

Título: Las propinas. ¿Remuneración o liberalidad?. El caso de los trabajadores gastronómicos.

Autor: Casado, María Mailén

Sumario: I. Introducción.- II. Concepto.- III. Caracteres requeridos por la Ley de Contrato de Trabajo. Habitualidad y Licitud.- III. La prohibición convencional de las propinas y la tolerancia del empleador.- IV. Cuestiones probatorias.- V. Conclusión personal.-

I. Introducción.

El objetivo del presente trabajo es abordar las distintas cuestiones debatidas en torno al carácter remunerativo de las propinas y su consecuente repercusión en la base de cálculo utilizada para liquidar los rubros indemnizatorios ante la ruptura del contrato de trabajo.

Entendiendo que cada sector laboral tiene sus particularidades, se analizará en mayor profundidad el caso de los trabajadores gastronómicos, otorgando oportuna relevancia al principio de primacía de la realidad, máxima fundamental del Derecho del Trabajo.

II. Concepto.

La Real Academia Española define la propina como un *“Agasajo que sobre el precio convenido y como muestra de satisfacción se da por algún servicio”*. Este tipo de gratificación, es cultural y socialmente aceptada en una gran cantidad de actividades laborales.

Si bien en algunos casos resulta indiscutible que representa una parte importante del ingreso habitual del trabajador, su carácter remunerativo no siempre es reconocido. La ley exige determinados requisitos para que pueda otorgarse calidad de tal a estos montos.

III. Caracteres requeridos por la Ley de Contrato de Trabajo. Habitualidad y Licitud.

La Ley 20.744 en su art. 113 establece que *“Cuando el trabajador, con motivo del trabajo que preste, tuviese oportunidad de obtener beneficios o ganancias, los ingresos en concepto de propinas o recompensas serán considerados formando parte de la remuneración, si revistieran el carácter de habituales y no estuviesen prohibidas.”*

Del precepto en análisis surge la definición de las propinas como ‘oportunidad de obtener

beneficios o ganancias'. Es decir, si bien provienen de un tercero ajeno a la relación de trabajo, la misma se otorga en oportunidad del servicio brindado (trabajo efectuado). Por consiguiente, es salario la 'ocasión de ganancia' que provee el empleador a través de la combinación de dos prestaciones: dar trabajo (obligación de hacer) y no impedir que el empleado reciba propina (obligación de no hacer).¹

Por otro lado, según la ley, los caracteres de habitualidad y licitud son los que definirán si las propinas integran la remuneración² del trabajador.

Resulta una derivación lógica de la propia ley que las propinas no integren la base de cálculo de los conceptos indemnizatorios cuando las mismas no sean habituales, en concordancia con lo que establece en su art. 245. Allí dispone que a los efectos del cálculo de la indemnización tarifada se debe tomar como base la mejor remuneración mensual, normal y habitual devengada durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios si éste fuera menor.

Respecto del requisito de legalidad es donde existe mayor debate: deberá examinarse si la percepción de propinas se encuentra expresamente prohibida, y analizar si tal disposición resulta aplicable al supuesto concreto.

Existen numerosas tareas laborales por las cuales es frecuente que los trabajadores reciban propinas y en los convenios colectivos que regulan las actividades no se establecen prohibiciones a su percepción. Por ende, si el ingreso en concepto de propinas es habitual, se podrá reconocer sin discusiones su carácter remunerativo.

En el rubro gastronómico se genera la siguiente contradicción: el ingreso del trabajador depende en gran medida de las propinas, y sin embargo en Argentina, los Convenios Colectivos 389/04 (al igual que su antecedente CCT 125/90), 362/03 y 397/04 que regulan la actividad establecen, con evidente deficiencia dogmática, la prohibición de las mismas. En los dos primeros convenios aludidos, en el mismo artículo que se veda su percepción, se menciona la posibilidad de que el trabajador reciba la propina a través del empleador³.

¹ Justo López y Montoya Melgar.

² **Art. 103 LCT — Concepto.** A los fines de esta ley, se entiende por remuneración la contraprestación que debe percibir el trabajador como consecuencia del contrato de trabajo. Dicha remuneración no podrá ser inferior al salario mínimo vital. El empleador debe al trabajador la remuneración, aunque éste no preste servicios, por la mera circunstancia de haber puesto su fuerza de trabajo a disposición de aquél.

³ **11.11. CCT 389/04 - Prohibición de recibir propinas y comisiones:** Las partes coinciden en ratificar la total prohibición del personal comprendido en el presente convenio colectivo, de recibir sumas dinerarias de los pasajeros/comensales o de clientes que utilicen los servicios de cada establecimiento, o bien de comercios o empresas de servicios que pudieran vender productos y/o servicios a los mismos. En esta prohibición, quedan expresamente incluidas las denominadas propinas en sus distintas modalidades posibles (...) a los fines previstos en el artículo 113 in

Si bien en las convenciones en análisis se crea un “adicional por complemento de servicio”⁴ como sustituto de las propinas, lo cierto es que en nada se asemeja a los montos que por dicho concepto reciben diariamente los trabajadores. El mismo se establece en un 10 o 12 % del salario básico remunerativo.

IV. La prohibición convencional de las propinas y la tolerancia del empleador. Jurisprudencia.

Por consiguiente, en principio, en los casos en los que exista una prohibición a percibir propinas, las mismas no tendrán carácter remunerativo.

Sin embargo, debemos analizar qué sucede en los casos en los que se establece tal prohibición por la Convención Colectiva de Trabajo, pero en la realidad esta práctica es tolerada, a veces incluso alentada o controlada por el empleador.

Parece evidente que deberemos estar a lo que ocurre en los hechos, conforme el principio de primacía de la realidad⁵, por sobre lo que se establezca en los acuerdos o convenios colectivos. En nuestra sociedad, es un uso más que arraigado que los trabajadores gastronómicos reciban propinas por la calidad de sus servicios. Además, no puede ignorarse que este tipo de ingreso es considerado por empleado y empleador al momento de definir los términos de la prestación de servicios, y de esta forma incide de manera sustancial en el contrato individual de trabajo.

Doctrina y jurisprudencia no son unánimes al decidir respecto del carácter remunerativo o

fine de la Ley de contrato de trabajo. A todo evento y en consecuencia, expresamente se establece que no podrá pretenderse, invocarse ni reclamarse la naturaleza salarial a ningún efecto de la eventual recepción de este tipo de recursos que en su caso constituirán exclusivamente una liberalidad del eventual otorgante sin generar derecho o consecuencia alguna a favor del trabajador ni del empleador para aplicar sanciones disciplinarias en el marco de la relación laboral. En el caso en que la liberalidad del otorgante, para su percepción, requiriera de alguna operatoria que susceptible de generar costos administrativos o de otra naturaleza para el empleador, como por ejemplo a través de su inclusión en el talón de la tarjeta de crédito, él mismo deberá ser asumido por el trabajador, pudiendo el empleador retener los costos que dicha liberalidad hubiera demandado, al momento de generar su cobro y entrega al empleado.

⁴ **11.6. Adicional por complemento de servicio CCT 389/04:** Tendrá derecho al mismo todo dependiente cualquiera fuera su función o nivel. Su monto será equivalente al doce por ciento (12%) sobre el importe equivalente al Salario Básico correspondiente a la categoría de revista del trabajador. Se ratifica que los salarios básicos que sirven de base de cálculo del presente Adicional por Complemento de Servicio, estarán constituidos únicamente por el importe equivalente a los salarios básicos que fueran pactados y homologados mediante paritarias de negociación entre las partes signatarias del presente convenio colectivo de trabajo. Si en virtud de disposiciones legales o gubernamentales futuras de alcance general se dispusieran incrementos en los salarios básicos de los trabajadores por adición de sumas fijas o porcentuales; los mismos no integrarán la base de cálculo del presente adicional, el que se determinará exclusivamente sobre la base de los salarios básicos individualizados en el párrafo anterior, en tanto la norma legal que fuera promulgada no impidiera en forma expresa esta posibilidad.

⁵ Plá Rodríguez expresa que el principio de primacía de la realidad exige que, en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, se acuerde preferencia a lo primero, es decir a lo que ocurre en el terreno de los hechos (Manual de Derecho Laboral, ob., p 313.)

no de las propinas en los supuestos en los que existe prohibición convencional.

En algunos pronunciamientos judiciales podemos observar que se otorga plena validez a la prohibición y reemplazo por el adicional por complemento de servicio, sin dar relevancia a la tolerancia del empleador.⁶

En caso contrario, si el adicional de convenio no es debidamente abonado por el empleador, podría considerarse un uso abusivo de la cláusula convencional negarle carácter remuneratorio a las propinas⁷.

Otros fallos hacen hincapié en el hecho de que la entrega de dinero está a cargo de un tercero, ajeno al empleador.

“La percepción de la propina resulta de una mera liberalidad por parte de los clientes, que no puede tener incidencia en la remuneración”.⁸

“El eventual consentimiento del empleador en cuanto a que los clientes dejen propinas a sus dependientes resulta irrelevante para que éstas tengan carácter remuneratorio, pues se trata de un hecho ajeno al empleador y sobre el cual, en principio carece de control, así como que la prohibición nace de una norma de alcance general de contenido imperativo”.⁹

No parecería justo que el hecho de que gran parte del ingreso del trabajador provenga de un tercero, redunde en beneficio del empleador, quien se favorece mes a mes abonando salarios bajos y luego al momento de la disolución del vínculo.

Tampoco es totalmente cierto que estas erogaciones se encuentren fuera del área de control del empleador, ya que las propinas son tenidas en cuenta al momento de ofrecer

⁶ “Surge claramente del texto del CCT 125/90 (conf. art. 44. ratificado por el art. 11 del CCT 389/04) que los representantes de los empleadores y de los trabajadores pactaron un reconocimiento a favor de estos últimos del 12% del sueldo como adicional por complemento de servicio, computable para el pago del SAC así como también en los otros rubros en los que tenga incidencia, lo que se diferencia de la situación que existía con anterioridad a la suscripción del convenio mencionado, en la que las propinas eran desconocidas por el principal por lo cual tampoco proyectaba su incidencia en la base salarial. El hecho de que el empleador no hubiera objetado, durante la vigencia del vínculo, la percepción de propinas por parte del trabajador no permite presuponer que su intención hubiera estado direccionada a dejar sin efecto la mentada norma convencional, pues no se trata de un hecho que permita conocer con certidumbre la existencia de la voluntad (art. 918, nota y art. 1145, 2º parte del CC)”. CNAT Sala IX Expte N° 29.615/05 Sent. Def. N° 15.443 del 14/4/20 09 «Ibalo, Martín c/ Av. Santa Fe 4002 SRL s/ despido» (voto de los Dres. Balestrini y Fera)

⁷ “A mayor abundamiento, en el caso el empleador omitió pagar el complemento del 12% que funciona como contrapartida de la prohibición de la percepción de propinas, tendiente a reparar el hipotético perjuicio que generara” (CNAT Sala VII, 15/06/2007, «Figueredo Alberto Daniel c. Pizzanesa S.A.» (Voto en mayoría del Dr. Ferreirós)

⁸ CNAT Sala IX Expte N° 34.522/2010 Sent. Def. N° 18.608 del 31/05/2013 «Luna, Fabio Damián c/ Unión Transitoria de Agentes SA s/despido». (Voto de los Dres. Pompa y Balestrini)

⁹ CNAT Sala II Expte N° 27.445/2010 Sent. Def. N° 102.117 del 30/08/2013 «M., G. R. y otros c/ Corypell SRL y otro s/despido». (Voto de los Dres Maza y Pirolo)

bajos ingresos al trabajador a cambio de la oportunidad de obtener ese beneficio, y en ese sentido son introducidas voluntariamente por el comerciante como parte esencial del contrato de trabajo.

Lo que sucede en la práctica es que el empleador durante la relación laboral obtiene provecho de la existencia de las propinas y por ello las tolera. Luego ante la ruptura del vínculo laboral, pretende que no se consideren integrantes de la base remuneratoria, en base a una norma convencional, que al momento de contratar y con su propia actitud, las partes dejaron de lado.

La tolerancia del empleador a la percepción de propinas, podría definirse como una mejora contractual, lo que las partes están en condiciones de pactar con absoluta libertad, conforme surge de la Ley de Contrato de Trabajo.

“Nada impide que la empleadora y el trabajador pacten aquellas condiciones que crean más favorables para su trabajo (art. 7 LCT), pero si éste ha sido el acuerdo (ya que a ambas beneficia: el mozo posee un sueldo extra que se incrementa automáticamente según la inflación existente, y que no precisaría de registración impositiva ni atribución de cargas sociales), la empleadora no puede solicitar intempestivamente que no se le aplique dicho acuerdo tácito en el momento de hacerse económicamente responsable de las consecuencias del distracto invocando una norma convencional.”¹⁰

De esta manera, deberá prestarse especial atención a la tolerancia del empleador como hecho manifestante de la voluntad de éste, a fin de determinar si la prohibición convencional cae ante el principio de primacía de la realidad.

V. Cuestiones probatorias. Jurisprudencia.

Zanjadas las cuestiones teóricas, resta analizar de qué modo será viable introducir al proceso judicial los hechos que comprueban el carácter remuneratorio de las propinas y así considerar las mismas como integrantes de la base de cálculo de las indemnizaciones.

Conforme lo establecido en el art. 113 LCT, será relevante probar que el trabajador percibía propinas, que lo hacía habitualmente y que no están prohibidas.

¹⁰ CNAT Sala III Expte. N° 26.720/2011 Sent. Def. N° 93.678 del 30/08/2013 «Correa, Armando c/Larangeira SA s/despido». (Voto de los Dres. Cañal y Rodríguez Brunengo).

En los casos en que no existe prohibición expresa, bastará con solo demostrar su percepción y habitualidad, lo que a veces resulta notorio.

“Que los playeros de una estación de servicio reciben propinas con habitualidad es un hecho conocido por todos y hasta notorio y, en el caso, no se encontraban vedadas. Así, el art. 113 de la LCT considera remuneratoria a la propina habitual y no prohibida. De modo que resulta ajustado a derecho su cómputo a los fines de calcular la indemnización sustitutiva de preaviso, la indemnización por antigüedad, el SAC y la integración del mes de despido. Tiene estirpe salarial y no debe ser omitida en los pertinentes cálculos.”¹¹.

Ahora, si las mismas se encuentran prohibidas por convención colectiva, será apropiado probar que el empleador toleraba ese tipo de ingreso. Más aún, si era parte del control o gestión de aquel. En estos casos podrá entenderse que si autorizó esta práctica, ha decidido derogar la norma convencional.

“El CCT 125/90, regula la actividad gastronómica, y si bien prohíbe la percepción de propinas, aun cuando ello pueda resultar contrario a las costumbres socialmente admitidas (conf. art. 44), lo cierto es que cuando, como en el caso, las propinas eran controladas por la propia demandada quien exigía a sus dependientes, bajo apercibimiento de sanción, que el dinero recibido por tal concepto fuera denunciado en la caja para poder luego ella misma redistribuirlo entre todos los empleados, nos hallamos frente a una ventaja salarial extra como consecuencia de la prestación laborativa (art. 103 LCT) Ello conlleva la aplicabilidad del art. 113 de la LCT.”¹²

“Encontrándose acreditada la existencia y vigencia de la prohibición convencional de recibir propinas, como así también el pago por parte de la empleadora del adicional por complemento de servicio y propina, y toda vez que la demandante no ha logrado acreditar que la patronal participara, e incluso, decidiera la forma de reparto de las propinas -extremos invocados al demandar-, el despido indirecto en que se colocó la actora argumentando la falta de percepción de dicho rubro, no resultó ajustado a derecho.”¹³

¹¹ CNAT Sala VIII Expte N° 4006/07 Sent. Def. N° 35.365 del 29/8/2008 «Han, Carlos c/ Esso Petrolera Argentina SRL s/ despido» (Votos de los Dres. Vázquez y Catardo)

¹² CNAT Sala X Expte N° 23.501/05 Sent. Def. N° 16.106 del 5/6/2008 «Pérez, Vanesa c/ El Chanta Cuatro SA s/ despido» (Votos de los Dres. Stortini, Corach y Balestrini)

¹³ CNAT Sala II Expte N° 7488/06 Sent. Def. N° 95.180 del 23/8/2007 «Hermani, Anahí c/ Casino de Buenos Aires A

La prueba testimonial sería adecuada para acreditar que la percepción de propinas era habitual y que el empleador las toleraba, independientemente de que los testigos hayan presenciado el momento preciso en el cual el trabajador recibe la misma¹⁴.

En relación al monto que en concepto de propinas recibía el trabajador, por tratarse de un ingreso variable, su determinación no resulta tarea fácil. Vale aclarar que la variación en la suma percibida no convierte a esta ganancia en ocasional, ya que la habitualidad hace referencia a la percepción de propinas como rubro, y no a su monto.

Para su determinación podrá ofrecerse prueba pericial contable en relación a los ingresos de la demandada, cupones de venta emitidos por vía electrónica (si era usual percibirlos a través de ese medio)¹⁵, teniendo en cuenta la jornada de trabajo y la cantidad de mesas disponibles.

No obstante la prueba rendida por las partes en relación al monto que representaban las propinas, si ésta fuera insuficiente, se encuentra dentro de las facultades de los jueces fijar el importe de las mismas, en los términos del art 56 de la LCT.¹⁶

“En cuanto al monto mensual de las mismas, corresponde calcularlas en base a las facultades de los arts. 56 de la LCT y 56 de la LO, teniendo en cuenta las características de la actividad de que se trata y la apreciación global de la relación laboral.”¹⁷

“Como dicho rubro no constituye un pago en especie, al que alude el art. 107 LCT y puesto que lo que recibía la actora en tal concepto era dinero de circulación legal será necesario recurrir a lo dispuesto por el art. 56 de la LO y 56 de la LCT a fin de poder fijar el importe de las mismas y adicionarlo a la remuneración mensual de la trabajadora.”¹⁸

y otro s/ despido» (Votos de los Dres. Maza y Pirolo)

¹⁴ CNAT Sala X Sent. Def. 24/09/2007 «Rodríguez, Roberto c/ Freddo S.A.»

¹⁵ “Se halla acreditado con el informe de American Express que la demandada había instalado un servicio de Posnet para ingresar las propinas a través de una transmisión electrónica, quedando registrada así la operación en el cupón del negocio y en los cierres del lote, circunstancia por la cual - frente a la falta de exhibición de los registros que pudo tener la empresa de las operaciones y pagos de ese tenor - resulta de aplicación lo normado en el art. 55 de la LCT” (CNAT Sala VII, 31/03/2008, «Mongelos, Luis v. El Chanta Cuatro S.A. s/ Despido»).

¹⁶ **Art. 56. — Remuneraciones. Facultad de los jueces.** En los casos en que se controvierta el monto de las remuneraciones y la prueba rendida fuera insuficiente para acreditar lo pactado entre las partes el Juez podrá, por decisión fundada, fijar el importe del crédito de acuerdo a las circunstancias de cada caso.

¹⁷ CNAT Sala IX Expte N° 21.713/07 Sent. Def. N° 15.417 del 31/3/20 09 «Monasterio, Marilina c/ Sobreaguas SA y otro s/ despido» (Votos de los Dres. Fera y Balestrini)

¹⁸ CNAT Sala X Expte N° 23.501/05 Sent. Def. N° 16.106 del 5/6/2008 «Pérez, Vanesa c/ El Chanta Cuatro SA s/ despido» (Votos de los Dres. Stortini, Corach y Balestrini)

Incluso sería de aplicación el art 55 de la Ley de Contrato de Trabajo ante la falta de exhibición de los registros de la empleadora¹⁹ y lo dispuesto por el art. 39 de la Ley 11.653.

VI. Conclusión personal.

Analizados los preceptos aplicables a la cuestión, concluyo que la única interpretación de la normativa vigente, consecuente con la realidad y el orden público laboral es la siguiente:

La Ley de contrato de Trabajo define en su artículo 103 la remuneración como aquella contraprestación que debe percibir el trabajador *como consecuencia del contrato de trabajo*.

Luego el art 105 LCT establece que la *oportunidad de obtener beneficios o ganancias será una prestación complementaria* y como tal integra la *remuneración del trabajador*.

El art 113 LCT trata en específico las propinas y contempla que las mismas son remuneratorias siempre que sean habituales y no prohibidas.

En los casos en que no hay prohibición, no existe conflicto respecto del carácter remuneratorio de las propinas, más allá de la actividad probatoria que requiera demostrar la habitualidad y el monto, conforme lo expuesto en el apartado V del presente.

A mi entender, la Ley de Contrato de Trabajo al disponer el requisito de legalidad, refiere a supuestos en los que por las características propias de la actividad, resulta inadecuado o inmoral que el trabajador reciba propinas. Tal podría ser el caso de un funcionario público o cajero de un lugar de apuestas²⁰.

De ningún modo puede deducirse que la ley habilita que, en forma convencional, se modifique el orden público laboral, avasallando la irrenunciabilidad de los derechos laborales contemplado en el art 12 LCT, a través de la supresión o reducción de los aquellos previstos en el contrato individual de trabajo.

Implica un ejercicio abusivo del derecho modificar deliberadamente la base remuneratoria

¹⁹ “Supeditados a decisión judicial el monto y el cobro de las remuneraciones que el trabajador debió percibir, y habiéndose acreditado el hecho generador de la efectiva prestación de servicios bajo dependencia, se opera en favor la inversión de la carga probatoria que impone la norma citada (art 39 dec-ley 7718/1971)” (Suprema Corte Bs. As., Sentencia del 25/4/89, «Ferrer Raul José c. Club Náutico San Isidro s/ Despido»).

²⁰ “La prohibición de percibir propinas que rige respecto de los cajeros del Hipódromo Argentino de Palermo, y que se desprende del CCT aplicable, responde a las directivas del art. 113 LCT, sin que se advierta un agravio constitucional en tal regulación, máxime si se tiene en cuenta la actividad de la que se trata, especialmente por la circunstancia de que en el establecimiento se se efectúan apuestas que justifican la prohibición a fin de evitar eventuales connivencias” (CNAT Sala IX, Sentencia del 14/4/2015, «Gomez, Flavia Yanina c/ Hipódromo Argentino de Palermo SA»).

a través de una prohibición ficta. No hay concepto más regular, normal y habitual que la propina de un trabajador gastronómico.

Incluso en el caso de que se entienda que la ley permite la prohibición por convención, si esta práctica es tolerada por el empleador, en los hechos, la posibilidad de percibir propinas implicaría una mejora en las condiciones del contrato de trabajo, libremente convenida por las partes.

Por otro lado, no puede el empleador invocar una norma convencional derogada por su propia actitud, cuando la percepción de propinas es utilizada en su beneficio al ofrecer la oportunidad de ganancia como condición de contratación.

En concordancia con lo anterior, debemos estar al Principio de Primacía de la Realidad. Para Julián de Diego, se denomina así al principio que afirma que siempre se debe reconocer a través de los hechos concretos y sus características, la verdadera sustancia de una relación, con prescindencia de los mantos, ropajes, designación o apariencia que las partes le hayan conferido a la misma.²¹

En Argentina se encuentra fuertemente arraigada la costumbre de otorgar propinas en los establecimientos gastronómicos. Esta gratificación es un monto más que considerado por los trabajadores al calcular sus ingresos. Además, significa un incentivo para éstos al prestar servicios, brindando una buena atención al cliente, lo que redundaría en un beneficio para el comerciante, que es a quien se asocia con la grata experiencia.

Lo antedicho no pretende pasar por alto la diferencia existente en cuanto al sujeto activo de la dación (cliente). Pero esta contribución no es obviada por el empleador, quien por beneficio propio posibilita al trabajador una ventaja pecuniaria emergente exclusivamente de la relación laboral.

Omitir la inclusión del importe en concepto de propinas en la base remuneratoria, afecta la protección constitucional contra el despido arbitrario (art 14 bis CN), atento a que la indemnización tarifada no será reflejo del ingreso habitual, y por lo tanto no cumple con la función de indemnidad que debería ofrecer.

Desde el punto de vista del sujeto pasivo (trabajador) es irrelevante de donde proviene el ingreso, especialmente si se tiene en cuenta que la base salarial según escalas vigentes es relativamente inferior a otros rubros. Tanto el empleador como el trabajador entienden

²¹ Cf. JULIO DE DIEGO, Manual del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, pc. 88.

que la propina es una parte fundamental del salario.

Lo importante es que representan el ingreso habitual del trabajador. Si no se arriba lógicamente a esta conclusión por considerar que el empleador no tienen efectivo control sobre los actos de terceros, sí podría al menos tenerse en cuenta que es éste quien como prestación no dineraria permite al trabajador la recepción de un ingreso, por el cual debe ser debidamente indemnizado ante la ruptura del vínculo..

El despido genera al trabajador un perjuicio por la rescisión contractual. Para que la indemnización tarifada sea consecuente con el principio consagrado constitucionalmente de retribución justa, debe utilizar como parámetro la efectiva capacidad de ganancia mensual del trabajador.

En este sentido a resuelto la Corte en el fallo “Vizzotti” (2004) al declarar que *“La calificación del concepto trastornó la finalidad reparadora del régimen indemnizatorio reglamentario del art 14 bis, en cuanto ordena que la ley protegerá al empleado contra el ‘despido arbitrario’, por cuanto condujo a que la indemnización termine desconociendo la concreta realidad a la que quiso atender, a causa de limitaciones a uno de los elementos de cálculo de aquella que, precisa e inequívocamente, constituye uno de los dos indicadores de esa realidad: el salario realmente percibido por el trabajador despedido”*²²

Si bien el caso dictaminado en “Pérez c/ Disco” (2009) tiene por objeto una prestación distinta a las propinas, también resulta de aplicación lo expuesto en cuanto a que constituyen una prestación que *“entrañó para el actor, inequívocamente, una ‘ganancia’ y que, con no menor transparencia, sólo encontró motivo o resultó consecuencia del mentado contrato o relación de empleo”* y que la indebida exclusión de conceptos *“afecta el principio constitucional de retribución justa, que se encuentra en correlación con la base remuneratoria que compone el derecho, también constitucional, a la protección contra el despido arbitrario.”*²³

Los derechos de retribución justa y protección contra el despido arbitrario también son receptados por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) y por el Convenio Nro. 158 de la OIT sobre la terminación de la relación de trabajo (1982), respectivamente.

²² CSJN, V.967XXXVIII Vizzoti, Carlos c/ AMSA S.A. s/ Despido. - 14/09/2004

²³ CSJN, P.1911.XLII.RHE “Pérez, Aníbal Raúl c/Disco SA” – 1/9/2009 – T. 332 P. 2043. (Voto de los Dres. Highton de Nolasco, Fay y Argibay)

No debe soslayarse la responsabilidad de los estados en evitar la concurrencia conflictiva de normas nacionales e internacionales, incluyendo aquellas que se dan en el orden convencional como la prohibición a percibir propinas.

El pretender caracterizar a las propinas como no remunerativas y por ende excluirlas del salario a través de una norma convencional, de obvia jerarquía inferior a la Constitución Nacional, resulta insuficiente para derogar los preceptos en ella contenidos, pudiendo plantearse su inconstitucionalidad por directa afectación a los artículos 31, 17 y 14 bis.

En pocas palabras, podremos definir a las propinas como integrantes de la remuneración del trabajador en los siguientes casos:

- a) cuando sean habituales y no estén prohibidas, por estricta aplicación de la Ley de Contrato de Trabajo;
- b) cuando estén prohibidas a cambio de un adicional por complemento de servicio, y el mismo no sea abonado;
- c) cuando una Convención Colectiva de Trabajo disponga su prohibición, pero la misma se considere derogada por la costumbre o conducta del empleador, implicando una mejora del contrato individual.

De todos modos deberá tenerse en cuenta la realidad de los hechos, así como la debida protección a los derechos constitucionales del trabajador, sujeto de preferente tutela legal.