



jurídico

**DEPARTAMENTO JURÍDICO
UNIDAD DE DICTAMENES E
INFORMES EN DERECHO
K 6556 (1560) 2016**

4922

ORD.:

MAT.:

ANT.:

Da respuesta a consultas que indica.

1) Instrucciones de fecha 16.09.2016, de Jefa de Unidad Dictámenes e Informes en Derecho.

2) Dictamen N°4247/0073 de 12.08.2016.

Instrucciones de fecha 22.06.2016, de Jefa de Unidad de Dictámenes e Informes en Derecho.

3) Instrucciones de fecha 20.07.2016, de Jefa de Unidad de Dictámenes e Informes en Derecho.

4) Presentación de 20.06.2016 de don Alejandro Romo Gallo.

SANTIAGO,

03 OCT 2016

**DE : JEFE DEPARTAMENTO JURÍDICO
A : SR. ALEJANDRO ROMO GALLO
EQUIPO BARRA SARITA COLONIA
OB. HIPOLITO SALAS #0244 DEPTO. 138,
PROVIDENCIA.**

Por medio de la presentación del antecedente 3), Ud. ha solicitado un pronunciamiento de este Servicio con el objetivo de:

- Determinar la correcta aplicación de la Ley N° 20.918 y su efecto en los casos de existir un acuerdo entre los trabajadores previo a la entrada en vigencia de la ley en comento y específicamente si la misma tiene efecto retroactivo.

- Determinar si los "bartender" se encuentran dentro de la definición de camareros de la OIT, al cual se hace alusión en el Dictamen 0935/012 de 10.03.2014, y si en virtud de dicho concepto deben ser considerados en los acuerdos en igualdad de condiciones que los meseros o, en su defecto y en virtud de lo establecido en el Ord. 2894 de 31.05.2016, otras áreas distintas a los garzones y/o meseros pueden estar incluidos en los pactos sobre propinas.

Sobre el particular, el solicitante indica que a pesar de todo, los bartender cumplen funciones de camarero, pues reciben y cobran cuentas.

Además, agrega que la ley no señala procedimientos para llegar a acuerdos, ni determina quienes pueden participar y en qué medida.

Adjunta a su presentación los siguientes documentos:

1. Copia sin firmar de "Acuerdo Creación Fondo de Propinas Trabajadores Sarita Colonia a Sarita Colonia Restorán", de fecha 25 de febrero de 2015, entre las partes Sarita Colonia SpA y los trabajadores de Sarita Colonia. En su cláusula cuarta, autoriza a la Sociedad Sarita Colonia SpA para que realice un fondo incorporando todas las propinas sugeridas y pagadas efectivamente y que dicho fondo se divida entre todos los trabajadores del establecimiento de la siguiente manera:

a. El 68.5% de las propinas sugeridas efectivamente pagadas se dividirá entre los trabajadores de salón.

b. El 20% de las propinas sugeridas efectivamente pagadas se dividirá entre los trabajadores de barra.

c. El 10% de las propinas sugeridas efectivamente se dividirá entre los trabajadores de cocina.

d. El 15% de las propinas sugeridas efectivamente pagadas se dividirá entre los trabajadores de puerta.

Luego, indica que el pago de las propinas sugeridas y efectivamente pagadas será cancelado de la forma acordada e informada en el artículo anterior, por periodos de una semana, los lunes de cada semana, generando la sociedad un estado de resumen de las propinas sugeridas y las efectivamente pagadas.

2. Copia de Acuerdo de propinas Sarita Colonia 2016, el cual indica que comenzará a regir el día 14 de junio de 2016, sin contar con firma alguna. En este acuerdo se dice tener a la vista lo dispuesto por la Ley N° 20.918 y dar cumplimiento al art. 64 incisos segundo a cuarto del Código del Trabajo, por lo que se acuerda que:

- Las propinas se pagarán semanalmente, los martes, estando en pleno cumplimiento de la ley.

- Que la repartición material de la propina ya no estará más a cargo de cada sector, sino que la harán directamente los garzones semanalmente, por 2 garzones que rotaran semanalmente de mutuo acuerdo y será uno de ellos (a elección de los mismos) quien firmará en representación del resto, el vale o comprobante por el monto de la propina entregada.

Al respecto, cúpleme informar a Ud. lo siguiente:

La ley N° 20.918 de 30.05.2016 agregó los incisos segundo a cuarto al artículo 64 del Código del Trabajo- complementando la legislación existente a la fecha en materia de propinas-, el cual actualmente prescribe:

"Art. 64. En los establecimientos que atiendan público a través de garzones, como restaurantes, pubs, bares, cafeterías, discotecas, fondas y similares, el empleador deberá sugerir, en cada cuenta de consumo, el monto correspondiente a una propina de a lo menos el 10% del mismo, la que deberá pagarse por el cliente, salvo que éste manifieste su voluntad en contrario.

Los trabajadores tendrán derecho a percibir todas aquellas sumas que por concepto de propinas entreguen los clientes de dichos establecimientos, sea en forma directa y en dinero en efectivo al trabajador, como también a través de los medios de pago aceptados por el empleador, tales como tarjetas de crédito, de débito, cheques u otros títulos de crédito. El empleador no podrá disponer de ellas, deberá entregarlas íntegramente a los trabajadores y no podrá efectuar descuentos de ninguna

naturaleza sobre las mismas. Tampoco podrá distribuir las propinas, facultad que sólo recae en los trabajadores que las reciben del cliente, las que se entenderán de su propiedad.

Tratándose de pagos con tarjetas de crédito u otros títulos de crédito, el empleador deberá liquidar y enterar dichas sumas en la fecha en que acuerde con sus trabajadores, plazo que no podrá exceder de siete días hábiles desde que se recibieron del cliente. En estos casos, el empleador deberá entregar al trabajador copia del vale o comprobante en que conste la cantidad total pagada y el valor del servicio o producto adquirido. Tratándose de eventos especiales organizados por el empleador y que sean pagados con posterioridad a su celebración, este plazo se extenderá hasta la fecha de pago de la respectiva factura, cuando la propina esté incorporada a ella.

Si las propinas no son pagadas en efectivo, los plazos contenidos en el inciso anterior podrán extenderse excepcionalmente cuando, producto del aislamiento geográfico de la zona en que se encuentre el establecimiento, unido ello a la falta de medios electrónicos de pago, no sea posible entregar las propinas en el tiempo establecido.”

En este sentido, el Dictamen N° 0935/012 de fecha 10.03.2014 fijó el sentido y alcance del art. 64, antes de la inclusión de la Ley N° 20.918., interpretando la regulación de las propinas y su distribución, señalando que: *artículo 64 incide en la prestación de los servicios de los garzones, oficio cuyas características han sido descritas principalmente en Dictamen N° 3280/089 de 02.05.1991, tomando como base el Clasificador Internacional Uniforme de Ocupaciones de la Oficina Internacional del Trabajo.*

Dicho clasificador utiliza la expresión “Camarero” y describe sus funciones en los siguientes términos: “Sirve alimentos y bebidas en restaurantes, clubes, establecimientos comerciales y cantinas.

Prepara las mesas o mostradores para las comidas colocando manteles limpios, cubiertos, vasos, saleros, condimentos y flores; presenta el menú al cliente, responde las preguntas que se le hacen sobre los alimentos y bebidas, y hace sugerencias si se le solicitan; toma nota del pedido o lo retiene en la memoria y lo transmite a la cocina; sirve la comida; presenta la cuenta al cliente para que la abone o la firme; retira el mantel, servilletas, platos, vasos y cubiertos usados o da órdenes para que los retiren.

Pueden servir el vino u otras bebidas en las copas”

La Inclusión legislativa de 30.05.2016, corrobora la idea de que son los trabajadores los que tienen derecho a percibir todas aquellas sumas que por concepto de propina entreguen los clientes.

En este sentido, el Dictamen N° 4247/0073 de 12.08.2016 declara, refiriéndose a la Ley N° 20.918, que *“el legislador ha determinado de forma concreta que el titular y propietario de la propina es el garzón que realizó el servicio y, por tanto, dicho trabajador es el único facultado para percibir y disponer de esos montos.”*

Por consiguiente, en virtud de lo ya indicado, los titulares del derecho a percibir la propina son los garzones o camareros, en los términos ya expuestos.

A su vez, este último pronunciamiento detalla que *“el empleador está impedido de incurrir en las siguientes conductas:*

1) Disponer de los montos percibidos por concepto de propinas.

2) Efectuar descuentos de cualquier naturaleza.

3) Distribuir los montos que los clientes han pagado en carácter de propina.”

Por consiguiente, respecto de la posibilidad de pactar acuerdos de distribución de propinas, debe estarse a lo establecido por este Servicio en Ord. 6453 y en Ord. 2894 de 10.12.2015 y de 31.05.2016, respectivamente, los cuales señalan que *los pactos sobre sistemas de distribución de propinas, se enmarcan en la esfera de la autonomía de la voluntad, por lo que resultaría jurídicamente procedente, que se incluyera como beneficiarios de dicha asignación de cuota, a trabajadores que se desempeñen en otras labores, distintas a los de garzones*¹.

Doctrina que confirma que los trabajadores a los cuales se les reconocen los derechos establecidos en el art. 64 son los garzones o camareros.

Respecto de la posibilidad de distribución de las propinas, el legislador expresamente prohibió que fuese el empleador quien lo realice, enfatizando que: *“facultad que sólo recae en los trabajadores que las reciben del cliente, las que se entenderán de su propiedad.*

En este sentido, la doctrina de este Servicio ha declarado el carácter de cláusulas del contrato que revisten los pactos de distribución, admitiendo, por tanto, el ejercicio de la actividad fiscalizadora en orden a velar por su cumplimiento, siendo necesario precisar, que dicha facultad consiste en corroborar si el empleador está cumpliendo con lo siguiente:

1. Sugerir el 10% del total de la cuenta de consumo como propina;
2. Entregar las sumas íntegras a los trabajadores en la oportunidad y de la forma establecida por el nuevo artículo 64 del Código del Trabajo;
3. En caso de existir pactos de distribución, cumplir con los acuerdos establecidos en el pacto, en la forma y oportunidad indicados.

Por su parte el Dictamen N° 4247/0073 de 12.08.2016, señaló que *“Conforme a los principios impulsados por esta reforma, en particular aquel que prohíbe al empleador disponer de cualquier forma de los montos pagados por concepto de propina, es que, tratándose de aquellos establecimientos en que exista o se pretenda implementar un sistema de distribución o cuota de propina- que pudiera incluso favorecer a trabajadores que no efectúan atención en mesa-, el garzón titular de este derecho deberá autorizar por escrito a su empleador para que proceda a la distribución de la propina en la forma acordada con los demás trabajadores.*

El documento en que consta la autorización del trabajador en el sentido de adherir a un pacto de distribución de propinas, no constituye anexo de contrato, toda vez que se trata de un acto jurídico unilateral, respecto al que se encuentra prohibida la intervención de voluntad por parte del empleador.”

Por tanto, en virtud de la doctrina ya expuesta, cumplo con dar respuesta a sus consultas en particular, señalando que:

1. La correcta aplicación de las normas incorporadas por la Ley N° 20.918, ha sido explicada en párrafos anteriores. Con todo, dicha Ley nada modificó respecto de los acuerdos de distribución de propinas logrados por los trabajadores. En este sentido, el empleador sólo debe acatar la distribución en ellos indicada, mientras estos provengan del titular del derecho a percibir y distribuir las propinas, es decir, los garzones o camareros.

¹ En ambos casos se consulta sobre la aplicación de los pactos de distribución a personal de cocina.

Sin embargo, dichos acuerdos, según la misma doctrina de este Servicio, pueden incluir pactos especiales de distribución que incluyan a otros tipos de trabajadores, pero de los antecedentes aportados por el solicitante, no es posible establecer quiénes suscribieron tanto el primer como el segundo acuerdo de propinas, ambos acompañados.

Por consiguiente, en el caso que los titulares del derecho a percibir propina hayan hecho extensivo el derecho a distribución a otros tipos de trabajadores, dicho acuerdo obedece a la autonomía de la voluntad de los mismos, careciendo este servicio de competencia para interpretar o pronunciarse respecto de él, por ser un pacto civil entre trabajadores, escapando de la relación laboral entre trabajador y empleador.

2. Respecto de si los *bartender* deben ser considerados garzones o camarareros, para los fines del artículo 64 del Código del Trabajo. En primer lugar, de los antecedentes por Ud. aportados no es posible determinar la efectividad de que los *bartender* cumplen las funciones de los garzones.

Con todo, es necesario recordar el aforismo que señala "en derecho las cosas son lo que son y no lo que las partes dicen que son", razón por la que si en los hechos, el trabajador cuyo cargo es "bartender" cumple con las funciones indicadas para camarero en el Clasificador Internacional Uniforme de Ocupaciones de la Oficina Internacional de Trabajo, debe estar considerado como titular del derecho a percibir la propina. Corrobora lo anterior, el hecho que el contrato de trabajo sea un contrato consensual, requiriendo sólo de la voluntad de las partes para ser modificado². En contrario, si el trabajador no cumple con dichas funciones, no será considerado camarero, debiendo esperar la extensión del acuerdo de distribución de propinas a su cargo.

Saluda atentamente a Ud.


JOSÉ FRANCISCO CASTRO CASTRO
 ABOGADO
 JEFE DEPARTAMENTO JURÍDICO
 DIRECCIÓN DEL TRABAJO




Distribución:

- Jurídico - Partes - Control

² Sin perjuicio que, tanto el contrato de trabajo como las modificaciones realizadas, deben constar por escrito, como una formalidad por vía de prueba.