ese aviso el patrono está obligado a concederle, al trabajador, un día de asueto, cada semana, con el propósito de que busque nueva colocación. Y, pese a que ese aviso se puede omitir, por el patrono, con tal que le pague, al trabajador, la correspondiente indemnización sustitutiva, lo cierto es que dicho resarcimiento tampoco se dio. Así se desprende, igualmente, de los autos. Lo cual constituye, desde luego, un claro indicio que refuerza la presunción de que aquél primer “despido” no fue tal; no solo porque la relación laboral continuó, sin solución de continuidad, dando lugar a una segunda etapa, sino también porque, de haber sido un despido verdadero, además de la liquidación y pago de cesantía, vacaciones y aguinaldo, acumulados, hasta ese día, 31 de mayo del 2003, el patrono le habría liquidado, también, la indemnización sustitutiva del preaviso. Cabe presumir, por lo mismo, que fue por eso, esto es, bajo el entendido de que no se trataba, en la práctica, de un verdadero rompimiento de la relación laboral, que el actor aceptara, en los términos indicados, dicha liquidación y pago y siguiera prestando sus servicios, al demandado, toda vez que, de no ser así, él habría protestado y reclamado, sin duda, el pago de dicha indemnización. Téngase en cuenta, por otra parte, que el Código de Trabajo establece, claramente, en su artículo 37, que la sustitución del patrono no afectará los contratos de trabajo existentes, en perjuicio del trabajador. Que el patrono sustituido será solidariamente responsable con el nuevo patrono por las obligaciones derivadas de los contratos o de la ley, nacidas antes de la fecha de la sustitución y hasta por el término de seis meses. Y que, concluido este plazo, la responsabilidad subsistirá únicamente para el nuevo patrono. Como se sabe, esa regla de solidaridad en los casos de sustitución patronal, es un principio protector en beneficio del asalariado y tiene como fin evitar que por la vía del contubernio se vaya a despojar a los trabajadores de sus derechos de antigüedad y demás al amparo de un cambio de patronos que de no existir esa garantía, afectaría gravemente haciendo perder ventajas, que en principio el tiempo de servicio les concede. Pues bien, si en ese supuesto de sustitución el nuevo patrono es responsable por las obligaciones derivadas de los contratos o de la ley, nacidas antes de la fecha de la sustitución, parecida responsabilidad ha de subsistir, en el caso presente, y con mayor razón todavía, por parte del patrono demandado, respecto de las obligaciones derivadas de los contratos o de la ley, nacidas durante la primera etapa de la relación laboral, toda vez que el actor fue inmediatamente recontratado, ya no por un patrono distinto, sino por parte del mismo empleador. Por lo que, a semejanza del supuesto del artículo 37 *ibidem*, en el caso presente se ha de entender que hubo, ciertamente, continuidad de la relación laboral. De modo que, desde el punto de vista de los principios de primacía de la realidad y de continuidad, no cabe sino entender que se trató de una sola relación laboral, ya que la misma se desarrolló, en la práctica, sin solución de continuidad. Pues bien, si a lo anterior agregamos que en el voto N° 5969-93, de las 15:21 horas del 16 de noviembre de 1993, la Sala Constitucional sentó el principio de que ningún plazo de prescripción corre, en perjuicio del trabajador, mientras subsista el vínculo laboral, y en el presente caso, como ya dijimos, este vínculo se mantuvo, sin solución de continuidad, hasta el 5 de marzo del 2004, no cabe sino concluir, que no se dio la prescripción, toda vez que entre esta última fecha y el 20 de abril del 2004, que fue la data en que el actor presentó su demanda, no transcurrió el término de seis meses establecido por el artículo 602 del Código de Trabajo.

III.- En el caso concreto, precisa determinar, en primer lugar, de acuerdo con la ley y su reglamento, si es cierto, como interpreta el recurrente que “servicio en la mesa” lo es todo acto dirigido a suplir alimentos y bebidas a los clientes; vale decir, labores o actividades, en general, de servicio o atención al cliente, verbigracia, el servicio de ayuda consistente en servir los alimentos



desde la barra; y si, por ende, todo aquél que participe activamente en brindar el servicio ofrecido tiene derecho de propina. Por la ley número 4946, del 3 de febrero de 1972, denominada como la ley que “*Crea derecho de propina a trabajadores de restaurantes*”, se reguló normativamente la costumbre social que existía, de otorgar una gratificación a los trabajadores que desempeñaban sus labores en estos lugares. De esa manera, en el artículo 1° se estableció el derecho a la propina de aquellos trabajadores de restaurantes, bares y otros establecimientos análogos, que prestaran sus servicios “**en las mesas**”. En desarrollo de lo anterior, los artículos 2° y 3° del Reglamento a dicha ley establecen, por su orden que: “*Se cobrará propina en aquellos establecimientos comerciales en que se preste un servicio de mesas por parte de saloneros o trabajadores gastronómicos, tales como restaurantes, bares, sodas, cafés, pensiones, fondas, clubes, o cualquier otro local similar o análogo*”. (énfasis suplido). “**Se entenderá por saloner o trabajador gastronómico, a toda persona física que a cambio de un salario y en forma subordinada, preste sus servicios en la mesa de un restaurante, bar o cualquier establecimiento análogo y que ejecute, entre otras funciones, las siguientes: servir alimentos o bebidas a los clientes; hacerles sugerencias sobre la elección de los mismos; preparar las mesas, colocando los manteles, cubiertos, vasos, saleros y demás especies; presentar el menú y responder preguntas sobre el mismo; tomar el pedido u orden y servirlo; presentar la cuenta; y finalmente retirar la mesa**”. (énfasis suplido). De lo dicho se deduce, sin mayor esfuerzo de interpretación, que los trabajadores y servicios a que se refieren la ley y su reglamento lo son, únicamente, los efectuados por saloneros o trabajadores gastronómicos, y cuando el servicio es prestado, por ellos, “**en las mesas**”. Por lo consiguiente, se debe rechazar, de entrada, la particular interpretación que realiza el recurrente, en el sentido de que “servicio en la mesa” lo sea todo acto dirigido a suplir alimentos y bebidas a los clientes. O bien, que se trate, en general, de labores o actividades de servicio o atención al cliente, verbigracia, el servicio de ayuda consistente en servir los alimentos desde la barra; y que por ende, todo aquél que participe activamente en brindar el servicio ofrecido tenga derecho de propina.

IV.- En segundo lugar, precisa determinar, de acuerdo con las pruebas traídas al proceso, si la sociedad demandada estorbó, vale decir, si interfirió, de algún modo, en la correcta percepción de las propinas por parte del trabajador; particularmente por que, como tuvo por probado el Ad Quem, “*En la estructura operativa dispuesta por la parte demandada, se dispuso la forma en que serían repartidas las propinas*” (folio 18); o si, por el contrario, como alega el recurrente, la ley responsabiliza directamente al empleador de verificar la correcta distribución del dinero recaudado por dicho concepto, por lo que era su deber verificar que todos los colaboradores que prestan el denominado “servicio de mesa”, percibieran su parte correspondiente. En otras palabras, si su participación en cuanto a la distribución se limitó a su deber de recaudador y fiscalizador que dicha ley le impone; y si, por ende, el comportamiento de la administración del restaurante estuvo dirigido, únicamente, a recaudar los dineros y corroborar la efectiva y correcta entrega del dinero según la participación de los colaboradores que brindaban el “servicio en la mesa”. En cuanto a este punto, resulta de gran importancia lo regulado en el numeral 4, que sufrió una reforma, por ley número 5635, del 9 de diciembre de 1974, y que desde esa fecha establece: “Los patronos no deberán participar del beneficio de la propina y no deberán impedir o interferir en el cobro legal de la misma, por parte de sus trabajadores. Cualquier suma que por ese concepto, deje de percibir el trabajador por causa imputable al patrono se considerará como una deuda de éste con aquél. 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 consta en el original). La primera regla que se deriva de ese artículo consiste en un impedimento para que el empleador pueda beneficiarse de los montos que se cobren por impuesto de servicio. Asimismo, se advierte a los empleadores sobre la improcedencia de impedir o interferir en el cobro de la propina y más adelante se indica, en forma expresa, que cualquier suma que el trabajador deje de percibir por ese



concepto, debido a alguna causa o motivo imputable al empleador, se considerará como una deuda de este último con el primero. Así, el trabajador podrá demandar, directamente de su empleador, cualesquiera suma que haya dejado de percibir por propinas, cuando medie una relación de causa-efecto, entre el proceder del empleador (por acción o por omisión) y la no percepción de parte o del total de la propina; correspondiéndole a la jurisdicción laboral la solución del conflicto jurídico, con independencia de la naturaleza salarial o no salarial que se determine para la propina, pues el inciso a) del artículo 402 del Código de Trabajo señala que los juzgadores de la materia de trabajo también podrán conocer de las diferencias que surjan entre trabajadores y empleadores, derivados de hechos íntimamente relacionados con el contrato de trabajo. Procede, entonces, realizar la valoración de las pruebas aportadas, en especial, pero no exclusivamente, las testimoniales que señala el recurrente, a los efectos de determinar si realmente la demandada, particularmente la administración de su restaurante, se limitó, únicamente, a recaudar los dineros y corroborar la efectiva y correcta entrega del dinero según la participación de los colaboradores que brindaban el “servicio en la mesa”; y, en consecuencia, si no medió interferencia alguna de parte de la empleadora, respecto del beneficio de propina, en perjuicio del actor.

V.- De previo a realizar el análisis que corresponde, cabe exponer las siguientes manifestaciones, relacionadas con el especial sistema de valoración de pruebas previsto por el legislador en esta materia. Así, el artículo 493 del Código de Trabajo señala que, salvo disposición expresa en contrario, la prueba se apreciará en conciencia, sin sujeción a las normas del Derecho Común; pero indicándose, en cada caso concreto, las razones sobre las cuales se sustenta lo resuelto. En atención a ese numeral, el juzgador debe valorar los elementos de convicción allegados a los autos; y, además, debe aplicar las reglas de la sana crítica y la razonabilidad; pues esa norma no contempla un régimen de íntima o de libre convicción. En efecto, en el fallo constitucional número 4448, de las 9:00 horas del 30 de agosto de 1996, respecto de esta concreta norma, se explicó: *“...la apreciación de la prueba en conciencia no implica resolver en forma arbitraria, por cuanto todo juez -como funcionario público que es- se encuentra sujeto al principio de legalidad, el cual constituye un imperativo de adecuación de la acción pública, no sólo de las normas específicas sobre un objeto determinado, sino a todo el bloque de legalidad; por lo que no puede fallar con desprecio de los principios y derechos constitucionales, ya que está limitado por las reglas de la sana crítica y principios de razonabilidad, que debidamente aplicados conducen a la armonía de la apreciación jurisdiccional con la Constitución Política,... las facultades de los jueces de apreciar la prueba en conciencia no resultan contrarias a la obligación del juez de fundamentar sus fallos, principio constitucional que integra el debido proceso... Con fundamento en lo anterior, es que procede interpretar la norma en cuestión de tal manera que no resulta inconstitucional la facultad de los jueces laborales de apreciar la prueba en conciencia, siempre y cuando se dicte un fallo fundamentado, en aplicación de las reglas de la sana crítica y razonabilidad”*. Así, ese específico sistema de valoración de las pruebas, debe entenderse a la luz de los parámetros de constitucionalidad expuestos en el citado fallo; pues, en forma alguna podría pensarse que se trata de un régimen que permite al juzgador fallar arbitrariamente. En relación con ese sistema se ha explicado: *“El legislador no ha arbitrado un procedimiento novedoso de valoración. Lejos de ello, la fórmula “en conciencia” es un retorno a las ideas de la teoría clásica de la prueba. La ley se apoya en el presupuesto de que la verdad es, ante todo, un “estado de ánimo” del que la aprecia, un reflejo del mundo exterior en la conciencia. El hombre posee una aptitud innata para acceder a la verdad, ...una luz interna que le permite distinguir lo real de lo falso... La “conciencia” a que se remite la ley abarca las dos significaciones del vocablo. El juzgador ha de determinarse, por lo tanto, con arreglo a los métodos habituales de acceder a la verdad, los únicos que conoce y utiliza el hombre. No podrá prescindir del uso adecuado de los principios de la lógica, ni subestimar el razonamiento... Si ello es así, el juicio en conciencia -al igual que la sana crítica- no es otra cosa que una de las denominaciones que adopta el sistema valorativo de persuasión racional... La*



utilización de la fórmula “en conciencia” tiende, sin embargo, a conceder una mayor autonomía al juez que la involucra por las palabras “sana crítica.” (AMÍLCAR BAÑOS, Heberto. La apreciación de la prueba en el proceso laboral. El juicio en conciencia, Buenos Aires, Ediciones Arayú, pp. 110-111, 116-117). En similar sentido, Montero Aroca, explica: “En el sistema de la prueba libre, o de la libre apreciación, no existiendo reglas legales, la valoración corresponde íntegramente al juzgador, al cual deja la ley en libertad para formar su convencimiento, y sólo con base en él se determinarán los hechos probados. Este segundo sistema tiende a hacerse hoy predominante en las legislaciones de todo el mundo, haciéndose hincapié en su mayor racionalidad y destacándose que prueba libre no significa apreciación arbitraria o discrecional, sino razonada”. (MONTERO AROCA, Juan. El proceso laboral, Tomo II, Barcelona, segunda edición, Editado por Hijos de José Bosch, S. A., 1982, pp. 264-265). Con base en esas premisas procede entonces determinar si los integrantes del órgano de alzada incurrieron o no en los yerros de apreciación que se acusan en el reclamo planteado ante esta tercera instancia rogada. [...]

VII.- Analizados esos elementos probatorios, a la luz de las reglas que rigen la valoración de la prueba, especialmente al amparo de la lógica y la experiencia, en relación con los principios cristianos que permean la materia laboral, la justicia social, el interés de los trabajadores y la conveniencia social (artículos 1° y 17 del Código de Trabajo) y en atención al interés de establecer la verdad real, la Sala concluye que si bien la ley responsabiliza, directamente, a todo empleador, de la recaudación del dinero por concepto de propina; y, por ende, también lo responsabiliza, tácitamente, de verificar que los trabajadores -saloneros o trabajadores gastronómicos- perciban su correspondiente derecho a propina por los servicios prestados, por ellos, en las mesas; no obstante, no lleva razón el apoderado especial judicial de la demandada, en cuanto argumenta que, en el caso presente, su participación en cuanto a la distribución se limitó a su deber de recaudador y fiscalizador que dicha ley le impone; y mucho menos, que el comportamiento de la administración del restaurante estuviera dirigido, únicamente, a recaudar los dineros y corroborar la efectiva y correcta entrega del dinero según la participación de los colaboradores que brindaban el “servicio en la mesa”. Antes bien, tras el análisis de las pruebas, queda claro que la sociedad demandada sí interfirió en la correcta percepción de las propinas, en perjuicio del aquí actor, señor Henry Mateo Sánchez Mora; particularmente, por la estructura o mecanismos operativos mantenidos y/o dispuestos por la parte demandada, durante una y otra etapas, en cuanto a la forma en que serían repartidas las propinas; la cual, desde luego, no correspondía con lo establecido en la Ley y su Reglamento.

VIII.- Por lo consiguiente, se debe rechazar, igualmente, como en efecto se rechaza, el alegato de que el actor percibió el porcentaje según su participación y de acuerdo con lo que establece el artículo 11 del reglamento. Téngase en cuenta, por lo demás, que dicha afirmación, que por supuesto no ha sido demostrada, pues los autos son ayunos de prueba al respecto, tampoco resulta de recibo pues parte de la falsa premisa de que “servicio en la mesa” lo era todo acto dirigido a suplir alimentos y bebidas a los clientes; esto es, toda labor o actividad de servicio o atención al cliente, en general, por ejemplo, el servicio de ayuda consistente en servir los alimentos desde la barra; y que por ende, todo aquél que participara activamente en brindar dicho servicio tenía derecho de propina.

IX.- En consecuencia, se estima que los representantes de la demandada sí interfirieron en el cobro de la propina; de forma tal que el actor dejó de percibir, por una causa imputable a la empleadora, parte de los montos que le correspondían. Por lo tanto, conforme lo establece el artículo 4 de la Ley N° 4946 relacionada, lo dejado de percibir ha de concebirse como una deuda de la empleadora respecto del trabajador y, entonces, tal y como dispuso el órgano de alzada, procede su pago, más intereses.”

e) Propina: Saloneros que deben compartirla con otros empleados con base en condición impuesta unilateralmente por el patrono

[Sala Segunda]⁶

Voto de mayoría

"VII.- LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN EL CASO CONCRETO: A folios 43 y 44 consta un acuerdo firmado por varios trabajadores de la demandada, inclusive el actor, de fecha 15 de mayo de 1.997, en el cual se dispuso lo siguiente: *"Por medio de la presente, nosotros los abajo firmantes, todos saloneros del Banco de los Mariscos, manifestamos que: estamos de acuerdo en que del 10% que nos corresponde de las propinas el 4.5% sea repartido entre las cocineras y los misceláneos, además que, estas propinas sean distribuidas semanalmente./ Aclaremos que este convenio lo hacemos por voluntad nuestra y sin ninguna presión por parte del patrono, ya que así lo hemos hecho desde hace mucho tiempo atrás."* El actor sostiene que ese documento se hizo a instancia de los representantes de la empleadora y que, si se observa, precisamente se hizo constar en papelería de la demandada. Sostiene, como lo ha hecho durante el proceso, que no les quedaba otra opción; pues, de lo contrario se exponían a perder sus trabajos; y que, desde el primer momento en que comenzó a laborar, tanto a él como a sus compañeros, el representante de la empleadora les informaba que ahí operaba ese acuerdo, sin posibilidad de mostrar disconformidad; pues, de lo contrario, no se les contrataba. La testigo Yajaira Rodríguez Villegas, quien labora para la demandada como secretaria, en relación con el acuerdo citado, declaró que cuando ella comenzó a trabajar para la demandada dicho pacto ya regía y señala que no le consta cómo fue adoptado. Luego, fue clara al señalar que de lunes a jueves, se les entregaba a los saloneros un cincuenta por ciento de lo percibido por propina; y un cincuenta y cinco por ciento de lo recaudado de viernes a domingo (folios 201-202). El señor José Francisco Espinoza Arias, quien había laborado para la demandada como saloner, en lo que interesa, declaró: *"Para cuando yo estuve trabajando para la demandada siempre don Manuel me entregaba a mí los días lunes una cantidad de dinero, yo nunca supe qué porcentaje era lo que me entregaba, ya que don Manuel sacaba del porcentaje de la propina y lo dividía entre los empleados de la cocina, los que preparaban y los saloneros. **Así fue desde que yo llegué ahí. En ningún momento de la relación que yo tuve con la empresa, nunca me consultaron si estaba de acuerdo con esa repartición o forma de repartir la propina.**"* (Folio 203. La negrita y el subrayado fueron adicionados por el redactor). El testigo Eliseo Porras Venegas, quien labora para la demandada como saloner, también declaró que cuando él comenzó a trabajar el acuerdo de distribución de las propinas ya operaba. Al respecto, señaló: *"En el negocio, **cuando yo entré a trabajar como saloner, ya estaba dispuesto o se manejaba que el diez por ciento de la propina se distribuía entre los saloneros, la cocina y los empleados de proceso. No me consta como se dio ese acuerdo de distribución, lo cierto es que se hacía.**"* (Folio 204. La negrita no está en el original). Más adelante señaló que no recuerda las razones por las cuales se firmó el acuerdo que consta en los autos, el que fue confeccionado por la secretaria, pero indicó que ninguno mostró disconformidad con suscribirlo (folios 204-205). El testigo Carlos Humberto Aguilar Aguilar, también ofrecido por la accionada, fue conteste en cuanto al hecho de que cuando él comenzó a laborar el acuerdo ya regía. En ese sentido, manifestó: *"Cuando yo entré a laborar a la empresa ya estaba un acuerdo, **no me consta de quien**, de que del diez por ciento de la propina se participaba a los*



empleados de proceso y cocina, yo no cuestioné esa modalidad de repartición, pues yo venía de laborar en otro negocio que se hacía lo mismo, y además en mi experiencia como saloner, esa modalidad de distribución de la propina es muy generalizada. A ese respecto ha habido varios acuerdos, pero encaminados a variar los porcentajes u otras cosas, pero nunca con respecto a eliminar la modalidad de distribución; además de ello se han firmado documentos por parte de los saloner, yo al menos nunca escuché ningún comentario respecto a inconformidad de esa modalidad de distribución.” (Folio 206. Los destacados no constan en el original). Por último, se recibió la declaración del señor Carlos Alberto Salazar Jiménez, quien también laboró para la demandada como saloner y quien, en lo que interesa, declaró: **“Cuando yo llegué a trabajar ahí ese sistema ya estaba dispuesto. No me consta por parte de quien se había implantado ese sistema. En una oportunidad nos reunimos algunos de los empleados, entre saloner, de la cocina y de proceso, eso en un bar, ya que los saloner estábamos inconformes con que el porcentaje nuestro fuera del cinco por ciento, ya que considerábamos que debía ser mayor. Sin embargo no llegamos a nada. Nosotros entre nosotros comentábamos sobre la repartición del diez por ciento, pero en realidad no llegamos a nada, por temor hacia el patrono, de perder el trabajo. En una oportunidad el patrón, don Manuel Vargas nos dijo que el que no estaba de acuerdo con el sistema existe (sic), que se podía ir... Cuando yo trabajaba se firmó un documento sobre esa forma de repartir la propina, pero no recuerdo la fecha, yo lo firmé. No recuerdo los pormenores del documento, lo que sí puedo decir es que yo no fui obligado a firmar ese documento...”** (Folio 208. Los destacados no son del original). Por último, la parte accionada aportó la declaración rendida por el actor, como testigo, en otro proceso, concretamente el día 4 de agosto de 1.998, en la que indicó: **“...las propinas que recibimos los saloner no las administra la empresa, sino que lo administramos los empleados, las distribuimos entre todos los empleados aunque no sean saloner, entre los trabajadores firmamos un acuerdo en que el porcentaje se dividía, se reparte una parte en la cocina no recuerdo cuanto y una parte en bodega, la mayor parte queda en el salón...”** (Sic. Folio 378-379). El accionante, en esta declaración, afirma que existió el acuerdo al que se hizo referencia en la parte inicial de este considerando; sin embargo, en las manifestaciones que plantea ante esta Sala, reiteradas en las instancias precedentes, insiste en que tanto la firma del acuerdo como esa declaración, se hicieron ante la presión que ejercían los representantes de la empresa accionada en los trabajadores, quienes válidamente temían perder el trabajo, en caso de que mediara oposición de parte de ellos, respecto de la forma de distribuir las propinas. Analizados esos elementos probatorios, a la luz de las reglas que rigen la valoración de la prueba, especialmente al amparo de la lógica y la experiencia, en relación con los principios cristianos que permean la materia laboral, la justicia social, el interés de los trabajadores y la conveniencia social (artículos 1° y 17 del Código de Trabajo) y en atención al interés de establecer la verdad real, la Sala concluye que lleva razón el actor en cuanto ha argumentado, durante el proceso, que el acuerdo realmente no era tal, sino una condición impuesta por los representantes de la empleadora. Como se indicó, la accionada ha sostenido que entregaba a los trabajadores el diez por ciento correspondiente al servicio y que éstos determinaban la forma de distribuirlo y hacían partícipes de lo percibido a otros trabajadores que no atendían “las mesas”. Sin embargo, si se analizan las pruebas que constan en los autos, no media alguna que resulte concluyente y definitiva en el ánimo del juzgador, para tener por acreditado que el actor junto con los demás saloner haya promovido y adoptado el acuerdo invocado, en forma independiente. De las declaraciones rendidas, logra determinarse que todos los testigos fueron contestes al declarar **que cuando comenzaron a laborar**, el representante de la empleadora les informó sobre un supuesto acuerdo pre-existente respecto de la forma de distribuir las propinas. No consta en los autos una prueba válida y eficaz que permita concluir que los saloner se organizaron y adoptaron por iniciativa propia dicho acuerdo. Véase que cada uno de los testigos que declaró y quienes habían laborado como saloner para la sociedad demandada, señalaron que cuando comenzaron a laborar el representante de la empleadora les informó sobre la forma de distribución de las



propinas. En ese sentido declararon José Francisco Espinoza Arias, Eliseo Porras Venegas, Carlos Humberto Aguilar Aguilar y Carlos Alberto Salazar Jiménez, quienes habían laborado como salonereros. De las declaraciones traídas al proceso no se desprende, entonces, que haya mediado un verdadero acuerdo entre los salonereros, de distribuir de aquella forma lo percibido por propinas. Al contrario, de las pruebas que constan en autos se extrae que fue una condición laboral unilateralmente impuesta. Si bien la parte accionada aportó la documental visible a folios 43 y 44 con el fin de tener por acreditado el supuesto acuerdo entre los salonereros, lo cierto es que la Sala resta valor a dicho documento; pues, en el fondo, se trata de una manifestación por escrito de los salonereros, en la cual se deja constancia del acuerdo existente; pero, como se señaló, no se trató realmente de un convenio, sino de la imposición unilateral de una condición, en el tanto en que a los trabajadores no se les consultaba sobre su libre voluntad de compartir sus propinas, sino que se les establecía como una condición pre-existente, de cuya aceptación dependía la contratación. Tal y como se indica en el recurso, la sociedad demandada lograba beneficiarse con dicho acuerdo, en el tanto en que podía aumentar la remuneración de los demás trabajadores que no laboraban directamente atendiendo las mesas. De esa manera, la remuneración ofrecida a estos últimos resulta más competitiva en el ámbito de la actividad que realiza la empresa, sin tener que desembolsar de las ganancias obtenidas, lo necesario para mantener remuneraciones adecuadas en el ámbito de su giro comercial; pues, el aumento en la remuneración se obtiene de lo que legalmente correspondería sólo a aquellos trabajadores y trabajadoras que atienden directamente en las mesas. La experiencia enseña que tal modalidad de remuneración constituye una práctica frecuente en este tipo de actividad comercial; y, en ese sentido declaró el testigo Aguilar Aguilar, al señalar que *"...yo no cuestioné esa modalidad de repartición, pues yo venía de laborar en otro negocio que se hacía lo mismo, y además en mi experiencia como salonerero, esa modalidad de distribución de la propina es muy generalizada."* (Folios 206-207). En consecuencia, se estima que los representantes de la demandada sí interfirieron en el cobro de la propina; de forma tal que el actor dejó de percibir, por una causa imputable a la empleadora, parte de los montos que le correspondían, pues no consta la real y verdadera existencia del acuerdo invocado por la demandada. Por consiguiente, conforme lo establece el artículo 4 de la Ley N° 4.946 relacionada, lo dejado de percibir ha de concebirse como una deuda de la empleadora respecto del trabajador y, entonces, procede ordenar su pago."

4 Opiniones Jurídicas de la Procuraduría General de la República

a) OJ-096-2004⁷

Estimada señora:

Con la aprobación del señor Procurador General Adjunto, damos respuesta a su oficio No. CPAS-03-14677 de 9 de abril del 2003, a través del cual solicita criterio de este Despacho sobre el proyecto de ley denominado: "Ley para dar Interpretación Auténtica al Artículo 4° de la Ley No. 4946 de 3 de febrero de 1972", tramitado bajo el expediente No. 14.677.

I. CONSIDERACIÓN

**PRELIMINAR:**

Previo a dar respuesta a su interrogante, es menester advertir que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1, 2, y 3 inciso b) de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República (Ley No. 6815 de 27 de setiembre de 1982), los dictámenes y pronunciamientos que este Órgano Consultor vierta a los componentes de la Administración Pública son de acatamiento obligatorio.

En tal virtud, y por la naturaleza que tienen las funciones de los señores Diputados en nuestro Estado de Derecho, este personal no conforma, en sentido estricto, Administración Pública, razón por la que nos encontramos inhibidos para externar criterio vinculante acerca de lo planteado. No obstante, ha sido práctica institucional atender sus solicitudes, cuando así lo requieran, a manera de asesoramiento, mediante la vía de la opinión jurídica no vinculante.

Por lo tanto, a partir de la observación que antecede, se procede a emitir criterio de lo sometido a nuestra consideración, el cual no tiene efectos vinculantes por tratarse de una opinión jurídica.

I.- JUSTIFICACIÓN DEL PROYECTO DE LEY:

El proyecto de ley que se somete a consideración de este Despacho permitirá dar interpretación auténtica al artículo 4º de la Ley No. 4946 de previa cita. Su texto es el siguiente:

“Artículo 1.- Se da interpretación auténtica al artículo 4 de la Ley No. 4946, de 3 de febrero de 1972, en el sentido de que las sumas percibidas por los saloneros y trabajadores gastronómicos en virtud de la aplicación de este artículo, no constituyen parte de su salario y por ende no afectará las cargas sociales ni las prestaciones laborales a cargo del patrono de los mismos.”

Dicho proyecto, de conformidad con la exposición de motivos, encuentra su justificación en la necesidad de aclarar que la propina no constituye parte del salario, ya que existen sentencias de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia que le han dado tal connotación, y que en criterio del diputado proponente, ponen en riesgo la importante conquista laboral que significó su promulgación, pues ya la Cámara Costarricense de Restaurantes y Afines interpuso una acción de inconstitucionalidad contra la Ley N° 4946, al tiempo que los empresarios del sector gastronómico han gestionado, ante el Gobierno de la República, una solución a la carga económica que significa esa interpretación de los Tribunales de Trabajo, dado el incremento considerable en los costos, con el consecuente peligro de las inversiones y la estructura turística del país.

III.- POSICIÓN DE LA DOCTRINA Y DE LA JURISPRUDENCIA JUDICIAL EN TORNO A LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA PROPINA

Respecto a la naturaleza jurídica que reviste “la propina”, la posición de la doctrina no es del todo coincidente, lo que obedece a que, aunque parezca sencillo, es considerado uno de los temas más intrincados del derecho laboral.

Así, por ejemplo, dentro de aquellos que piensan que por su naturaleza intrínseca no puede ser considerada salario, se encuentran tratadistas como Gustavo Raúl Meilij, para quien: “La propina es la gratificación espontánea que un tercero extraño a la relación laboral entrega al empleado con motivo de la prestación de un servicio, y en sí misma no puede ser considerada salario, ya que no es una contraprestación del empleador.” (Meilij, Gustavo Raúl, “Contrato de Trabajo”, Tomo II, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1981, páginas 44 y 45).

En igual sentido piensa Deveali, al señalar: “En rigor, la propina propiamente dicha, como gratificación espontánea que un tercero extraño a la relación laboral entrega al empleado con motivo de la prestación de un servicio, no puede ser considerada salario (...) porque no proviene de

la otra parte del contrato de trabajo y, en consecuencia, no es una contraprestación del empleador. Pero esto no quiere decir que lo que el trabajador recibe en concepto de propina no resulte computable como remuneración en sus relaciones con el empleador. “ (Deveali , Mario “Tratado del Derecho del Trabajo”, Tomo II, Editorial “La Ley”, Buenos Aires 1964, página 468).

Para el ilustre tratadista laboral Guillermo Cabanellas,
“... no en todos los supuestos se puede considerar integrante la propina del salario, sino que, para que tal cosa ocurra, se requiere que se den ciertos requisitos y, especialmente, que el uso admita la percepción de propinas por el trabajador y que la retribución que el empresario abona a éste tenga en cuenta, respecto a su importe, la existencia de un suplemento de salario que sea habitual y permanente en la profesión desempeñada por el trabajador que recibe directamente la propina del cliente. De acuerdo con lo ya expresado, para que la propina se considere elemento integrante de la remuneración debe revestir los siguientes caracteres: habitual, estable y normal en el gremio a que pertenezca el trabajador que la recibe; que, por constituir un medio de integrar el salario, se haya tenido en cuenta por las partes al contratar laboralmente. “ (Cabanellas , Guillermo “Tratado de Derecho Laboral”, Tomo II, Volumen 2, Buenos Aires, Editorial Heliasta S. R. L página 292).

Por su parte, Krotoschin distingue dos formas diferentes en que la propina puede otorgarse: la propina voluntaria o aleatoria y el llamado recargo de servicio; señala que: “ El recargo por servicio consiste, contrariamente a la propina, en un porcentaje fijo, calculado sobre el monto de las facturas. El importe del recargo corresponde al empleador que tiene derecho a cobrarlo a sus clientes, estando obligado a agregarlo al crédito del salario del cual forma parte” . (Krotoschin Ernesto, “Instituciones del Derecho del Trabajo.” Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1968, páginas 474 y 475; y Tratado Práctico del Derecho del Trabajo”, Volumen I, Editorial Roque Depalma, Buenos Aires, 1955, página 268).

En otro orden de ideas, en las sentencias emitidas por la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia sobre el tema, se encuentran criterios contrapuestos en cuanto a la naturaleza jurídica que reviste esta figura jurídica. Así por ejemplo, esa Sala en su sentencia N° 69 de las 9:55 horas, del 15 de febrero de 1995, señaló: “ *Al resolver este extremo es importante resaltar que, tratándose del sector privado, ha prevalecido doctrinaria y jurisprudencialmente la teoría del contrato realidad. El salario es la retribución que el patrono debe pagar al trabajador por sus servicios en virtud de un contrato de trabajo y la propina es "... la retribución que el usuario de un servicio abona directamente al trabajador, con carácter voluntario, o consuetudinario al menos, como satisfacción por la atención recibida.*” (Cabanellas, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. 1 Edición, Buenos Aires, Argentina. 1981. p.477*). *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." (Lo destacado es nuestro). (Véase en igual sentido, de la misma Sala, la sentencia N° 381-99 de las 10:20 horas del 10 de diciembre de 1999).

Pero si bien, el criterio de mayoría de los magistrados que integran la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, se ha orientado a que la propina integra el salario, ese discernimiento no ha sido unánime, como bien se puede advertir en los votos salvados de las sentencias de dicha Sala No. 381-99 de las diez horas veinte minutos del 10 de diciembre de 1999 y N° 756-2003 de 28 de noviembre del 2003, al indicar:

"... Así las cosas, podemos concluir que la intención de los legisladores al promulgar la ley No. 4946 del 3 de febrero de 1972, no fue la de concederle el carácter de salario a las propinas, principalmente porque tanto en el dictamen elaborado por los diputados Morales Hernández, Solano Calderón y Piedra Jiménez – como en la moción introducida por el diputado Monge Alvarez al mismo-, siempre se consideró a las propinas como una gratificación otorgada por el cliente gracias a un servicio. De lo contrario, los legisladores hubieran acogido como documento base el dictamen elaborado por el diputado Edwin Muñoz Mora, en el que, claramente se le otorgaba naturaleza jurídica salarial a las propinas, tanto así, que serían tomadas en cuenta para el cálculo de los derechos laborales. Aún más, vigente la Ley, se detectaron anomalías en la ejecución de la misma, producidas por la falta de sanción para los patronos, que de una manera u otra, infringían disposiciones sobre el monto, modo de percepción y forma de reparto de la propina. **Para corregir esas irregularidades, el diputado don Luis Alberto Monge presentó el 11 de julio de 1973 un proyecto para adicionar el texto de su artículo 4, a fin de crear una forma expedita para el cumplimiento de la ley en la percepción de la propina por el trabajador, según se consignó en forma clara en la exposición de motivos. Tampoco en esa oportunidad el señor Monge se refirió a la propina como parte del salario, pues ha de recordarse que desde el proyecto original redactado por el mismo don Luis Alberto, jamás hizo esa vinculación.** En este mismo sentido, la Organización Internacional del Trabajo, mediante el Convenio No. 172 – del 25 de junio de 1991-, denominado "Convenio sobre las condiciones de trabajo en los hoteles, restaurantes y establecimientos similares" – el cual no ha sido ratificado por nuestro país-, conceptualiza la propina como la retribución que el cliente otorga voluntariamente al trabajador. Lo anterior, debido a que en el artículo 6 de dicho convenio indicó:

"1.- El término "propina" significa el dinero que el cliente da voluntariamente al trabajador, además del que debe pagar por los servicios recibidos.

2.- Independientemente de las propinas, los trabajadores interesados deberán recibir una remuneración básica que será abonada con regularidad" (Lo destacado es nuestro).

Si bien es cierto que esa convención no es aplicable en nuestro país, sirve como parámetro para conocer los lineamientos de la Organización Internacional del Trabajo en esta materia. Ahora bien, el convenio No. 95 – del 1° de julio de 1949-, conocido como "Convenio relativo a la protección del salario", sí fue ratificado por Costa Rica el 2 de junio de 1960. En él se establece que "... el término "salario" significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar". **Esta disposición, aunada a las motivaciones legislativas que culminaron con la creación de la ley No. 4946 del 3 de febrero de 1972, nos permite concluir que la intención del legislador**

no fue la de otorgarle el carácter de salario a la propina voluntaria, sino más bien el constituir un derecho de carácter social no salarial, mediante un “recargo de servicio” fijado en un diez por ciento del monto total del consumo. Tal afirmación se extrae de las actas de la Asamblea Legislativa y del artículo 1° del Convenio 95 que expresamente dispone que el salario será establecido por acuerdo entre el empleador y el trabajador –circunstancia que no se da en la propina, ya que es el cliente quien gratifica el servicio brindado por el trabajador-, o por legislación nacional que, insistimos, no fue la intención del legislador al crear la ley No. 4946 (...).” (Lo resaltado en negrita no es del original).

Además, tal y como adelantamos, en el año 1995 se presentó una acción ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, tramitada en el expediente No. 5900-M-95, para que se declarara la inconstitucionalidad de la pluricitada Ley 4946. Dicha acción fue resuelta mediante sentencia No. 2181-96 de las nueve horas veinticuatro minutos del diez de mayo de mil novecientos noventa y seis, que en lo conducente expuso:

“ Adviértase que la propina es un porcentaje que debe cancelarle el cliente del establecimiento al salonnero, por el servicio prestado, no el patrono, cuya obligación legal esencial es, a partir del texto expreso de las disposiciones cuestionadas, garantizar que el trabajador reciba las sumas que por dicho concepto canceló el comensal.- En consecuencia, como no es el patrono quien debe cancelar de su peculio la propina legal, sino el cliente del establecimiento, no podría el primero alegar que tal percepción dé lugar a un enriquecimiento ilícito; y en todo caso, determinar si el pago de la propina es o no constitutiva de éste, es un asunto que excede el objeto de la acción de inconstitucionalidad, amén de que, en el caso concreto, en cuanto a esa aseveración no se alega lesión de derecho constitucional alguno del accionante, por lo que este aspecto también es inadmisibile.-

(...) En el caso en estudio, del análisis de la documentación aportada al expediente se advierte con claridad meridiana, que el contenido de la sentencia de la Sala Segunda, de cuya constitucionalidad duda el accionante, no constituye un pronunciamiento reiterado; antes bien, consta en autos la existencia de al menos tres sentencias del Tribunal Superior de Trabajo que sostienen el criterio contrario al expuesto en aquélla (sentencias números 4598 de las ocho horas tres minutos del veintiuno de noviembre de mil novecientos setenta y cinco; 4415 de las ocho horas treinta minutos del cinco de noviembre de mil novecientos setenta y seis y más recientemente, la número 0429 de las trece horas cuarenta minutos del doce de mayo de mil novecientos noventa y dos, según folios 40 y 41 de la acción), lo que más bien da la apariencia de que la tendencia judicial ha sido la de excluir el porcentaje de la propina del salario, a contrapelo de lo que la Sala de la materia estableció en el mes de febrero del año anterior.-

Con base en lo expuesto, se llega a la conclusión de que en el fondo, lo pretendido es que al resolver la acción, se deje sin efecto lo dispuesto por la Sala Segunda en la sentencia mencionada, gestión que como ya se adelantó, resulta inadmisibile, a tenor de lo dispuesto en los artículos 10 de la Constitución Política y 74 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, que expresamente excluyen de control por la vía de la acción de inconstitucionalidad, a las resoluciones jurisdiccionales del Poder Judicial.- V).- Con base en lo expuesto, la acción debe ser rechazada de plano, y consecuentemente, las gestiones de coadyuvantes planteadas, tanto a favor como en contra de los argumentos contenidos en ella, deben correr la misma suerte de la pretensión principal.- Sin embargo, merece especial atención la gestión de la “Asociación Cámara China de Industria y Comercio de Costa Rica”, dado que en ella se pretenden enmendar los errores que justamente dan lugar al rechazo de la acción. Dicha gestión tiene por objeto que la acción se tenga como interpuesta no contra el pronunciamiento de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia tantas veces citado, sino contra la omisión legislativa de “no establecer en forma expresa, clara y

terminante, que la propina no forma parte del salario” (ver folio 66 vuelto), exponiéndose ampliamente las razones por las que considera que ésta es inconstitucional.-

En este sentido cabe indicar que el artículo 83 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional no permite, como pareciera entenderlo el gestionante, que por la vía de la coadyuvancia un tercero distinto del accionante pueda corregir las irregularidades cometidas por éste último, especialmente en un caso como el presente, en donde el vicio radica justamente en la pretensión anulatoria.- La intervención de los interesados conforme a esa norma, lo es únicamente para “...coadyuvar en las alegaciones que pudieren justificar su procedencia o improcedencia, o para ampliar, en su caso, los motivos de inconstitucionalidad en relación con el asunto que les interesa”, sin que pueda utilizarse para el fin pretendido en esta gestión, razón por la que ésta es además, abiertamente improcedente.- Por tanto: Se rechaza de plano la acción.” (El subrayado no pertenece al original).

III.- ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DE LA LEY No. 4946 DE 3 DE FEBRERO DE 1972.

Es importante destacar de la exposición de motivos de la Ley No. 4946, el propósito fundamental que tuvo en mente Don Luis Alberto Monge Alvarez, en aquel entonces diputado, al presentar el proyecto de Ley:

“La costumbre, inspirada en un espíritu de justicia, ha establecido el derecho a la propina para los trabajadores de restaurantes, bares, sodas y otros establecimientos análogos. Consiste en una gratificación por el servicio recibido y que se agrega al precio convenido por la consumición correspondiente.-

Cada día más clientes de dichos establecimientos respetan ese derecho y algunos hasta lo satisfacen con generosidad. Pero lamentablemente, no son raros los casos en que se otorga por un monto ridículo y hasta ofensivo, por comparación al valor del consumo y al significado del servicio recibido. ” (El subrayado no es del original).

El citado proyecto fue objeto de amplia discusión en el seno de la subcomisión legislativa, e incluso fueron presentados dos proyectos más: uno por el entonces Ministro de Trabajo, Licenciado Danilo Jiménez Veiga y otro por el sindicato de trabajadores gastronómicos, acogido por el diputado Francisco Morales Hernández.

La polémica se suscitó, entre otros aspectos, en relación con la naturaleza que debía dársele a la propina; así por ejemplo, Don Danilo Jiménez Veiga arguyó que: “En el artículo 5° del borrador de nuestro proyecto dice que la propina se asimila a salarios, y será tomada en cuenta para efectos del cómputo correspondiente a prestaciones legales y demás derechos y obligaciones laborales.” Ese argumento fue objetado por el señor Edgar Víquez Víquez, Presidente de la Cámara de Comerciantes detallistas, cuando indicó: “... el artículo que todos nosotros impugnamos es el artículo 5°, que dice: (lo leé). Definitivamente esto es una temeridad, porque no sé cómo haríamos en la práctica para considerar esto como salario, para efectos de la planilla de Seguro Social y para efectos de cuestión laboral (...) pero es una cosa completamente temeraria incluir esto como parte del salario, me parece completamente ilógico, inoperante. “

En estudio del proyecto por la Comisión Permanente de Asuntos Sociales, el Diputado Piedra Jiménez expuso:

“Cabe agregar que el proyecto del señor Ministro de Trabajo, bastante sesudo (sic), pero sin embargo con aristas. Tenía en su artículo 5° un texto bastante difícil de poner en práctica, que consistía en involucrar el producto de la propina como sueldo de los salones, se tomaba el sueldo base autorizado más el producto de la propina y de ahí se derivaban una serie de problemas en cuanto a la contabilidad y a la responsabilidad laboral de los propietarios de estos negocios, por ejemplo el pago de vacaciones, preaviso, cesantía, etc., que ya no se iban a calcular sobre el salario oficial, sino sobre el englobamiento del salario más la propina. Todos estos detalles fueron los que a nosotros nos permitieron dar un primer paso, buscando una ley más mesurada y más justa, que indudablemente, con el paso del tiempo y a como vayamos viendo el funcionamiento de este primer intento, habrá que concebirla indiscutiblemente. “

Seguidamente, el diputado Arauz Aguilar indicó:

Si la propina se tomara como parte del salario, cuál mecanismo usarían para pagar el seguro social?.

Y el Diputado Morales Hernández:

“...Quisiera llamar la atención de los señores diputados en relación al punto que anotaba el compañero Arauz Aguilar en cuanto a la calificación de salario de la propina para los efectos de la legislación social, de la Caja de Seguro y del impuesto de la renta. Quiero que quede claro que los miembros que suscribimos este dictamen no desconocemos la importancia que tiene calificar la propina como salario, sin embargo nos inclinamos sobre una posible alza de los costos por parte de los hoteleros y eso incidiría en el costo de la vida de los consumidores. De tal manera que para no llegar a enfrentarnos a esta situación, preferimos hacer esta legislación en dos etapas: la primera sería simplemente hacer obligatoria la propina, con el fin de que se mejore el salario, el ingreso del empleado, y cuando se consolide esta conquista, vendrá la segunda etapa que sería la de la cobertura de la legislación social laboral y del impuesto de la renta. “

La Comisión Permanente de Asuntos Sociales emitió finalmente tres dictámenes: uno negativo de minoría, suscrito por los diputados Pedro Arauz Aguilar, Teresa Zavaleta Durán y Reinaldo Maxwell Kennedy, que consideraban que la propina obligatoria creada por Ley significaba un tributo y que por lo tanto era inconstitucional; un segundo dictamen de minoría afirmativo emitido por el diputado Edwin Muñoz Mora, en el que acogía el proyecto presentado por el Ministro de Trabajo, que consideraba la propina como parte del salario, y un tercer dictamen afirmativo, presentado por los diputados Francisco Morales Hernández, Angel E. Solano Calderón y Emilio Piedra Jiménez en que se consideró la propina como una gratificación por el servicio recibido, que se agrega al precio convenido en la consumición correspondiente en bares, hoteles, restaurantes, fondas y otros establecimientos similares.

En la discusión en primer debate, el Diputado Lizano Ramírez expuso:

“... mi posición ha sido siempre en apoyo de todo lo que sea mejoramiento de la vida del trabajador. Pero lo que sucede en este caso es que no considero que esa sea una forma efectiva de ayudarle a estos trabajadores; creo que la propina tiene otro significado; ese pago que se hace como recompensa a un servicio solícito y amable que hace un servidor no puede considerarse como parte de su salario ni creo que eso venga a resolver un problema laboral. (...) La considero y la sigo considerando como una retribución que hace el consumidor por un servicio que se le da, en

una forma, si se quiere, amable; pero creer que esto venga a solucionar los problemas de salario, yo por lo menos no lo creo así.”

Y el Diputado Fernández Morales:

“... Prefiero darle mi voto a esta moción para que la Asamblea se convierta en Comisión General, a fin de que mejore la redacción del proyecto, siempre manifestando que no le voy a dar el voto al proyecto en sí, sino al dictamen de minoría, porque considero que si se va a otorgar o se va a establecer la propina obligatoria, ésta debe ser considerada como parte del salario para que sea beneficio efectivo precisamente de los trabajadores de estos establecimientos comerciales, a fin de que tengan una verdadera protección a la hora de obtener sus prestaciones sociales, a la hora de pensionarse, etc. “

Cabe indicar que al dictamen afirmativo elaborado por los diputados Francisco Morales Hernández, Angel Edmundo Solano Calderón y Emilio Piedra Jiménez, en el que se consideró que la propina no debía formar parte del salario, se le incorporaron algunas mociones presentadas por Don Alberto Monge Alvarez, así:

“1.- Los trabajadores de restaurantes, bares y otros establecimientos análogos, tendrán derecho a propina cuando su servicio se preste en las mesas.

2.- La propina autorizada conforme a esta ley, será de un 10% con respecto al monto total de la consumisión correspondiente. La propina para los efectos de registrarla por escrito se llamará servicio 10%.

3.- No es obligatoria la propina para consumisiones inferiores a diez colones o en los casos en que el servicio en las mesas lo presta el propietario del negocio.

4.- Los patronos no podrán participar del beneficio de la propina.

5.- El Ministerio de Trabajo reglamentará todo lo relativo a esta ley.

6.- Esta ley rige desde su publicación”

Dicha propuesta, salvo con algunas modificaciones en cuanto a la fecha de rige, que finalmente quedó a partir del 1° de febrero de 1972, fue la que se convirtió en Ley de la República, razón por la que es dable afirmar que aún cuando hubo posiciones encontradas por parte de los diputados que estudiaban el proyecto de ley, en cuanto a la naturaleza que debía dársele a la propina, el criterio que finalmente imperó, fue el de considerarla separada o no integrante del salario.

Posteriormente, Don Luis Alberto Monge presentó un proyecto para modificar el artículo 4 de la Ley No. 4946, en virtud de los problemas que se estaban presentado al trabajador para cobrar la propina, ya que en la ley no quedó prevista sanción alguna para los patronos que infringían disposiciones sobre el monto, modo de percepción y forma de reparto de la propina. Así el texto de la norma que ahora se proponía era el siguiente:

“Los patronos no deberán participar del beneficio de la propina y no deberán impedir o interferir en el cobro legal de la misma por parte de sus trabajadores. Cualquier suma que en ese concepto deje de percibir el trabajador por causa imputable al patrono, se considerará como una deuda de éste para con el trabajador, y una certificación en tal sentido, extendida por funcionarios de la Dirección Nacional de Inspección de Trabajo o por la Delegación correspondiente de la Guardia de Asistencia Rural, tendrá, para todos los efectos legales, el carácter de título ejecutivo. “

En discusión el proyecto por parte de la Comisión de Asuntos Hacendarios, el Diputado Rojas Jiménez presentó una moción, aprobada por unanimidad, para que al patrono que infringiera la Ley, se le aplicaran las sanciones que establece el Código de Trabajo para las violaciones por parte de los patronos sobre el pago del salario, y manifestó al respecto:

“... La idea es esta: el Código de Trabajo establece, en su capítulo de sanciones, las sanciones a las que se hace acreedor el patrono que no pague los salarios completos. Incluso, establece una sanción de treinta a noventa días de prisión para los patronos que infrinjan esto y traslada las penas de acuerdo al Código de Policía. Es decir, que no establece sanciones concretas, sino que traslada el asunto al Código Penal. De manera que pareciera que de acuerdo a esta ley, la propina no tiene ese mismo respaldo que tienen las disposiciones salariales del Código de Trabajo, sino que está como ley aparte. Entonces, lo que se persigue con esto, es que los patronos no participen del beneficio de la propina, ni impedir o interferir en el cobro real de la misma por parte de sus trabajadores. Cualquier suma que por este concepto deje de percibir el trabajador, por causas imputables al patrono, se considerarán como una deuda de éste con el trabajador. Voy a permitirme redactar nuevamente la moción, porque en realidad lo que hay que hacerle es un agregado, no hay necesidad de sustituirla.”

Así, en dictamen de mayoría afirmativa de la Comisión Permanente de Asuntos Hacendarios, el nuevo texto del artículo cuarto, mediante el cual se consignaron las sanciones que se aplicarían en adelante a aquellos patronos que incumplieran la ley, quedó en la siguiente forma:

“Los patronos no deberán participar del beneficio de la propina, y no deberán impedir o interferir en el cobro legal de la misma por parte de sus trabajadores. Cualquier suma que en ese concepto deje de percibir el trabajador por causa imputable al patrono, se considerará como una deuda de éste para con el trabajador. Con relación al referido monto, se le aplicarán al patrono las mismas disposiciones y sanciones que el Código de Trabajo establece para todo lo relacionado con el salario.” (Folios 026-027 del expediente legislativo No. 5416).

Como se observa de la discusión del proyecto para modificar el artículo 4 de la tantas veces citada Ley No. 4946, la remisión que se hizo al Código de Trabajo fue, únicamente, con el fin de aplicar las sanciones ahí previstas al patrono que infringiera la Ley; pero es claro que no fue la intención del legislador equiparar la propina con el salario ni conferirle tal carácter.

IV.- CONCLUSIONES:

De conformidad con todo lo expuesto, es claro que no existe, en ninguno de los ámbitos analizados (doctrina, jurisprudencia y antecedentes parlamentarios), una definición inequívoca sobre la naturaleza o el carácter salarial de la propina. Por ello, este Despacho considera conveniente y oportuno, para salvaguardar la vigencia de la norma, en los términos en que fue promulgada por el Órgano Legislativo, con base en la atribución otorgada por el artículo 121 inciso 1) de la



Constitución Política, se decreta la interpretación auténtica del artículo 4º de la Ley No. 4946 de 3 de febrero de 1972, para que se aclare que las sumas percibidas por los saloneros o trabajadores gastronómicos en virtud de la aplicación de ese artículo, no constituye salario, y con ello, evitar que por vía de interpretación judicial, se le otorgue al instituto de la propina una naturaleza distinta de la que se propuso al promulgar la ley que la hizo obligatoria.

Por último, indicamos para lo procedente, que esta Procuraduría General no observa vicios o violaciones constitucionales en el contenido del proyecto, sin perjuicio, desde luego, de las atribuciones que por ley corresponden a la Sala Constitucional en la materia.

Atentamente,

Lic. German Luis Romero Calderón PROCURADOR
MSc . Ana Milena Alvarado Marín ABOGADA
RELACIONES DE SERVICIO SECCIÓN II

b)OJ-150-2007⁸

Estimada señora:

Con la aprobación de la señora Procuradora General, nos referimos a su atento oficio número CDH-204-2007 de fecha 13 de setiembre del 2007 recibido en esta Procuraduría el 17 de setiembre del 2007, en el cual solicita el criterio técnico-jurídico de este Despacho acerca del Proyecto de Ley de los Derechos de los Trabajadores Gastronómicos, expediente No.16.485.

En esa virtud, procederemos a dar nuestra opinión al respecto, no sin antes hacer la siguiente acotación:

I. SOBRE LOS ALCANCES DEL PRESENTE PRONUNCIAMIENTO.

Antes de entrar en el análisis del nuevo texto del proyecto sometido a nuestra consideración, es necesario indicar que, de conformidad con los numerales 1 y 2 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República (No. 6815 de 27 de setiembre de 1982) este Despacho es el órgano superior consultivo, técnico-jurídico de la Administración Pública, por lo que sus dictámenes y pronunciamientos constituyen jurisprudencia administrativa y son de acatamiento obligatorio y vinculante para las instituciones públicas que consultan.

Desde esa perspectiva jurídica, resulta evidente que nuestro criterio en torno al contenido de dicho proyecto, no podría, de ninguna manera, vincular la potestad legislativa de ese Poder Público, tal y como lo consagra fundamentalmente el artículo 9 de la Constitución Política, en virtud del cual se establece con claridad, la máxima de la separación de poderes, que constituye uno de los pilares más importantes en que se apoya nuestro Estado de Derecho. Verbigracia, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que: *“La teoría de la separación de Poderes tradicionalmente se interpreta como la necesidad de que cada Órgano del Estado ejerza su función con independencia de los otros (...). Si bien no pueden darse interferencias o invasiones a la función asignada, necesariamente deben producirse colaboraciones entre Poderes...”*

Sin embargo, en un afán de colaboración, se analizará el proyecto de ley consultado, no sin antes enfatizar que por las razones indicadas, este pronunciamiento será una opinión jurídica carente de efectos vinculantes.

Finalmente, es importante indicar que el plazo de ocho días a que refiere usted en su Oficio para que podamos externar nuestra opinión, no es aplicable a esta Procuraduría, pues en virtud de lo establecido en el artículo 157 del Reglamento Interior de la Asamblea Legislativa, dicho término lo es para las consultas que deben ser formuladas obligatoriamente a ciertas instituciones del Estado. De modo que ha sido criterio de esta Procuraduría que el supuesto en cuestión no es aplicable en el presente asunto.

Aclarado lo anterior, procederemos a analizar el mencionado proyecto de la forma como sigue:

II. SOBRE EL ANÁLISIS DEL PROYECTO CONSULTADO.

Según se nos indica en el documento que contiene el proyecto de Ley de análisis, con la reforma que se pretende introducir a la Ley No. 4946 del 3 de febrero de 1972, se persigue que los montos percibidos por la generalidad de los trabajadores del servicio gastronómico, por concepto de propinas, se incorporen como parte de su salario y que como consecuencia de ello, esos montos se computen para efectos de las cargas sociales y demás prestaciones laborales a cargo de los patronos. Conjuntamente, se pretende imponer penas de hasta seis veces el salario base, al patrono que se niegue a girar, oculte o retenga dinero por concepto de propina, o que no reporte estos ingresos para efecto de las cargas sociales.

Así las cosas, el proyecto “Ley de los Derechos de los Trabajadores Gastronómicos”, expresa:

“(...) LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA DECRETA:

DE LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES GASTRONÓMICOS

ARTÍCULO ÚNICO.-

Adiciónase un párrafo al artículo 2 y se reforma el artículo 4 de la Ley N.º 4946, de 3 de febrero de 1972, para que digan:

5. “Artículo 2.-

[...]

Las sumas que perciban los salonereros, camareros y trabajadores del servicio gastronómico en virtud de la aplicación de este artículo, constituyen parte de su salario; por consiguiente, deberá computarse para efectos de las cargas sociales y demás prestaciones laborales a cargo de los patronos.”

“Artículo 4.-

Los patronos no podrán reservarse ni tener participación alguna en la propina que forma parte del salario de los trabajadores enunciados en el artículo 1 y 2 de esta Ley. No deberán, por ende, impedir el cobro legal de la misma, por parte de sus trabajadores. Cualquier suma que por ese concepto, deje de percibir el trabajador por causa imputable al patrono se considerará como una deuda de este con aquel. En relación con el monto que se le aplicará al patrono, regirán las mismas disposiciones y sanciones que el Código de Trabajo establece para todo lo relacionado con el salario.

Se impondrá pena de hasta seis veces el salario base, al patrono que se niegue a girar, oculte o

retenga dinero por concepto de propina, y que además, no reporte estos ingresos para efecto de las cargas sociales.

La denominación "salario base", contenida en este artículo, corresponde al monto equivalente al salario base mensual del "Oficinista 1" que aparece en la relación de puestos de la Ley de Presupuesto Ordinario de la República, aprobada en el mes de noviembre anterior a la fecha de consumación de la falta. Dicho salario base regirá durante todo el año siguiente, aun cuando el salario que se toma en consideración, para la fijación, sea modificado durante ese período. En caso de que llegaren a existir, en la misma Ley de Presupuesto, diferentes salarios para ese mismo cargo, se tomará el de mayor monto para los efectos de este artículo."

Rige a partir de su publicación. (...)"

Dado que en el proyecto de Ley que se nos consulta, se pretende que las propinas recibidas por los salonereros y camareros formen parte de su salario, consideramos necesario hacer un breve comentario de lo que entendemos por salario, a fin de analizar si cabe esa posibilidad, sin violentar nuestro ordenamiento jurídico.

En términos generales se ha indicado que salario es la contraprestación que paga el empleador a cambio de la actividad laboral prestada por el trabajador; sin embargo, tal definición ha ido evolucionando con el transcurso del tiempo, ampliando ese concepto tradicional de salario por el de remuneración, el cual es entendido como todo aquello que percibe el trabajador, con ocasión de la prestación de un servicio.

Al respecto, es importante indicar que en relación con el tema del salario, la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, en la Resolución No. 2003-00790 de las 14:25 horas del 18 de diciembre del 2003, en lo que interesa, indicó:

"(...) Resulta importante, para la discusión que se formula, señalar lo que el ordenamiento positivo y la jurisprudencia del caso, han considerado como salario. Ese instituto jurídico viene definido, a partir del ordinal 162 del Código de Trabajo, como "la retribución que el patrono debe pagar al trabajador en virtud del contrato de trabajo". Precisamente, dado el carácter sinalagmático o bilateral de la contratación, y según lo establecido en el numeral 18 ídem, la remuneración puede efectuarse de cualquier clase o en cualquier forma. En efecto, la obligación principal que la relación laboral le impone al patrono, es la de cancelarle el respectivo sueldo al trabajador, como contraprestación por los servicios brindados; de conformidad con lo que establece el ordinal 164 íbidem, el salario puede pagarse por unidad de tiempo, por pieza, por tarea, o a destajo; en dinero o en especie; e inclusive por la participación de las utilidades, ventas o cobros que realice el empleador. No obstante lo anterior, en ocasiones resulta difícil determinar la naturaleza salarial de algunos rubros que, el patrono, les otorga a sus empleados. (...). Sobre la morfología del salario PLÁ RODRÍGUEZ, nos explica: "Siguiendo el esquema expuesto por Barassi, aunque modificando, en parte el significado y las denominaciones utilizadas por él, podemos distinguir en el salario dos partes: a) El elemento básico: una suma fija de dinero; b) Los elementos marginales, que pueden consistir en especie o en dinero y que, por lo general, se agregan a aquella suma". (El salario en el Uruguay. Su régimen jurídico. Tomo II, Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Montevideo, 1956, p. 25). Dentro de los complementos salariales, existen varios tipos, sin que exista en doctrina o una terminología unánime, al respecto tenemos: a) aquellos que buscan estimular o premiar el buen desempeño del trabajador (rendimiento, puntualidad, etc); b) los que se dirigen a resarcir la mayor gravosidad de una labor (nocturna, insalubre, etc); y, c) los que responden a las cualidades personales del

empleado, (antigüedad, preparación académica, etc). Los primeros se justifican porque “las necesidades de las empresas, de mejorar e incrementar su producción, ha hecho que surja una serie de procedimientos, de mejoras de retribución, que estimulen a los trabajadores a colaborar con las directrices de la empresa (ALMANSA PASTOR José Manuel. La Obligación Salarial. En Estudios sobre la Ordenación del Salario. Departamento de Derecho del Trabajo de la Universidad de Valencia, Secretariado de Publicaciones, 1976, p. 142. (...). “

Asimismo, el Alto Tribunal Laboral, en el Voto No 289 de las 10:00 horas del 17 de marzo del 2000, señaló:

“(...) De esta normativa se deduce que el salario es la retribución que, un trabajador, percibe como contraprestación por el servicio prestado a su patrono y que, esa retribución, puede ser de cualquier clase o forma. La jurisprudencia y la doctrina, son conformes estableciendo, que el salario comprende no sólo el fijado en la escala respectiva, sino también las remuneraciones adicionales, sean estas bonificaciones, comisiones, premios, zonaje, antigüedad, etc; por lo que salario o sueldo se refiere a la totalidad de beneficios que recibe el trabajador. (...).”

Como vemos, de conformidad con la posición de nuestra Sala Segunda, existe la posibilidad de hablar de dos formas remunerativas del trabajo, por un lado aquellas formas que toman en cuenta la realización del trabajo convenido o prestado efectivamente para medir la cantidad de la remuneración y por otro lado, las que toman en consideración el monto de las operaciones realizadas por la empresa o sus utilidades para acordar una participación en las mismas de los empleados.

Por otra parte, debemos indicar que la propina ha sido definida por la autorizada doctrina como la retribución que el usuario de un servicio abona directamente al trabajador, con carácter voluntario, o consuetudinario al menos, como satisfacción por la atención recibida.

También es importante tomar en consideración que en nuestro medio, la propina pierde ese carácter voluntario que indica el autor citado, toda vez que la misma se cobra de manera obligatoria a modo de recargo en todas las facturas por los servicios de mesa brindados.

Por su parte, la Sala Segunda en la Resolución No. 381 de las 10:20 horas del 10 de diciembre de 1999, refiriéndose a la naturaleza salarial de las propinas indicó:

“(...) la asimilación de propinas como una forma de salario, es evidente, ya que ellas son ganancias que el trabajador obtiene como causa del trabajo, sobre todo, como sucede en nuestro país, en el que, la propina, es un recargo que se cobra en la factura que debe abonar el cliente. Ante esto, el hecho de que el recargo sea pagado por el cliente no es decisivo, debido a que éste lo paga como parte del precio convenido para las prestaciones que le adeuda al empresario, el cual, a fin de cuentas, se sirve de su personal para el cumplimiento efectivo de su obligación. De esta forma, no importa que el cliente sepa que una parte de su pago está destinada al personal, puesto que, en la relación cliente - empresario el pago es uno solo y constituye para el último una entrada que se recibe en nombre propio. El hecho de repartir el porcentaje de esas ganancias al trabajador - por concepto de propina - , no elimina el carácter de retribución percibida con ocasión del contrato de trabajo. (...).”

Con base en lo anteriormente expuesto, este Despacho considera que el contenido del proyecto Ley de los Derechos de los Trabajadores Gastronómicos, se encuentra conforme con el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, dado que ha sido a través de los distintos fallos judiciales como se les ha venido reconociendo el derecho a los trabajadores gastronómicos de incluir dentro del monto de su salario o remuneración, lo percibido por concepto de propinas. En consecuencia, resulta oportuno también que por tales

montos se computen lo relativo a cargas sociales y demás prestaciones laborales, en virtud del carácter que tienen esos rubros dentro de la retribución salarial que perciben esos especiales trabajadores por el servicio prestado a las diferentes empresas comerciales como las de estudio, tal y como en situaciones similares, este Órgano Consultor de la Administración Pública ha expresado de la siguiente manera:

“Haciendo eco de lo allí expuesto, puede indicarse que de los artículos 3 y 22, siguientes y concordantes de la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense del Seguro Social (Ley No. 17 de 22 de octubre de 1943 y sus reformas) se desprende, sin forzamiento alguno, **que los únicos rubros que pueden ser afectados por las respectivas deducciones para los fines de la Seguridad Social, son los salarios**. Ello, en plena concordancia con el artículo 73 constitucional. Veamos, lo que expresa dicha normativa, en lo que interesa:

“Artículo 3.- La cobertura del Seguro Social - y el ingreso al mismo- son obligatorias para todos los trabajadores manuales e intelectuales que perciban sueldo o salario. El monto de las cuotas que por esta Ley se deben pagar, se calculará sobre el total de las remuneraciones que bajo cualquier denominación se paguen, con motivo o derivadas de la relación obrero-patronal.”

(...)

Adicionado por el artículo 87 de la Ley No. 7983 de 16 de febrero del 2000)

(...)

Igualmente, vale ilustrar en este estudio, lo que el artículo 8 de la Ley del Impuesto sobre la Renta (No. 7092, de de 21 de abril de 1988, y sus reformas) establece, en lo que interesa:

“ **ARTICULO 8º.-**

Gastos deducibles. Son deducibles de la renta bruta: a)(...) b) Los sueldos, los sobresueldos, los salarios, las bonificaciones, las gratificaciones, las regalías, los aguinaldos, los obsequios y cualquier otra remuneración por servicios personales efectivamente prestados, siempre y cuando proceda y se hayan hecho las retenciones y enterado los impuestos a que se refiere el título II de esta Ley.” (Véase Dictamen No. C-112, de 11 de abril del 2007)

III.- CONCLUSIÓN:

Por todo lo expuesto, esta Procuraduría arriba a la conclusión de que el texto propuesto para reformar la Ley N.º 4946 de 3 de febrero de 1972, es conforme con la naturaleza jurídica del rubro denominado propinas que prevé dicha normativa y el reiterado criterio de los Altos Tribunales de Trabajo.

De Usted, con toda consideración,

Luz Marina Gutiérrez Porras Procuradora II

Katty Vega Sancho Abogada de Procuraduría



ADVERTENCIA: El Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL en Línea) está inscrito en la Universidad de Costa Rica como un proyecto de acción social, cuya actividad es de extensión docente y en esta línea de trabajo responde a las consultas que hacen sus usuarios elaborando informes de investigación que son recopilaciones de información jurisprudencial, normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final de cada documento. Los textos transcritos son responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan el pensamiento del Centro. CIJUL en Línea, dentro del marco normativo de los usos según el artículo 9 inciso 2 del Convenio de Berna, realiza citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley N° 6683 (Ley de Derechos de Autor y Conexos); reproduce libremente las constituciones, leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de la Ley N° 6683. Para tener acceso a los servicios que brinda el CIJUL en Línea, el usuario(a) declara expresamente que conoce y acepta las restricciones existentes sobre el uso de las obras ofrecidas por el CIJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y la digital completa, en caso de utilizar el material indicado.

- 1 ASAMBLEA LEGISLATIVA. Ley número 4946 del tres de febrero de 1972. Crea Derecho de Propina a Trabajadores de Restaurantes. Versión de la norma: 2 de 2 del 03/02/1972. Datos de la Publicación: Colección de leyes y decretos: Año: 1972. Semestre: 1 Tomo: 1 Página: 143.
- 2 SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- Sentencia número 112 de las nueve horas cincuenta minutos del siete de mayo de mil novecientos noventa y nueve. Expediente: 95-000181-0213-LA.
- 3 SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia número 230 de las diez horas catorce minutos del diecisiete de febrero de dos mil diez. Expediente: 06-000781-0641-LA.
- 4 SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- Sentencia número 276 de las once horas del diecinueve de febrero de dos mil diez. Expediente: 06-300239-0297-LA.
- 5 SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia número 785 de las quince horas del dieciséis de agosto de dos mil seis. Expediente: 04-000245-0505-LA.
- 6 SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia número 24 de las diez horas cincuenta minutos del veintiséis de enero de dos mil cinco. Expediente: 02-000162-0639-LA.
- 7 PROCURADURIA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Opinón Jurídica Número 96 -J del veintitrés de julio de dos mil cuatro. Dirigida a la Licda. Sonia Mata Valle, Jefa de la Comisión de Asuntos Sociales, Asamblea Legislativa.
- 8 PROCURADURIA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Opinón Jurídica Número 150 del veintiuno de diciembre de dos mil siete. Dirigida a la Sra. Rocío Barrientos Solano, Comisión Especial de Derechos Humanos, Asamblea Legislativa.