



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO

220

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD
SOCIAL

LA PROPINA COMO PARTE DEL SALARIO

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A:

ELSA GRACIELA GUINEA RIVERA

ASESOR: LIC. DINORAH RAMIREZ DE JESUS

CIUDAD UNIVERSITARIA

2000



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.



FACULTAD DE DERECHO
 SEMINARIO DE DERECHO DEL
 TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

ING. LEOPOLDO SILVA GUTIERREZ FACULTAD DE DERECHO
 DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACION
 ESCOLAR DE LA U.N.A.M.

Muy distinguido señor director:

El alumno **ELSA GRACIELA GUINEA RIVERA**, inscrito en el Seminario de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social a mi cargo, ha elaborado su tesis profesional intitulada **LA PROPINA COMO PARTE DEL SALARIO.**, bajo la dirección del LIC. **DINORAH RAMIREZ DE JESUS**, para obtener el título de Licenciado en Derecho.

La Lic. **JUAN PABLO MORAN MARTINEZ**, en oficio 26 de Mayo de 2000, me manifiesta haber aprobado y revisado la referida tesis; por lo que, con apoyo a los artículos 18, 19, 20 y 28 del vigente Reglamento de Exámenes profesionales suplico a usted ordenar la realización de los trámites tendientes a la celebración del Examen Profesional del alumno de referencia.

A t e n t a m e n t e

"POR MI RAZA Y POR EL ESPIRITU"
 Ciudad Universitaria, C.F. 16 de junio de 2000.

FACULTAD DE DERECHO
 SEMINARIO DE DERECHO
 DEL TRABAJO Y DE LA
 SEGURIDAD SOCIAL
 LIC. GUILERMO ROBAINA
 Director del Seminario

NOTA DE LA SECRETARIA GENERAL: El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someterse nuevamente sino en el caso de que el trabajo recepcional conserva su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la secretaria General de la Facultad.

C.c.p.-Seminario.

C.c.p.-Alumno.

A Dios:

Que me ha concedido la fuerza
necesaria y no permitió que
desistiera en los momentos
más difíciles de mi carrera y en
la realización de este trabajo.

A mis amados padres:

Gracias por haberme dado la
vida, por su cariño, su guía, sus
consejos y su infinito apoyo.
Por ustedes he realizado este
trabajo, que es fruto del
inmenso amor y confianza que
siempre han depositado en mí.
Mi carrera universitaria es el
más grande legado que
pudieron darme. Por su amor,
trabajo, sacrificios y todo lo que
me han dado, gracias.

A mis hermanos:

Elizabeth, Ricardo, Liliana,
Silvia y Catalina, a quienes
agradezco infinitamente el
apoyo incondicional que en
todo momento me han dado.
Gracias por su amor y
confianza. Nunca podré
pagarles todo lo que han hecho
por mí.

A mi Universidad:

Por haberme dado la
oportunidad de ser parte de ella
y así conocer y sentir la vida
universitaria. A mi amada
Facultad de Derecho y a todos y
cada uno de mis maestros.
Mil gracias

LA PROPINA COMO PARTE DEL SALARIO

ÍNDICE

	págs.
Introducción.....	I

CAPÍTULO 1 CONCEPTOS GENERALES

1.1. Derecho del Trabajo.....	1
1.2. Relación de Trabajo.....	5
1.3. Sujetos de la Relación de Trabajo.....	9
1.3.1. Patrón.....	10
1.3.2. Trabajador.....	13
1.3.2.1. Menor Trabajador.....	17
1.4. Elementos de la Relación de Trabajo.....	18
1.4.1. Subordinación.....	19
1.4.2. Salario.....	22
1.5. Trabajos Especiales.....	25
1.6. Propina.....	28
1.7. Cliente.....	30

CAPÍTULO 2

MARCO HISTÓRICO DEL SALARIO MÍNIMO PROFESIONAL Y SU FIJACIÓN PARA LOS TRABAJADORES EN HOTELES, RESTAURANTES, BARES Y OTROS ESTABLECIMIENTOS ANÁLOGOS.

	págs.
2.1. Convenio 172 de la Organización Internacional del Trabajo.....	32
2.2. La Recomendación 179 complementó del Convenio 172.....	42
2.3. Reformas del artículo 123 Constitucional para la implantación de los Salarios Mínimos Profesionales para Trabajos Especiales.....	43
2.4. Reformas de 1962 a la Ley Federal del Trabajo para la fijación de los Salarios Mínimos Profesionales para los trabajadores en hoteles, restaurantes y otros establecimientos análogos.....	48
2.5. La Ley de 1970 donde se establecen capítulo especial para los trabajadores de la propina.....	53

CAPÍTULO 3

MARCO JURÍDICO DEL SALARIO MÍNIMO PROFESIONAL

3.1. La regulación del Salario Mínimo Profesional en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 123 apartado A....	59
3.2. La regulación de los Salarios Mínimos Profesionales en la Ley de 1970.....	64
3.3. Salario Mínimo Profesional.....	72
3.4. Salario Remunerador.....	78

CAPÍTULO 4
LA PROPINA COMO PARTE DEL SALARIO

	págs.
4.1. Sistemas de propinas individual y colectivo.....	85
4.2. Criterios Doctrinales.....	94
4.2.1. Tesis de Santiago Barajas Montes de Oca.....	94
4.2.2. Tesis de Manuel Alonso García.....	100
4.2.3. Tesis de Cavazos Flores.....	105
4.2.4. Tesis de Néstor de Buen.....	107
4.2.5. Nuestra propuesta para la reglamentación de la propina.....	108
Conclusiones.....	112
Bibliografía.....	115

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de tesis tiene como finalidad explicar la situación jurídica de un sector de trabajadores que tienen plenamente reconocidos sus derechos en la Ley Federal del Trabajo, los trabajadores en hoteles, bares, restaurantes y otros establecimientos análogos, y sin embargo, estos derechos no son respetados en la realidad.

Razón por la que consideramos importante estudiar su situación jurídica en los próximos cuatro capítulos que integran esta tesis.

Así en el primer capítulo se establecen los conceptos generales como son: Derecho del Trabajo, Relación de Trabajo, Sujetos de la Relación de Trabajo; trabajador, patrón, elementos de la Relación de Trabajo; subordinación, salario, trabajos especiales, propina y cliente. Las definiciones de cada concepto nos darán un mejor panorama para la comprensión del tema.

Posteriormente en el segundo capítulo se hace una síntesis de los antecedentes del salario mínimo profesional y las bases que impulsaron la integración en la Ley Federal del Trabajo de un capítulo especial para los trabajadores de hoteles, bares, restaurantes y otros establecimientos análogos, que es donde estos trabajadores encuentran una protección jurídica laboral.

El tercer capítulo se integra por las disposiciones legales que reglamentan la situación jurídica de los trabajadores en hoteles, restaurantes, bares y otros establecimientos análogos estudiando la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y la Ley Federal del Trabajo. Continuaremos enunciando los beneficios que deben de gozar este tipo de trabajadores.

Y por último en el cuarto capítulo trataremos algunos criterios y tesis enunciadas por destacados doctrinarios en torno a la propina, con la finalidad de conocer su incorporación al salario y determinar si este principio es justo o no.

En base a los elementos jurídicos antes descritos, podremos coadyuvar en la búsqueda de posibles soluciones al problema aquí planteado.

CAPÍTULO 1

CONCEPTOS GENERALES

El presente capítulo se elaboro con la finalidad de dar a conocer al lector los conceptos más importantes que se van a manejar en esta tesis. Son conceptos que han sido muy debatidos y en los cuales se han encontrado diferentes puntos de vista e interpretaciones que les ha dado la doctrina buscando así, llegar a una definición que sea completa para todos.

Es imposible unificar criterios y dar una sola definición a cada concepto, aquí mencionaremos las que a nuestro parecer pueden ser las mas completas y menos complejas.

1.1 Derecho del Trabajo.

En virtud de la naturaleza de ésta disciplina y su enorme fuerza expansiva, ha surgido el problema de su denominación, por lo que existe el problema de ver cuál es el término más apropiado para designarla, entre ellos figura el de Derecho Laboral, la acepción de este vocablo es la siguiente:

Laboral: "perteneiente o relativo al trabajo, en su aspecto económico, jurídico y social".¹

La mayoría de las posturas afirman la importancia de la correcta denominación de nuestra disciplina, entre las definiciones más importantes se encuentra la de la *legislación industrial*, que fue el primer nombre que se le atribuyó a la materia, se le llamo así porque en la época en que surgió, estaba en su apogeo el poder de las industrias y el consecuente malestar obrero.

Se han llegado ha utilizar como sinónimos Derecho Laboral y Derecho del Trabajo, ya que ambos conllevan el mismo significado más consideramos necesario decidirse por alguno de ellos nosotros optaríamos por el segundo, ya que bajo ese nombre se incorporó a la actual legislación, además de ser la más apropiada, pues su amplitud engloba todo el fenómeno del trabajo, asimismo bajo este nombre pueden configurarse todas las relaciones laborales.

"En rigor no es una denominación ampliamente satisfactoria, al menos en el estado actual de la ley y la doctrina, ya que sus disposiciones no comprenden a todas las actividades en que puede manifestarse el trabajo. A pesar de ello no cabe duda de que el concepto de derecho del trabajo es el que más se aproxima al contenido de la disciplina, y si hoy se

¹ Enciclopedia Jurídica Omeba. TomoVII. Driskill. Argentina. 1986.p.112

produce el fenómeno de que el continente sea mayor que el contenido, no dudamos que en fuerza de la expansión del derecho del trabajo la coincidencia entre ambos llegue a ser plena en poco tiempo".²

La definición sería totalmente completa y eficaz si sus disposiciones y preceptos abarcaran todo tipo de actividades en las que puede manifestarse el trabajo, pero con el paso del tiempo surgen inmensidad de labores que el Derecho del Trabajo debería abarcar, pero esto hasta el momento parecería lejano. No dudamos que el derecho sea expansivo y la definición que hasta ahora se le ha asignado llegue a ser total.

Veamos a nuestro juicio denominaciones de las más importantes:

"El derecho del trabajo es un conjunto de principios, instituciones y normas que pretenden realizar la justicia social dentro del equilibrio de las relaciones laborales de carácter sindical e individual".³

Néstor de Buen lo define "como el conjunto de normas relativas a las relaciones que directa o indirectamente derivan de la prestación libre, subordinada y remunerada de servicios personales y

² DÁVALOS MORALES, José. Derecho del Trabajo. Tomo I. Sexta edición. Porrúa. México. 1996.p.13

³ DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO. Tomo cuatro P-Z. Cuarta edición. Instituto de Investigaciones Jurídicas-Porrúa. México. 1991.p. 982

cuya función es producir el equilibrio de los factores en juego mediante la realización de la justicia social".⁴

Una de las definiciones que nos deja ver el carácter revolucionario del Derecho del Trabajo es la que nos da Alberto Trueba Urbina al afirmar que "el derecho del trabajo es el conjunto de principios, normas e instituciones que protegen, dignifican y tienen a reivindicar a todos los que viven de sus esfuerzos materiales o intelectuales, para la realización de su destino histórico: socializar la vida humana".⁵

El Derecho del Trabajo es pues un estatuto exclusivo del trabajador y de la clase obrera, por tanto pretende la reivindicación de sus derechos socializando los bienes de la producción.

El Derecho del Trabajo en la actualidad ya no puede ser concebido como simples normas que regulan un intercambio de prestaciones patrimoniales entre el trabajador y el patrón, si no es el estatuto que se impuso en la Constitución para la clase trabajadora, en donde se fijan los beneficios mínimos que deben corresponderle a la clase trabajadora por la prestación de sus servicios. La Ley Federal del Trabajo en su artículo 3 consagra este principio al establecer que: "El trabajo es un derecho y un deber social. No es artículo de comercio, exige respeto para las libertades y dignidad de quien lo presta y debe efectuarse en condiciones que

⁴DE BUEN LOZANO, Nestor. Derecho del Trabajo. Tomo I. Quinta edición. Porrúa . Mexico 1991. p. 131.

⁵TRUEBA URBINA, Alberto. Nuevo Derecho Procesal del Trabajo. Quinta edición. Porrúa.Mexico.1980. p.258

aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia.”

Para definir el Derecho del Trabajo es indispensable tomarse en cuenta ante todo la idea de justicia social, que es en sí, el contenido esencial de todas las normas de trabajo, las cuales deben proponerse la realización de la justicia social en las relaciones entre el patrón y el trabajador. No puede darse una plena realización de la justicia si esta protege en los regímenes económicos la explotación del hombre por el hombre.

1.2 Relación de Trabajo.

La Ley Federal del Trabajo en el artículo 20 dispone que “se entiende por relación de trabajo, cualquiera que sea el acto que le dé origen, la prestación de un trabajo personal subordinado a una persona, mediante el pago de un salario”.

“Relación de trabajo es la denominación que se da al tratamiento jurídico de la prestación de servicios por una persona a otra, mediante el pago de un salario, con independencia del acto que haya motivado la vinculación laboral”.⁶

⁶ DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO. Ob .cit Tomo cuatro P-Z. p. 2769.

Dentro de la Relación de Trabajo se encuentra en sí cualquier clase de actividad desempeñada por el ser humano cuando esta actividad se ofrece a cambio de una remuneración en dinero o en especie, por tanto la prestación de un servicio en tales condiciones tiene un carácter propio, también hay que considerar el carácter que guarda la persona que recibe el beneficio del servicio, llámese patrón, empresa o negocio.

“La relación de trabajo es la prestación del servicio en sí misma, independientemente de la existencia de un contrato de trabajo regulado por la ley, ya que si bien es cierto tiene lugar al amparo del acuerdo habido entre trabajador y patrono, en dicho acuerdo no se establecen, por lo general, las condiciones bajo las cuales se realizará la actividad”.⁷

La ley establece que el trabajador queda protegido para que en cualquier momento pueda ejercitar los derechos que le correspondan aún cuando no exista pacto expreso o escrito.

Por tanto, cualquiera que sea el acto que de origen a la relación establecida, la persona que solicite la prestación de un servicio, es patrón para todos los efectos legales y esta sujeto al cumplimiento de las obligaciones fijadas en la ley.

El artículo 20 de la Ley Federal le reconoce los mismos efectos al Contrato que a la Relación de Trabajo con esto pensamos que se trata de

⁷ BARAJAS MONTES DE OCA, Santiago. Derecho del Trabajo. Mc Graw-Hill. Mexico. 1997.p.7

evitar interpretaciones cerradas que vayan en perjuicio de los derechos de los trabajadores.

Ni el Contrato de Trabajo ni la Relación de Trabajo son figuras autónomas, se complementan, en función de lo anterior se utilizan, casi en su totalidad, los mismos preceptos para ambas figuras.

Esto queda reforzado por lo partidarios de la doctrina de la Relación de Trabajo también llamada *de la Incorporación*, que establece:

“En el momento en que el obrero comienza a laborar es cuando surgen los derechos y obligaciones para el patrón y para el mismo trabajador, por lo que resulta intrascendente que hubieran celebrado contrato de trabajo o no”.

El artículo 21 de la Ley Federal del Trabajo ordena “que se presume la existencia del contrato y de la relación de trabajo entre el que presta un trabajo personal y el que lo recibe”.

Esta disposición nos lleva a considerar que se trata de dos elementos iguales, aunque se hayan establecido entre ambas diferencias tajantes .

Las características esenciales de la Relación de Trabajo, según expone Mario de la Cueva, “parten del principio de que el derecho civil tiene un principio patrimonial que atañe a las cosas que están en el

comercio, basándose en el contrato como expresión del acuerdo de voluntades, y en consecuencia se rige por la autonomía de la voluntad de las partes, en tanto que el Derecho del Trabajo concierne a la energía humana del trabajador, que "no es artículo de comercio" (artículo 3 de la Ley Federal del Trabajo), y su finalidad no es el intercambio de prestaciones patrimoniales sino la protección del hombre que entrega su trabajo, "los nuevos derechos humanos".⁸

Sintetizando, "la relación de trabajo es una situación jurídica objetiva que se crea entre un trabajador y un patrono por la prestación de un trabajo subordinado, cualquiera que sea el acto o la causa que le dio origen, en virtud de la cual se aplica al trabajador un estatuto objetivo, integrado por los principios, instituciones y normas de la Declaración de los Derechos Sociales, de la Ley del Trabajo, de los Convenios Internacionales, de los Contratos Colectivos, de los Convenios Internacionales, de los Contratos Colectivos y Contratos-Ley y de sus normas supletorias".⁹

La conclusión que hace Mario de la Cueva abarca todos los elementos de una Relación de Trabajo, elementos subjetivos como elementos objetivos, y por ende la aplicación de un estatuto objetivo como la Ley Federal del Trabajo, la aplicación de normas internacionales, los Contratos Colectivos, los Contratos Ley, señalando que no importa el acto

⁸DE LA CUEVA, Mario. El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo. Tomo I. Decimotercera edición. Porrúa. México. 1993. p.186.

⁹Ibidem. p.187.

que le de origen a dicha relación sino lo que importa simplemente es que se de la figura de la subordinación del trabajador hacia el patrón para que la Relación de Trabajo se perfeccione.

1.3 Sujetos de la Relación de Trabajo.

Determinar subjetivamente el contenido del Derecho del Trabajo es una de las tareas más fundamentales y necesarias para poder aclarar muchos conceptos.

Cualquiera que sea la definición dada de ese derecho objetivamente, es preciso complementarla mediante un deslinde exacto del ámbito personal a que se refiere. Para poder cumplir con esta tarea es indispensable volver al punto de partida, "el derecho laboral se limita al trabajo prestado por trabajadores al servicio del patrón".

Los sujetos del Derecho del Trabajo son, por consiguiente: los trabajadores dependientes, por un lado, y los patrones, por otro, conceptos que es indispensable precisar.

Es necesario tener muy claros estos conceptos, y por lo mismo, nosotros tratamos de explicar tanto la definición legal incluida en la Ley Federal del Trabajo, como algunas definiciones de la doctrina.

1.3.1 Patrón.

(De patrono y éste, a su vez del latín *patronus*). La Real Academia Española define al patrón "como la persona que emplea obreros en trabajos y oficios u obra de mano".¹⁰

La Ley Federal del Trabajo en el artículo 10 da su definición al establecer que el patrón "es la persona física o moral que utiliza los servicios de uno o varios trabajadores". La definición de la ley es clara y precisa, sin embargo, cuestionándola pudiera resultar incompleta ya que omite el concepto de subordinación y no alude al compromiso de retribuir al trabajador.

Con esto se va más allá de la concepción jurídica del patrón al anotar que, independientemente de que alguna ley defina la figura de patrón, ésta se da de manera espontánea, no siendo necesario que el patrón tenga un negocio, sino que simplemente se erige como tal, al contratar los servicios de una o varias personas para desempeñar labores determinadas.

"Si el trabajador, conforme a lo pactado o a la costumbre, utiliza los servicios de otros trabajadores, el patrón de aquél, lo será también de éstos." La expresión "que utilice los servicios" debe entenderse no en un sentido literal, sino en el de que "se beneficie del servicio", por lo que, de

¹⁰REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española. Vigésima primera edición. Espasa Calpe. España. 1992. p. 1099.

acuerdo con esa interpretación, el patrón es el sujeto que se beneficia directamente del servicio prestado.

Con el propósito de obligar directamente al patrón con los trabajadores y evitar la intermediación desvinculante, la ley establece expresamente en el artículo 11 que "los directores, administradores, gerentes y demás personas que ejerzan funciones de dirección o administración en la empresa o establecimiento, serán considerados representantes del patrón y en tal concepto lo obligan a sus relaciones con los trabajadores".

De lo anotado, se concluyen dos notas características de la figura jurídica del patrón como sujeto del Derecho del Trabajo:

La primera es que puede ser una persona física o moral; la segunda es que el patrón puede actuar por cuenta propia o ajena.

La doctrina abunda en consideraciones sobre el concepto de patrón, Krotoschin nos indica que el patrón es "toda persona natural o jurídica que se obliga a remunerar el trabajo por su cuenta haciendo suyos los frutos o productos obtenidos de la mencionada prestación".¹¹

Para Ernesto Krotoschin, la definición del concepto de patrono resulta de la contraposición en que éste lógicamente debe estar con

¹¹ KROTOSCHIN, Ernesto. Derecho del Trabajo. Quinta edición. Porrúa. Mexico. 1984. p. 35

respecto al trabajador. Por consiguiente, patrón, es la persona que ocupa a uno o varios trabajadores. Mientras sólo una persona física, un individuo, puede ser trabajador, para la persona del patrono es indiferente que se trate de una persona física o una persona jurídica, una sociedad, asociación, entre otras.

Tampoco importa la índole de el negocio, en principio. Ni siquiera hace falta que el patrono tenga negocio. Ello sin perjuicio de que alguna ley parta de un punto de vista distinto al vincular expresamente el concepto de patrono a la empresa explotada.

El patrón representa uno de los sujetos primarios de la Relación Jurídica del Trabajo. Su presencia como persona física es frecuente, donde se le puede encontrar supervisando los servicios de los trabajadores o compartiendo con ellos, las actividades laborales. Se le reconoce al patrón un poder de jerarquía dentro de una relación de subordinación, donde los trabajadores forman parte de la misma.

La Ley Federal del trabajo en su definición de patrón no hace alusión a la subordinación ni a la existencia de un Contrato de Trabajo para que se pueda dar la calidad de patrón, por tanto al suprimirse la condicionante de la preexistencia de un Contrato de Trabajo, e ignorándose la limitante de la subordinación, pensamos que lo que se pretendió fue fortalecer el carácter expansivo del Derecho de Trabajo.

1.3.2 Trabajador.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua define al trabajador como aquel "que trabaja, jornalero, obrero".¹²

La Ley Federal del Trabajo precisa en el artículo 8 que el "trabajador es la persona física que presta a otra física o moral, un trabajo personal subordinado".

Para precisar más éste concepto el párrafo segundo de la Ley Federal del Trabajo previene que: "se entiende por trabajo toda actividad humana, intelectual o material independientemente del grado de preparación técnica requerido para cada profesión u oficio".

Terminológicamente se ha utilizado indiscriminadamente las voces obrero, empleado, prestador de servicios o de obras, dependientes. La denominación de trabajador va a responder con precisión a la naturaleza de éste, que es un sujeto primario del Derecho del Trabajo, unificando a todos aquellos que viven de su esfuerzo ya sea preponderantemente material o intelectual.

El artículo 8 de la Ley Federal del Trabajo establece la prestación de "un trabajo personal subordinado" lo cual es suficiente para la calificación de trabajador, de este modo se puede aplicar legítimamente la teoría de la

¹² REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Ob. cit. p. 1420.

Relación de Trabajo que manifiesta "cualquiera que sea el acto que le dé origen" es decir, independientemente de que haya o no un Contrato formal de Trabajo.

Esto no significa excluir el valor jurídico del Contrato Laboral, sino que en los casos en que el Contrato de Trabajo que dio origen a la Relación Laboral esté en contradicción con la realidad de la relación, de la que se deriven condiciones más favorables para el trabajador, entonces debe prevalecer la situación de hecho en contra del contrato, por lo que el contrato sólo mantendría su vigencia cuando se encuentre acorde con la realidad de la Relación Laboral.

Con esto se refleja la aplicación del régimen jurídico de la Ley Laboral a toda prestación de trabajo personal subordinado y retribuido.

"La acepción jurídico-laboral de este vocablo, no hace referencia a toda persona que trabaja; en efecto, su significado es más restringido puesto que, en general, comprende sólo al trabajador dependiente o subordinado, es decir, a las personas que trabajan voluntariamente, pero en condiciones de dependencia, para un empleador que debe pagarles la remuneración correspondiente. En el mismo sentido se ha dicho que trabajador es toda persona que presta contractualmente su actividad personal por su cuenta y dirección de quien lo retribuye en condiciones de dependencia o subordinación".¹³

¹³ Diccionario Jurídico. Tomo IV. Abeledo-Perrot. Argentina. 1986. p. 532

En la noción de trabajador se pueden encontrar 3 elementos que son, la persona física, la subordinación y la prestación personal del servicio.

1. La persona física:

La exigencia de que el trabajador sea necesariamente una persona física, pretende eliminar la confusión provocada con frecuencia de encubrir las relaciones individuales de trabajo a través de la celebración de contratos por equipo, ya que es una figura que entorpece la vinculación directa del patrón con los trabajadores.

2. La subordinación:

El concepto de trabajador implica un vínculo de jerarquía, elemento de la subordinación que supone el poder de mandar con que cuenta el patrón y el deber de obediencia de aquel.

3. La prestación personal del servicio:

Es otro elemento inherente a la figura del trabajador, que es una obligación prototípica de hacer, no se puede sustituir por otra persona diferente, sin consentimiento del patrón.

En torno del concepto de trabajador se desarrolla la fuerza expansiva del Derecho del Trabajo, que inicialmente solo fue orientado hacia la protección del obrero industrial, este se fue ampliando hasta comprender al trabajador intelectual, el profesional, el técnico y el alto empleado, cuyas relaciones antes eran reguladas por el Derecho Mercantil o Civil, siendo absorbidas por el Derecho Laboral.

La distinción entre servicio material e intelectual, carece de importancia jurídica pues ambas actividades se encuentran igualmente reguladas por la legislación laboral. En general debe entenderse por "trabajo *manual*, aquel en que el trabajo puramente muscular (físico, material) predomina, e intelectual aquel en que predomina el gasto de energías espirituales (psíquicas), pero es difícil trazar una delimitación precisa".¹⁴

Asimismo, el artículo 88 de la Ley Federal del Trabajo, fija un plazo más corto para el pago del salario a favor de quienes desempeñan un trabajo material, el cual no podrá exceder de una semana, en tanto que autoriza un término de quince días para los demás trabajadores.

Por lo que ve al sexo de la persona física la Constitución Política, dispone en su artículo 4, que "el varón y la mujer son iguales ante la ley."

¹⁴ LEY FEDERAL DEL TRABAJO. Comentada por Juan B. Climent Beltran. Sexta edición. Esfinge. México. 1992. p. 47

1.3.2.1. Menor trabajador.

El artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece: "queda prohibida la utilización de trabajo de los menores de catorce años. Los mayores de esta edad y menores de dieciséis tendrán como jornada máxima la de seis horas."

El artículo 173 de la Ley Federal del Trabajo dispone que "el trabajo de los mayores de catorce años y menores de dieciséis queda sujeto a vigilancia y protección especiales de la Inspección del Trabajo".

La mayoría de edad en materia laboral es de 18 años pues aun cuando la propia ley permita el trabajo de los niños mayores de 14 años, y menores de 16, establece una serie de limitantes, tanto para la celebración del contrato, como para el cumplimiento del mismo, se requiere ante todo que el menor trabajador haya terminado su educación obligatoria, salvo los casos de excepción que apruebe la autoridad correspondiente en que, a su juicio, haya compatibilidad entre los estudios y el trabajo.

El artículo 988 de la Ley Federal del Trabajo señala que "los trabajadores mayores de catorce años, pero menores de dieciséis que no hayan terminado su educación obligatoria, podrán recurrir ante la Junta de Conciliación y Arbitraje competente, para recabar la autorización para trabajar."

Los menores trabajadores pueden percibir el pago de sus salarios y ejercer las acciones que deriven del contrato, de los servicios prestados y de la ley, así lo dispone el artículo 23 segundo párrafo de la Ley Federal del Trabajo, sin que hay duda de que el menor tiene capacidad para recibir directamente su salario.

Dispone la ley que éstos jóvenes deben obtener un certificado médico que acredite su aptitud para el trabajo y someterse a los exámenes médicos que periódicamente ordene la Inspección del Trabajo.

Nosotros podemos concluir que un menor trabajador es aquella persona que debe cumplir con los requisitos establecidos en la Ley Federal del Trabajo para poder desempeñar una actividad laboral remunerada y ser sujeto de una relación de trabajo, recibiendo, por lo demás, los beneficios mínimos que se establecen en la ley.

1.4 Elementos de la Relación de Trabajo.

Los elementos de una Relación de Trabajo son las partes que la componen, sin las cuales la Relación de Trabajo no podría existir.

Mario de la Cueva analiza el artículo 20 de la Ley Federal del Trabajo y encuentra que en ella se hace referencia a 4 nociones:

1. "Dos personas, una de las cuales tiene el carácter de trabajador y la otra de patrono.

2. Una prestación de trabajo.
3. La característica que acompaña a la prestación de trabajo, a la que la Ley a dado el nombre de subordinación.
4. El salario que según el artículo 82 es la retribución que debe pagar el patrono al trabajador por su trabajo".¹⁵

Por lo que a continuación se procederá a su estudio.

1.4.1 Subordinación.

Del latín *subordinatio-onis*. La Real Academia Española la define como "sujeción a la orden mando o dominio de uno. Subordinado dicese de la persona sujeta a otra o dependiente de ella."¹⁶

"Es la sumisión debida a quien ejerce el mando o autoridad correspondiente, en razón de parentesco natural o por relación social, jurídica, religiosa etc."¹⁷

La Ley Federal del Trabajo considera que cualquier Relación de Trabajo se caracteriza por la existencia de dos elementos: la prestación de un servicio personal subordinado a una persona, y el pago de un salario según lo dispone el artículo 20 de la citada Ley.

¹⁵ DE LA CUEVA, Mario. Ob cit. p. 199

¹⁶ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Ob. cit. p. 1355

¹⁷ DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO. Ob. cit. Tomo IV. p. 3001

Mario De la Cueva opina que "siempre existirá Relación Laboral cuando una persona, mediante el pago de una retribución convenida, subordina su fuerza de trabajo al servicio de los fines de la empresa. Agrega que si tres son los elementos que la constituyen: la prestación de trabajo, el pago de una remuneración y el vínculo de subordinación a éste último, corresponde el carácter personal del contrato por el cual todo trabajador se pone a disposición de un tercero, confiriendo a las obligaciones que se establecen una fisonomía particular, que justifica la intervención del legislador para asegurar el respeto de la seguridad y la dignidad del trabajador".¹⁸

La naturaleza de la subordinación la entiende Jacobi como "el poder de disposición derivado de la naturaleza de la prestación del trabajador y como toda prestación que limitada por el tiempo o por sus resultados, puede ser individualizada".¹⁹

Cuando la prestación del servicio, limitada por el tiempo, puede referirse a prestaciones previamente individualizadas, se estará frente a una simple prestación de servicios, si el servicio se encuentra limitado por un fin determinado, aquel necesariamente se individualiza y entonces constituirá una locación de obra, pero si pretende que exista un contrato de trabajo, la prestación del servicio deberá estar limitada por el tiempo y

¹⁸ DE LA CUEVA, Mario. Ob cit. p. 199 y s.s.

¹⁹ RAMIREZ FONSECA, Francisco. Condiciones de Trabajo. "Comentarios y Jurisprudencia". Segunda edición. Pac. México. 1992

no podrá ser concretada de antemano. Lo correcto de la relación es que se establezca el poder de disposición del patrono, o sea la subordinación.

La dependencia se produce cuando una persona se obliga a prestar trabajo a otra poniendo a disposición de esta última su fuerza laboral, cuando este poder de disposición existe a favor de un tercero, esto es, del empresario, que lo ejerce sobre hombres libres, el trabajo que realice será subordinado.

De lo anterior se deduce que la subordinación se refiere con exclusividad al trabajo siempre que esté fundada en esa relación de poder, si se toma en cuenta que los medios de producción no se encuentran en manos del trabajador, sino del propietario, por ser éste la persona que necesita de ellos para vivir.

La subordinación no puede considerarse como un conjunto de derechos del patrono sobre el trabajador, sino es un presupuesto para la existencia, dentro de la empresa, de una serie de relaciones jurídicas que se pueden resumir en la facultad que tiene el empresario de imponer su propia voluntad, o en otras palabras, un derecho de mando y una obligación correlativa del trabajador, de sujetar a ella su voluntad en un deber de obediencia. El patrón no puede extender la facultad de mando más allá de los límites del campo de trabajo y de lo acordado en el contrato de trabajo y solamente durante la jornada de trabajo.

Las características de la subordinación tomando en cuenta lo anterior son:

1. El poder de carácter jurídico que tiene el patrono sobre el trabajador.
2. Un poder circunscrito a la actividad del trabajador en la prestación laboral a la cual se comprometió.
3. Un poder como facultad jurídica, conforme a la cual el patrono puede dirigir, fiscalizar o suspender al trabajador.

Los tres elementos de la subordinación se pueden resumir en una dependencia y sujeción laboral del trabajador hacia el patrón, el cual cuenta con la facultad jurídica de vigilar, fiscalizar y en todo caso suspender al trabajador en sus actividades.

1.4.2 Salario.

Del latín *salarium*, de *sal*, pago o remuneración. La Real Academia Española la define como “la cantidad de dinero con que se retribuye a los trabajadores manuales.- **MINIMO**-. Retribución mínima generalmente estipulada por la ley que debe pagarse a todo trabajador”.²⁰

La Ley Federal del Trabajo en el artículo 82 establece que el salario “es la retribución que debe pagar el patrón al trabajador por su trabajo”. El salario es una institución fundamental en el Derecho del Trabajo ya que

²⁰ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Ob. cit. p. 1298

representa la base del sustento material de los trabajadores y es una aspiración a su dignificación social, personal y familiar.

La definición actual le da una nueva proyección y alcance al salario, en estos aspectos fundamentales:

"a) No se limita al salario contractual, estático, que puede inmovilizarse dentro de la estipulación formal, sino que atiende al salario real, dinámico, que emerge de la relación de trabajo.

b) El salario se desdobra en dos dimensiones, una es el salario estricto, como contraprestación de los servicios prestados, que se agota en el pago inmediato de la percepción asignada, la otra, entraña un concepto más amplio que comprende, además de esa prestación principal, "todas las ventajas económicas establecidas en el contrato, en favor del trabajador".²¹

El salario se puede considerar como toda retribución al trabajo, cualquiera que sea su forma e independientemente de la fuente de que proceda, ya sea acuerdo del trabajador y del patrón, Contratos Colectivos, Contratos Ley o la Ley misma.

Mario de la Cueva define al salario "como la retribución que debe percibir el trabajador por su trabajo, a fin de que pueda conducir una existencia que corresponda a la dignidad de la persona humana, o bien

²¹LEY FEDERAL DEL TRABAJO. Ob. cit. p. 150

una retribución que asegure al trabajador y a su familia una existencia decorosa".²²

La integración del salario se determina según la Ley Federal del Trabajo mediante un sistema mixto, ya que por una parte enuncia elementos como el pago en efectivo, cotidiano cuota-diaría, las gratificaciones, percepciones, comisiones, y las prestaciones en especie, y por otra parte va a reconocer la fórmula general de que el salario comprende cualquier otra cantidad o prestación que se entregue al trabajador por su trabajo, según lo establece el artículo 84 de la Ley Federal del Trabajo.

Para poder hablar de un *salario justo* hay que analizar si de verdad "satisface las exigencias de la vida auténticamente humana, las del orden material, moral, social e intelectual, que posibilite al hombre vivir intensamente, educar a sus hijos y contribuir a la grandeza espiritual de su pueblo y de la humanidad, y al progreso general de los hombres".²³

Consideramos al salario como la retribución que el trabajador recibe por la prestación de un servicio subordinado a un patrón, dicha retribución debe satisfacer las exigencias mínimas de una familia para que pueda llevar una vida digna y una existencia decorosa en condiciones realmente humanas

²²DE LA CUEVA, Mario. Ob. cit. Tomo I. p. 297

²³Ibidem. p. 301

1.5 Trabajos Especiales.

Los Trabajos Especiales se rigen por las normas del Título Sexto y por los principios generales de la Ley Federal del Trabajo en cuanto no las contraríen.

Las personas dedicadas a los Trabajos Especiales son trabajadores en toda la extensión de la palabra, por consiguiente, les son aplicables todas las disposiciones del artículo 123, asimismo, ninguna de las normas especiales ha de interpretarse en forma alguna que conduzca a una contradicción, pero si se diera, debe preferirse el texto constitucional, por ser la norma de rango superior, por lo tanto la reglamentación de los trabajos especiales son normas de excepción que deben de interpretarse en tal forma, que, hasta donde sea posible, puedan aplicarse las normas generales.

Se da el nombre de Trabajos Especiales al conjunto de reglas aplicables a un grupo de actividades que, sin desprenderse de las normas generales que regulan toda Relación de Trabajo, fijan determinadas condiciones para la prestación de un servicio específico, con la finalidad de adaptarlas a la particular naturaleza de su desempeño.

Para Mario de la Cueva se conocen hoy como Trabajos Especiales "diversas actividades que si bien dan nacimiento a las relaciones que

revisten los caracteres fundamentales de la relación laboral, presentan sin embargo, algunas características particulares que exigen normas adecuadas para su mejor desenvolvimiento".²⁴

Los Trabajos Especiales son un tipo de contratación ajustada a usos establecidos en la Relación de Trabajo de un sector de servicios, cuyas características, requieren de un reglamentación que se ajuste a exigencias específicas. Esto no significa que dichos servicios se queden fuera de las normas establecidas como obligatorias en la legislación vigente, sino que se adaptan a ciertas prácticas que la costumbre o la necesidad han hecho que se impongan.

Partiendo del hecho de que las personas empleadas en Trabajos Especiales son trabajadores en los términos del artículo 123 constitucional y que cualquier contradicción que se encuentre en la ley no puede ir más allá de la propia norma constitucional, como lo dejó asentado el legislador en el artículo 181 de la Ley Federal del Trabajo se atienden 2 propósitos fundamentales, primeramente que existen trabajos de tal manera especiales, que las disposiciones generales de la Ley Federal del Trabajo no son suficientes para su reglamentación, y en segundo lugar tomar en consideración la solicitud de los trabajadores y de las empresas, para que pudieran incluirse en la Ley las normas fundamentales sobre estos Trabajos Especiales.

²⁴Ibidem. p 449

Si bien es cierto que algunas de estas normas podían establecerse en los Contratos Colectivos, la ventaja de incluirlas en la Ley consiste en que las normas reguladoras de los Trabajos Especiales son el mínimo de derechos y beneficios de que deben disfrutar los trabajadores de los respectivos trabajos.

Como consecuencia de estos Trabajos Especiales surgen los Contratos Especiales de Trabajo que es “aquel por el cual se establece una relación de trabajo sujeta a condiciones que modifican las reglas generales impuestas en la ley o los principios protectores de carácter colectivo, en beneficio de ciertos grupos de trabajadores”.²⁵

Es el conjunto de normas que, sin apartarse de las disposiciones comunes, operan con exclusividad en algún ramo de la industria, el comercio o el servicio público. Por tanto, la significación y relevancia de nuevas instituciones laborales, obligan a reconocer una realidad insoslayable, cual es la reglamentación del trabajo de amplios sectores, que durante muchos años han quedado sustraídos a la legislación, sectores que deben quedar amparados y sujetos por ella.

La doctrina ha clasificado en tres categorías los contratos especiales:

²⁵BARAJAS MONTES DE OCA, Santiago. Ob. cit. p. 25

a) Contratos especiales típicos, b) Contratos especiales atípicos y c) Contratos especiales autónomos. En la primera categoría se ha ubicado a los trabajadores del campo, domésticos, deportistas profesionales, artistas, la industria familiar y la pequeña industria, los medios de transporte y comunicación. En la segunda, el trabajo de confianza, de los agentes de comercio, el trabajo bancario, el trabajo a domicilio y el *trabajo remunerado con la propina*. En la tercera se encuentra el trabajo de mujeres y menores, el trabajo al servicio de la administración pública, el de la policía, el relacionado con las fuerzas armadas, cierto tipo de seguridad.

1.6. Propina.

La voz española propina deriva directamente del latín *propinare*, que significa convidar a beber. La Real Academia Española da tres definiciones:

“1. Coalición agasajo que se repartía entre los concurrentes a una junta, y que después se redujo a dinero, (aquí se advierte una vinculación con la idea de bebida).

2. Agasajo que sobre el precio convenido y como muestra de satisfacción se da por algún servicio.

3. Gratificación pequeña con que se recompensa un servicio eventual”.²⁶

²⁶REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Ob. cit. p. 1190

Este concepto interesa primordialmente al Derecho Laboral, ya que no solamente en el ámbito de su vigencia laboral se presenta este antiguo fenómeno social, ya que en las instituciones que este derecho regula es donde mayor importancia tiene la costumbre de las propinas.

Cabanellas la define como "la retribución que el usuario del servicio abona directamente al trabajador con carácter de voluntario (aunque respondiendo a la costumbre y a las exigencias sociales), y por la satisfacción del servicio recibido".²⁷

Esta definición se encuentra directamente vinculada con la segunda definición de las que da el Diccionario de la Real Academia Española.

Esta liberalidad, que los usos sociales han tornado casi obligatoria, es frecuente en muchas actividades, especialmente en las llamadas gastronómicas, también se practica en las casas de espectáculos, casas de juego, coches alquilados, entre otras.

Resulta conveniente hacer una diferencia entre propina y estímulo, la Real Academia Española lo define como "estimular, incitar, excitar, con viveza a la ejecución de una cosa, o avivar una actividad, operación o función. Administrarse una droga para aumentar la propia capacidad de acción. Incitamiento para obrar o funcionar".²⁸

²⁷CABANELLAS, Guillermo. Tratado de Derecho Laboral. "Trabajos Especiales". Tomo II. Volumen 2. Tercera edición. Heliasta. Argentina. 1998. p. 493

²⁸REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Ob. cit. p. 645

Para no confundir términos es conveniente hacer una diferencia entre propina y estímulo, nosotros encontramos la diferencia principal en la cantidad, mientras que la propina es cualquier monto, el estímulo consideramos que es una cuantía mayor para mejorar un servicio. La propina se ha establecido como una costumbre social, sin importar la cantidad, no se considera que por dar esta el servicio mejorará, sino que se ha establecido como un hábito, no ocurre lo mismo con el estímulo, no se recibe de manera habitual sino extraordinariamente.

1.7. Cliente.

Por el tema que vamos a tratar en la presente tesis el cliente es uno de los elementos subjetivos indispensables de definir, ya que es la persona que da la muestra de satisfacción por el servicio recibido en un hotel, un restaurante, una cantina o como establece la ley *cualquier establecimiento análogo*, es quien entrega la ya mencionada propina que es el punto al que más interés le vamos a dedicar.

"Persona que compra habitual o accidentalmente a un mismo comerciante que frecuenta un mismo establecimiento, que recurre al mismo médico, al mismo abogado, etc."²⁹

²⁹Gran Enciclopedia Larousse. Tomo Segundo. Planeta. España. 1980. p. 1023

El cliente para esta tesis, se considera como la persona física que recibe los servicios y atención de un trabajador ya sea en un restaurante, en una fonda, en una gasolinera, en una tienda de autoservicio, dicho trabajador recibirá por parte del cliente una propina, si éste queda satisfecho con el servicio que le ofrecieron, aunque en muchos casos el cliente tiene la obligación de darla.

Como vimos en este capítulo los conceptos que se desarrollaron son un poco complejos y muy discutidos dentro de la doctrina empezando por la denominación que se le a dado al derecho del trabajo la diversidad de opiniones es manifiesta, resulta imposible unificar criterios, nosotros tratamos a nuestro juicio sintetizar y tomar los puntos más importantes.

CAPÍTULO 2

MARCO HISTÓRICO DEL SALARIO MÍNIMO PROFESIONAL Y SU FIJACIÓN PARA LOS TRABAJADORES EN HOTELES, RESTAURANTES, BARES Y OTROS ESTABLECIMIENTOS ANÁLOGOS

2.1. Convenio 172 de la Organización Internacional del Trabajo.

Proyección de los trabajadores. La OIT.

La idea de un Derecho Internacional del Trabajo era un sueño más del proletariado, pero era otro imposible en la sociedad individualista y liberal y en aquel mundo de Estados Imperialistas que postulaban una concepción radical de la Soberanía, según la cual, la voluntad del Estado no podía quedar limitada en ninguna de las cuestiones relacionadas con su vida interna.

Dávalos Morales señala que “la paz universal encuentra uno de sus más recientes pilares en la justicia social. La lucha por la dignidad de los hombres que trabajan rinde excelentes frutos con la suma de esfuerzos de las naciones”.³⁰

³⁰DAVALOS MORALES, José. Tópicos Laborales. Segunda edición actualizada. Porrúa. México. 1992. p. 254

“Fueron los trabajadores de los Estados Unidos de Norteamérica, de Francia y de Inglaterra quienes lucharon por la creación de un órgano internacional que auspiciara la creación de normas internacionales para los trabajadores de todos los pueblos: en la Conferencia de Leeds de 1916 emitieron un voto en el sentido de que el futuro tratado de paz debería poner fuera del alcance de la competencia de todos los países “un mínimo de garantías de orden moral y material en la organización y ejecución del trabajo”.³¹

En febrero de 1917, dos conferencias internacionales de trabajadores concluyeron redactando la Carta de Berna, antecedente inmediato del Tratado de Versalles. Finalmente, la fuerza de las organizaciones obreras logró que en la sesión plenaria del 25 de enero de la Conferencia de Paz, se designara una Comisión de legislación del trabajo, que fue la que preparó la parte XIII del tratado de paz.

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) nació en el año de 1919 como consecuencia del Tratado de Paz de Versalles. La parte XIII de dicho documento, que abarcó los artículos del 387 al 427, se intituló simplemente “Trabajo”, y en ella se establecieron derechos, principios y bases para un trato más humano a los trabajadores.

³¹DE LA CUEVA, Mario. El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo. Tomo I. Decimotercera edición. Porrúa. México. 1993. p. 26

El preámbulo de la parte XIII del Tratado de Versalles presentó las tres razones que fundaron el nacimiento de la O.I.T.: a) La Sociedad de Naciones tiene por objeto la paz universal, pero tal paz puede únicamente basarse en la justicia social; b) Existen en el mundo condiciones de trabajo que implican, para gran número de personas, la injusticia y la miseria, situación que pone en peligro la paz y la armonía universales, por lo que es urgente mejorar las condiciones de trabajo; c) La no adopción por una nación cualquiera de un régimen de trabajo realmente humano, es un obstáculo a los esfuerzos de los pueblos deseosos de mejorar las condiciones de vida de sus trabajadores.

“Los fines iniciales fueron éstos: un medio de lograr la justicia en las relaciones de capital y trabajo; un instrumento base para alcanzar la paz universal. A través de un programa de acción social y colaboración, se pretende alcanzar un mejor nivel de vida entre los hombres y llegar a la paz universal”.³²

Hay quienes afirman que el texto original del artículo 123 de la Constitución Mexicana sirvió de inspiración para redactar el referido apartado. Es fundamental señalar que desde su origen, la OIT funciona con una estructura tripartita; es decir, que en sus órganos y en las reuniones que auspicia están invariablemente representados, los gobiernos, los trabajadores y los patrones, lo que estimula el debate y da firmeza a las propuestas.

³²DAVALOS MORALES, Jose. Derecho del Trabajo. Tomo I. Sexta edición. Porrúa. México. 1996. p. 45

El Derecho Internacional del Trabajo ya no se queda tan sólo en el nivel de una regulación externa entre los Estados; es una disciplina cuyas obligaciones y derechos se dirigen a los trabajadores; este tipo de derecho es nuevo, es un derecho de hombres y por ello debería llamarse Derecho universal del Trabajo.

“Originalmente la OIT se formó con los 29 países que integraron la Sociedad de Naciones (antecedente de la ONU); a partir de entonces ha crecido la lista de países miembros, misma que en la actualidad se aproxima al número de 160. México forma parte de la OIT desde 1931”.³³

La OIT y la ONU suscribieron un convenio, el 30 de mayo de 1931, mediante el cual la OIT se asoció a la ONU como un organismo internacional especializado para conocer de la materia de su competencia, y con libertad para emprender las acciones que considere apropiadas (artículo 1° de la Constitución de la OIT).

La OIT tiene su sede oficial en Ginebra, Suiza, pero puede habilitar otros lugares para sesionar, lo que resulta muy propio en los casos de las conferencias regionales. La OIT funciona con tres órganos fundamentales, que son: la Conferencia Internacional del Trabajo, el Consejo de Administración y la Oficina Internacional del Trabajo.

³³DÁVALOS MORALES, José. Tópicos Laborales. Ob. cit. p. 28

“Una buena parte del intenso quehacer que realiza la OIT se plasma en dos tipos de instrumentos: los convenios, que equivalen a un tratado celebrado entre Estados, y las Recomendaciones, que son sugerencias que se dirigen a los Estados miembros”.³⁴

La importancia de los Convenios de la OIT que han sido ratificados por México, radica en que de acuerdo con el artículo 133 constitucional si no contravienen a lo dispuesto por la Ley Suprema y son ratificados por el Senado de la República, se convierten en Ley Suprema de la Unión, es decir, ordenamientos jurídicos de la más alta jerarquía, exigibles obligatoriamente.

Los Estados miembros deben informar sobre el cumplimiento que dan a los Convenios que ratifican; se cuenta, asimismo, con un mecanismo para el examen de quejas. Los controles para el cumplimiento de convenios no son a la manera de tribunales que imponen castigos, sonó que su objeto es ayudar a los gobiernos a superar las dificultades que enfrentan para su aplicación.

Desde su fundación hasta la fecha, la OIT ha generado alrededor de 170 Convenios, de los cuales México ha ratificado más de 60. Se trata indudablemente de una fecunda e importante fuente de derecho, de donde surgen normas que son esperanza para quienes viven de su trabajo.

³⁴DE LA CUEVA, Mario. Ob. cit. p. 30

“No faltará quién suponga que ante la severa crisis por la que atraviesan algunas instituciones de derecho del trabajo, la OIT no tiene ya razón de ser, Consideramos que es precisamente en el crisol de la adversidad, donde los individuos se forjan y las instituciones se consolidan. Es ahora cuando más necesitan los trabajadores de todas las regiones del mundo –de los países desarrollados, agobiados por el desempleo, y de los países sumidos en la miseria y el desencanto– de las opciones, de la imaginación, del talento y de la experiencia de instituciones de probada bondad como la Organización Internacional del Trabajo. La paz y la justicia social continúan siendo una aspiración, uno de los más hermosos sueños del hombre”.³⁵

Convenio 172 de la Organización Internacional del Trabajo para los trabajadores en hoteles y restaurantes.

“Recordando que los convenios y recomendaciones internacionales del trabajo que establecen normas de aplicación general sobre las condiciones de trabajo son aplicables a los trabajadores de los hoteles, restaurantes y establecimientos similares;

“Tomando nota de que, dadas las condiciones particulares en que se desarrolla el trabajo en los hoteles, restaurantes y establecimientos similares, es conveniente mejorar la aplicación de dichos convenios y

³⁵Ibidem. p. 32

recomendaciones en estas categorías de establecimientos y complementarlos con normas específicas, para que los trabajadores interesados puedan gozar de una situación acorde con el papel que desempeñan en estas categorías de establecimientos en rápida expansión y para atraer a nuevos trabajadores a los mismos, mejorando así las condiciones de trabajo, la formación y las perspectivas de carrera;”

“Tomando nota de que la negociación colectiva constituye un medio eficaz para determinar las condiciones de trabajo en este sector;

“Considerando que la adopción de un Convenio, conjuntamente con la negociación colectiva, mejorará las condiciones de trabajo, las perspectivas de carrera y la seguridad en el empleo, en beneficio de los trabajadores,

“La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo adopta el Convenio 172 sobre las condiciones de trabajo (hoteles y restaurantes)”³⁶.

Durante la 78 Reunión (Ginebra, 1991) de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), fueron adoptados en Convenio 172 sobre las condiciones de trabajo en hoteles, restaurantes y establecimientos similares, y la Recomendación 179, en relación con la misma materia.

³⁶www.oit.com.mx. 29 de julio de 1999

Estos instrumentos pretenden mejorar las condiciones de trabajo, las perspectivas de desarrollo y la seguridad en el empleo de quienes prestan servicios en este tipo de establecimientos, que constituyen un sector en plena expansión.

En seguida se formulan algunos comentarios en torno del Convenio y de la Recomendación citados, tomando en cuenta que la Ley Federal de Trabajo (LFT) contiene, desde el año de 1970, dentro del título correspondiente a los trabajos especiales, un capítulo destinado a regular el trabajo que se presta en hoteles, restaurantes, bares y otros establecimientos análogos.

“En principio, los ámbitos personales de aplicación previstos en el Convenio (artículo 1º) y en la legislación laboral mexicana (artículo 344 de la Ley Federal del Trabajo) son coincidentes, en cuanto a que comprenden a los trabajadores de hoteles y restaurantes, haciendo extensiva la protección a otros establecimientos análogos o similares”.³⁷

Sin embargo, en el propio texto del Convenio se da la pauta para excluir de su aplicación a ciertos tipos de establecimientos y a determinadas categorías de trabajadores, en razón del derecho, la práctica y las condiciones nacionales, previa consulta a las organizaciones sectoriales interesadas. Esto podría parecer indecisión, pero es totalmente

³⁷DAVALOS MORALES, José. Tópicos Laborales. Ob. cit. p. 254

comprensible si consideramos que la normatividad de la OIT tiene por destinatarios a países con las más diversas realidades y regímenes jurídicos.

En cambio, en México las disposiciones legales de este trabajo especial se aplican por analogía, en lo que hace al salario, a cualquier servicio en el que funcione la propina como forma de retribución; tal es el caso del mensajero, del guía de turistas, del despachador de gasolina, y de los empacadores de supermercados.

“Por otra parte el Convenio (artículo 4.1) señala que, salvo disposición o práctica nacional en contrario, la expresión “horas de trabajo”, se refiere al tiempo durante el cual el trabajador está a disposición del patrón, lo que coincide plenamente con la definición de jornada de trabajo contenida en el artículo 58 de la LFT”.³⁸

Los puntos 2 y 3 del propio artículo 4° tiene por finalidad garantizar a este tipo de trabajadores, el goce de una jornada razonable, el pago apropiado de las horas extraordinarias y el disfrute de los descansos diario y semanal.

A este respecto es oportuno recordar que la LFT concede cada una de las prerrogativas enunciadas a todo tipo de trabajadores; límites de la jornada de trabajo, según sea diurna, nocturna o mixta (artículos 60 y 61);

³⁸Ibidem. p. 255

pago doble o triple, según el caso, por laborar en jornada extraordinaria (artículos 66,67 y 68); descanso de media hora, por lo menos durante la jornada continua (artículo 63), y un día de descanso, por lo menos, con goce de salario íntegro, por cada seis de trabajo (artículo 69).

Es común que quienes prestan servicios en las industrias hotelera y gastronómica laboren en días festivos, o bien, en aquellas épocas en que la mayoría de la población disfruta de vacaciones. Ante esta realidad, se dispone en el artículo 5° de Convenio que los trabajadores que laboren el día festivo deberán recibir una compensación adecuada (en tiempo libre o remuneración); también se establece que tienen derecho a vacaciones anuales pagadas, o, de ser el caso, a su pago proporcional o al pago de salarios substitutivos.

En este caso, también la LFT contiene prerrogativas equivalentes: pago especial a quien labore en día de descanso, semanal u obligatorio, consistente en un salario doble por el servicio prestado, independientemente del salario que corresponda por el descanso (artículo 73); pago de una prima adicional de 25%, por lo menos, sobre el salario de los días ordinarios, a quienes presten servicios en día domingo (artículo 71); vacaciones anuales pagadas, calculadas con base en la antigüedad en el servicio (artículo 76); período proporcional de vacaciones en los casos que presten servicios discontinuos (artículo 77); cuando la relación termina antes de que se cumpla un año de servicios, se tiene derecho al pago de la remuneración proporcional por concepto de

vacaciones (artículo 79); prima vacacional, de al menos 25% sobre lo salarios del periodo vacacional (artículo 80).

El artículo 6° del Convenio se ocupa de la propina. La define como “el dinero que el cliente da voluntariamente al trabajador, además del que debe pagar por los servicios recibidos”; asimismo, se establece el principio de que además de las propinas, el trabajador debe percibir una remuneración base, la cual será entregada con toda regularidad.

No hay duda que los Convenios celebrados a nivel internacional buscan la protección de los derechos de los trabajadores para que estos no sufran de la explotación por parte de los patrones, en el parrafo anterior se establece que además de las propinas deberán de recibir una remuneración permanente y base la que será entregada regularmente, pero se olvida un aspecto, que hay trabajadores que no reciben esta paga y mucho menos con regularidad, así la remuneración de su trabajo y la prestación de sus servicios se ven compensados nada más con propinas, tal es el caso de los trabajadores de las tiendas de autoservicios o de otros lugares como son fondas de “baja categoría” por llamarlas de algún modo, o los guías de turistas que solamente reciben lo que dan los clientes que llegan a tener, las propinas se consideran como un salario, siendo que estas solamente deben ser complemento y no un salario en si mismo.

2.2. La Recomendación 179 complementa el contenido del Convenio 172.

En ella se establecen pautas que servirán de orientación a los Estados miembros, cuando decidan legislar sobre el tema. La recomendaciones contienen condiciones de trabajo más generosas, ya que si todas las normas protectoras se incluyeran en el texto de los convenios, muchos países no estarían en la posibilidad de ratificarlos. Debemos tener presente que las recomendaciones son sugerencias que no generan la obligación de adecuar la normatividad nacional a los principios en ellas contenidos.

México ratificó el Convenio 172 de la Organización Internacional del Trabajo, referente al trabajo en los hoteles, restaurantes y establecimientos similares; la legislación mexicana es acorde con el contenido del instrumento internacional; en todo caso es una forma de reiterar el compromiso con este tipo de trabajadores, que aún luchan por llevar la obra del legislador, los preceptos contenidos en una ley (LFT) al mundo de su realidad.

Se parte de los trabajadores de hoteles, bares y establecimientos análogos para tratar el tema de las propinas no porque sean los trabajadores propineros más representativos, sino porque la Ley Federal del Trabajo al hablar de las propinas maneja el tema en el capítulo de estos trabajadores, es donde está enmarcado el tema de la propina, pero es bien

sabido que dejan fuera a muchos trabajadores que solamente se manejan y son remunerados con puras propinas.

2.3. Reformas del artículo 123 constitucional para la implantación de los salarios mínimos profesionales para Trabajos Especiales.

El artículo 123 de la Constitución de 1917 creó derechos sociales del trabajo en favor no sólo de los obreros industriales, en el campo de la producción económica, sino en favor de los trabajadores en general, es decir, de todos los prestadores de servicios en cualquier actividad laboral o profesional, ya que el mencionado precepto fundamental contempla a la sociedad mexicana dividida en dos clases: trabajadores y patrones, estimando que los primeros son aquellos que prestan un servicio personal a otro mediante una remuneración, sin discriminar la naturaleza de la actividad, puesto que todo aquél que se aprovecha de los servicios de otro corresponde a la categoría de los patrones, amén de que en las relaciones laborales quienes participan en ellas son sujetos de las mismas; se les debe considerar en un plano igualitario mediante las normas de compensación de las desigualdades establecidas en favor de los trabajadores, de modo que no es una característica del Contrato o Relación de Trabajo la subordinación del trabajador al patrón, sino tan sólo implica la conservación de un resabio civilista o de una imitación extralógica de considerar que el Derecho del Trabajo como derecho especial de los trabajadores subordinados o dependientes.

El artículo 123 superó estas situaciones e hizo extensivas sus normas a todos los trabajadores, ya sea que se les denomine “subordinados”, “dependientes” o “autónomos”; también son trabajadores los mandatarios y los profesionistas, en el ejercicio de sus respectivas actividades, así como aquellos que realizan una invención frente a los que se aprovechan de ella. En esta virtud la reglamentación de los Trabajos Especiales y por lo tanto la implantación de los salarios mínimos profesionales que se fijan para tales trabajos tendrán que regirse por las normas generales de la Ley Federal del Trabajo.

En el proyecto de ley que reforma las fracciones II,III,VI,IX,XXI,XXII,XXXI, inciso A del artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la fracción VI, tuvo una inminente reforma, la cual incluye la innovación de los salarios mínimos generales y de profesionales.

Los salarios mínimos profesionales se crearon para ser aplicados en ramas determinadas de la industria o del comercio, en profesiones, oficios o trabajos especiales; con todo lo anterior la protección de la ley para los trabajadores sujetos a este tipo de salarios, y que son, los de mayor debilidad económica, será una tangible realidad.

Las importantes reformas que se propusieron son de gran contenido social y se refieren a una mayor protección a los salarios, fijándole más amplios alcances y nuevos sistemas para su eficaz señalamiento. Estas

reformas vienen a resolver problemas fundamentales para los trabajadores, que en muchos casos se han diferido en su solución, por largos años.

Con ello el Ejecutivo Federal fija importantes avances de justicia social, congruentes con los postulados y doctrina revolucionaria, superando niveles de vida para la clase obrera y protegiéndola en aspectos esenciales para su mejoramiento y desarrollo progresivo.

“El artículo 123 constitucional inciso A fracción VI que se discutió y aprobó el 23 de enero de 1917 establecía los siguiente:

VI. El salario mínimo que deberá disfrutar el trabajador será el que se considere suficiente, atendiendo las condiciones de cada región, para satisfacer las necesidades normales de la vida del obrero, su educación y sus placeres honestos, considerándolo como jefe de familia. En toda empresa agrícola comercial, fabril o minera, los trabajadores tendrán derecho a una participación en las utilidades, que será regulada como indica la fracción IX”.³⁹

En estas fechas todavía no se incluían los salarios profesionales para Trabajos Especiales, fue hasta las reformas de 1962 cuando quedaron incluidos en el texto del artículo 123 constitucional.

³⁹DE LA CUEVA, Mario. Ob. cit. p. 310

Las reformas al artículo 123 constitucional inciso A en su fracción VI fueron publicadas en el Diario Oficial de la Federación del día miércoles 21 de Noviembre de 1962 estableciendo el siguiente Decreto:

“El Congreso de los Estados Unidos Mexicanos, en uso de la facultad que le confiere el artículo 135 de la Constitución General de la República y previa la aprobación de la mayoría de las HH. Legislaturas de los Estados, declara reformadas las fracciones II,III,VI,IX,XXI,XXII,y XXXII inciso A del artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para quedar en los siguientes términos:

VI.- Los salarios mínimos que deberán disfrutar los trabajadores serán generales o profesionales. Los primeros regirán en una o varias zonas económicas; los segundos se aplicarán en ramas determinadas de la industria o del comercio o en profesiones, oficios o trabajos especiales.

Los salarios mínimos generales deberán ser suficientes para satisfacer las necesidades normales de un jefe de familia, en el orden material, social y cultural y para proveer a la educación obligatoria de los hijos. Los salarios mínimos profesionales se fijarán considerando, además las condiciones de las actividades industriales y comerciales.

Los trabajadores del campo disfrutarán de un salario mínimo adecuado a sus necesidades.

Los salarios mínimos se fijarán por Comisiones Regionales, integradas con Representantes de los Trabajadores, de los Patronos y del Gobierno y serán sometidos para su aprobación a una Comisión Nacional que se integrará en la misma forma prevista para las Comisiones Regionales".⁴⁰

2.4. Reformas de 1962 a la Ley Federal del trabajo para la fijación de los salarios mínimos profesionales para los trabajadores en hoteles, restaurantes y otros establecimientos análogos.

En el año de 1960, el presidente López Mateos designó a un Comisión para que preparara un anteproyecto de Ley del Trabajo, para que iniciara una investigación y estudiara las reformas que deberían hacerse a la legislación del trabajo. El primer anteproyecto exigía la previa reforma de las fracciones II,III,VI,IX,XXII y XXXI del Apartado "A" del artículo 123 de la Constitución.

En el mes de diciembre de 1961 se envió al Poder revisor de la Constitución la Iniciativa Presidencial, la que quedó aprobada en el mes de noviembre del año siguiente. En el mismo año de 1962, el Presidente de la República ofreció al Poder legislativo la iniciativa para la reforma consecuente de la Ley del Trabajo de 1931.

⁴⁰DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN. México, D.F. Jueves 28 de Diciembre de 1961. p. 2

En las reformas de 1962, se estipuló en el artículo. 100-F de la Ley Federal del Trabajo, que las Comisiones de los Salarios Mínimos harían la fijación de los Salarios Mínimos Profesionales, especialmente en el “trabajo en hoteles, restaurantes, bares y otros establecimientos análogos”. En cumplimiento de esa disposición, al fijar las Comisiones los salarios mínimos profesionales para el bienio 1968/1969, mencionaron expresamente al cantinero preparador de bebidas.⁴¹

En su memorándum inicial, los abogados representantes de los empresarios, formularon sus objeciones:

“La mayoría de estos trabajadores se encuentran afiliados a sindicatos y protegidos por contratos colectivos. Por otra parte, en cada ocasión en que se fijan los salarios mínimos profesionales, se aumenta la lista de oficios a los que se debe aplicar un salario mínimo profesional, llegando en esta forma al momento en que todos los oficios y actividades tendrán un salario mínimo especial; por ello, no podemos estar en favor de lo que establece el artículo 345 del anteproyecto”.

El propósito de la reforma constitucional de 1962 se expresó en los considerandos que precedieron a la Iniciativa del Presidente López Mateos: “El desarrollo industrial ha dado origen a la especialización de la mano de obra, que requiere una consideración adecuada para estimular, mediante la asignación de salarios mínimos profesionales que guarden relación con las capacidades y destreza del trabajador y cuya función primordial consistirá en

⁴¹DE LA CUEVA, Mario. Ob. cit. p. 576

elevarse sobre los salarios mínimos generales, siendo susceptibles de mejorarse por la contratación colectiva".⁴²

Dentro de esa hipótesis están colocados los trabajadores de la industria que consideramos, ciertamente no reciben una preparación científica, más es indudable, sobre todo a medida que se asciende en las categorías de los establecimientos, que el trabajo se especializa y requiere una capacitación profesional que le ponga en posesión de los conocimientos sobre las cuestiones que interesan a los turistas y a los clientes, y destreza y habilidad para prestar los servicios con diligencia.

Por lo tanto, su trabajo no es de los que pueden pagarse con el salario mínimo general, que es el que se dirige a los trabajos más simples, porque dejaría de ser remunerador. Por otra parte, no todos los trabajadores de esta industria están sindicalizados, por lo que son muchos los que viven en condiciones difíciles, y es a ellos, los que no se rigen por Contratos Colectivos a los que se debe principalmente proteger.

De conformidad con el considerando de la Iniciativa de reforma constitucional de 1962, la fijación de los salarios mínimos no solamente no entra en oposición con la celebración de los Contratos Colectivos, sino al contrario, ratifica su misión que es elevarse sobre los mínimos generales para una mejor aproximación a la justicia.

⁴²Idem

Como se indicó anteriormente el 20 de noviembre de 1962 se reformó la Constitución General de la República relativa a los salarios mínimos teniendo como resultando la reforma a la Ley Federal del Trabajo en todo lo relativo a salarios mínimos, introduciendo por primera vez en nuestro Derecho Positivo los Salarios Mínimos Profesionales.

En cumplimiento a la disposición constitucional fue reformada la Ley Federal del Trabajo el 29 de diciembre de 1962, quedando en lo relativo a los salarios mínimos lo siguiente:

“Artículo 99.- Salario Mínimo es la cantidad menor que puede pagarse en efectivo a un por los servicios prestados en una jornada de trabajo.

El salario mínimo deberá ser suficiente para satisfacer las necesidades normales de un jefe de familia en el orden material, social y cultural y para proveer a la educación obligatoria de los hijos.

“ Artículo 100—A.- Los salarios mínimos generales regirán para todos los trabajadores de la zona o zonas consideradas, independientemente de las ramas de la industria, del Comercio, profesiones oficios o trabajos especiales”.

“ Artículo 100 – B.- Los salarios mínimos profesionales regirán para todos los trabajadores de la rama de la industria o del comercio, de la profesión, oficio o trabajo especial considerando, dentro de cada zona económica”.

“Artículo 100–C.- Los trabajadores del campo, dentro de los lineamientos señalados en el artículo 99 disfrutarán de un salario mínimo adecuado a sus necesidades”.

“Artículo 100–D.- Los salarios mínimos no podrán ser objeto de compensación, descuento, reducción o embargo, salvo el caso de pensiones alimenticias decretadas por la Autoridad competente en favor de la esposa, hijos, ascendientes y nietos.”.

“Artículo 100–F.- Las Comisiones Regionales o la Comisión Nacional fijarán los salarios mínimos profesionales cuando no exista algún otro procedimiento legal para su fijación, ni existan Contratos Colectivos dentro de la zona respectiva aplicables a la mayoría de los trabajadores de determinadas profesiones u oficios y la importancia de éstos lo amerite; y especialmente:

1°.- En el aprendizaje

2°.- En el trabajo a domicilio para los diferentes trabajos

3°.- En el trabajo doméstico

4°.- En el trabajo en Hoteles, Restaurantes, Bares y otros establecimientos análogos.

Podemos concluir que la fijación de salarios profesionales para los Trabajos Especiales sobre todo en Hoteles, Restaurantes, Bares y otros establecimientos análogos se debió a la especialidad que imprimió la situación particular de un sector de trabajadores frente a la empresa o patrono individualmente considerado, corresponde por lo mismo al legislador estudiar las peculiaridades del empleo, en nuestros días la especialidad la otorga, por una parte, la evolución técnica y la naturaleza específica del oficio desempeñado; por la otra, la exigencia de una Relación de Trabajo flexible que dé solución a ingentes problemas económicos.

A este quehacer *sui generis* se avoca hoy el legislador y sin abandono de las reglas comunes de la Relación de Trabajo inserta otras de carácter particular en la prestación de servicios.

2.5. La Ley de 1970 donde se establece un capítulo especial para los trabajadores de la propina.

En la elaboración del proyecto original de la Ley de 1970, la Comisión recibió diversos estudios en los que se plantearon las cuestiones principales que preocupaban los trabajadores, así como la conveniencia de que se dictara una reglamentación especial.

Con base en ello, se realizó un análisis cuidadoso de las cuestiones propuestas, así también de los contratos colectivos, las doctrinas

nacionales y extranjeras más recientes y la legislación de otros países; y contempló, además, la explotación despiadada de que eran víctimas *los de abajo* de la clase trabajadora; todo lo cual llevó a la conclusión de que era no sólo conveniente, sino necesario, incluir en la ley futura un capítulo especial que resolviera las controversias doctrinarias y precisara los derechos fundamentales de estos trabajadores.

La Comisión concluyó la redacción del capítulo, y comprendió que iba a encontrar una fuerte oposición, por que los que explotan no ceden voluntariamente sus privilegios o fueros.

Al incluir en la Ley Federal del Trabajo un capítulo especial para los trabajadores de la industria hotelera y conexas se empezó a analizar la configuración de la relación de trabajo, por lo cual la Comisión encargada de la redacción de dicho capítulo presentó su argumentación:

“La industria hotelera, gastronómica y tabernera tiene como destino prestar al público servicios de hospedaje, alimentación y bebida; pero el capital no puede ponerse en movimiento sin el trabajo, ni rendir los servicios que constituyen su finalidad, porque los edificios en que están instalados los hoteles, restaurantes, cafés y cantinas, son cuerpos inertes que necesitan del trabajo de los hombres. Así quedaron configurados los dos elementos constitutivos de la empresa, el trabajo y el capital, concebida como la unidad económica de producción y distribución de servicios.

Por lo tanto, los prestadores materiales de los servicios, sin cuyo trabajo la empresa sería una nada económica, esto es, los camareros, los meseros, los botones, en una palabra, el personal que presta los servicios a la clientela, son uno de los elementos sin los cuales la empresa no existiría, o expresado en otra fórmula: el personal de un hotel, restaurante o cantina se forma con los trabajadores de la empresa, que lo son solamente de ella y no una tercera persona, pues los servicios de aseo de los locales y de atención a la clientela son los servicios esenciales de la empresa, aquellos para los que existe la unidad económica, un trabajo que se presta en cumplimiento de la obligación legal que deriva de la relación de trabajo que necesariamente se da entre el trabajador y el empresario".⁴³

El artículo 344 del proyecto que se sometió a la consideración de los representantes del trabajo y del capital, dice que "las disposiciones de este capítulo se aplican a los trabajadores en hoteles, casas de asistencia, fondas, cafés, bares y otros establecimientos análogos". Las personas que se mencionan en dicho artículo pertenecen en su totalidad a los trabajadores de la industria hotelera, gastronómica y tabernera, ya que fueron ellos los que plantearon los problemas a la Comisión y quienes pidieron la creación de un capítulo especial.

En las reuniones de la Comisión —encargada de la redacción del capítulo especial de los ya mencionados trabajadores— con los

⁴³Ibidem. p. 573

representantes de los empresarios, estos sostenían que “no se justificaba la formación de un capítulo especial para estos trabajadores, porque estaban protegidos por las normas generales de la Ley y los Contratos Colectivos de trabajo existentes, y porque si se aceptara la reglamentación, se llegaría al absurdo de establecer situaciones especiales para otros trabajadores, como mecánicos, fogoneros o trabajadores de imprenta”.

La Comisión debatió dicho argumento con lo siguiente: “todos los trabajadores están protegidos por las normas generales, pero los capítulos especiales tiene por objeto adaptarlas a modalidades determinadas y propias de ciertas actividades; los contratos colectivos celebrados no se extienden a todos los trabajadores y nunca a los de abajo, además de que son sumamente deficientes; por último, la forma de la retribución del personal de los hoteles y restaurantes es un motivo suficiente para una reglamentación especial”.

La exposición de motivos de 1970 en su apartado XXIX explica esta innovación salarial, en los términos siguientes:

Al hablar de los trabajadores domésticos se dijo que las personas que desempeñaban los trabajos de aseo, asistencia, y demás propios e inherentes a los hoteles, restaurantes, bares y establecimientos análogos, no constituyen trabajo doméstico, no obstante lo cual se juzgó

indispensable consignar algunas normas exigidas por los caracteres particulares de sus actividades.

Para dictar la reglamentación se tuvieron a la vista los contratos colectivos celebrados en nuestro país, las resoluciones de los Tripulantes del Trabajo y los datos de la Inspección del Trabajo.

No se considero necesario incluir normas especiales sobre la jornada de trabajo, días de descanso y vacaciones, razón por la cual deberán aplicarse las disposiciones generales de la Ley. En cambio, fue indispensable incluir en la reglamentación algunas normas especiales, sobre el salario.

El artículo 345 impone a las Comisiones Regionales y a la Comisión Nacional el deber de fijar los salarios mínimos que deberán pagarse en efectivo a estos trabajadores.

“Un asunto de particular importancia se refiere a las propinas que constituyen una de las fuentes principales de ingreso: la doctrina ha discutido cuál es su naturaleza, pero la parte más importante ha llegado a la conclusión de que debe considerarse parte del salario, criterio que se adopta en el artículo 346”.⁴⁴

⁴⁴LEY FEDERAL DEL TRABAJO. Ob. cit. p. 247

En el proyecto original del capítulo XIV de la Ley Federal del Trabajo el artículo 346 establecía que las propinas que reciban los trabajadores son parte del salario, no pudiendo reservarse los patronos participación alguna de ellas.

Para los efectos del artículo 347 se dio mayor precisión al artículo 346 a fin de establecer que las propinas son parte del salario de los trabajadores a que se refiere el capítulo XIX quedando de la manera siguiente:

Artículo 346. Las propinas son parte del salario de los trabajadores a que se refiere este Capítulo en los términos del artículo 347. Los patronos no podrán reservarse ni tener participación alguna de ellas.

Las propinas revisten, generalmente, dos formas: en los países europeos ha establecido la ley que debe cargarse un porcentaje fijo sobre las consumiciones, y cuando tal cosa ocurre, es fácil determinar el monto de las propinas y, por lo tanto, el ingreso que efectivamente percibe cada trabajador, pero cuando no se fija ese porcentaje, tal como ocurre entre nosotros, no es fácil precisar el monto del salario; para estos casos, dispone el artículo 347 que las partes fijarán el aumento que debe hacerse al salario de base para el pago de cualquier indemnización o prestación que corresponda a tales trabajadores. Finalmente, el artículo 346 previene que los patronos no pueden reservares ninguna participación en las propinas.

CAPÍTULO 3

MARCO JURÍDICO DEL SALARIO MÍNIMO PROFESIONAL

3.1 La regulación del salario mínimo profesional en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 123 apartado A.

Debido al tema de la presente tesis nos parece indispensable abordar el tema del salario y su regulación en los ordenamientos jurídicos, ya que este en sí mismo al igual que su integración ha dado origen a grandes diferencias y carencias entre la sociedad mexicana, su regulación poco eficiente en la Ley Federal del Trabajo ha sido causante de miseria pobreza y hambre en las familias mexicanas.

La Constitución regula en el artículo 123 Del Trabajo y de la Previsión Social lo relativo al Salario Mínimo Profesional en la fracción VI, cuyas reformas y modificaciones ya fueron abordadas en el capítulo II de esta tesis.

El Salario Mínimo Profesional es el que se aplica a los trabajadores en hoteles, bares restaurantes y otros establecimientos análogos como los denomina la Ley Federal del Trabajo, por ese motivo consideramos que es necesario abordar este tema.

Nosotros entendemos que este capítulo dedicado a los trabajadores

en hoteles, bares, y establecimientos análogos, engloba a todos los trabajadores que reciben propinas, que prestan sus servicios en fondas, restaurantes y otros establecimientos, trabajadores a los que se les aplica la disposición de que las *propinas formen parte de su salario*.

Tomando como base que este tipo de trabajadores reciben un salario mínimo profesional, es para nosotros necesario analizar la regulación de dicho salario

La Constitución mexicana de 1917, fue la primera en el mundo en elevar a nivel constitucional los derechos de los trabajadores, y fue también la primera en introducir al más alto nivel normativo el salario mínimo.

El salario, tal y como lo concibió el constituyente de 1917 es el que "se considera suficiente para que el trabajador pueda satisfacer las necesidades normales de la vida del obrero, su educación y sus placeres honestos, considerándolo como jefe de la familia".

Se establece que el salario debe pagarse *íntegramente* en efectivo, por lo que las prestaciones en especie deberán ser adicionales y no formar parte de dicho salario.

Ahora bien, siempre se ha procurado dentro del orden familiar resolver el grave problema de la satisfacción, y esto solamente podrá ser

resuelto con la fijación de salarios ajustados a una realidad social, como lo señala Mario De la Cueva, quien al definir la esencia de lo que debe entenderse por salario, nos ha dicho, que es la menor protección que la sociedad concede a los millares de hombres que conducen una existencia que en muchos aspectos está más cerca de la animal que de la humana.

Debemos considerar que el salario es el objeto directo por el que trabajan los seres humanos. Con él, el trabajador busca satisfacer sus necesidades fundamentales.

La persona entrega en la ejecución de su trabajo esfuerzo, capacidad, imaginación, pero todo esto necesita ser recompensado con un salario digno, justo y remunerador, para que el trabajador pueda cubrir las necesidades básicas, por lo menos, de él y de su familia.

Por medio del salario se ve la medida de bienestar que viven los pobladores de un país. Mediante el salario, una Nación derrama su riqueza entre quienes han participado en crearla con su trabajo.

Por esto el salario, más que cualquier otra cosa, es un instrumento de justicia social. Cuando un pueblo recibe por su trabajo salarios disminuidos, es que el país sufre empobrecimiento, o que las autoridades encargadas de dicha fijación no están concientes o no quieren aceptar la realidad misma.

Esto también suele suceder cuando se distribuye injustamente la riqueza, cuando unos pocos reciben los mayores caudales del tesoro nacional en detrimento de las mayorías.

El pueblo mexicano, en el esfuerzo de alcanzar la justicia social, impuso en la Constitución y en las leyes la institución de los salarios mínimos, generales y *profesionales*.

Sin embargo, es necesario encauzar el trabajo y los salarios dentro de las normas constitucionales, consideramos que el espíritu y proyección de los ordenamientos jurídicos debe cobrar vigencia y adecuarse a la realidad de los trabajadores.

Hay que reemprender la lucha para que el salario sea suficiente para satisfacer las necesidades normales de un jefe de familia.

Después de analizando la figura del salario nos damos cuenta de que hay principios e instituciones que lo fortalecen:

a) *El salario remunerador* que se fija tomando en consideración la cantidad y la calidad del trabajo;

b) *A trabajo igual*, "desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales deben de corresponder *salario igual*", y

c) Las condiciones de trabajo en ningún caso podrán ser inferiores a las fijadas en la ley y “deberán ser proporcionadas a la importancia de los servicios e iguales para trabajos iguales, sin que puedan establecerse diferencias por motivo de raza, nacionalidad, sexo, edad, credo religioso o doctrina política”.

Al mencionar estos principios que fortalecen y sustentan el salario los cuales estan establecidos en la Ley Federal del Trabajo, nos podemos dar cuenta que muchas veces no se adecuan a la realidad cotidiana.

Aplicándolos a nuestro tema en particular y analizando el problema de los trabajadores que ven remunerado su trabajo con propinas o aquellos a los que se les integra en su salario la propina, nos podemos dar cuenta de que estos principios no se cumplen ya que en la gran mayoría de las veces estos trabajadores no reciben un *salario remunerador* ni mucho menos profesional, sino un salario muy pobre que el patrón injustamente incrementa con propinas que reciben de terceras personas que no tienen ninguna obligación con el trabajador.

Igualmente la Ley Federal del Trabajo señala que a *trabajo igual salario igual*, cosa que no ocurre con estos trabajadores ya que el monto de su salario puede variar de acuerdo a la categoría del establecimiento como lo establece la Ley Federal del Trabajo, y a la solvencia del cliente.

Tomando en cuenta estas dos cuestiones se puede ver que las

propinas aumentan o disminuyen de un lugar a otro, y de esta situación se desprende que trabajadores que prestan los mismos servicios no vean remunerado su trabajo de igual manera, situación que no es adecuada ya que la Ley Federal del Trabajo les otorga de *antemano* un salario especial y *profesional*, a todos estos trabajadores.

Todos los principios antes mencionados tienen una realidad histórica, social de estar en la Ley y por tanto estos deben de ser dichos, en todas las formas, una y muchas veces, hasta que sean realidad.

3.2. La regulación de los salarios mínimos profesionales en la Ley de 1970.

Es necesario analizar la regulación de los salarios mínimos profesionales en la Ley Federal del Trabajo, ya que los trabajadores que prestan sus servicios en hoteles, bares, restaurantes, fondas, etc son objeto de este tipo de salarios debido a la especialización que tienen, y por lo mismo, la Ley los coloca en un capítulo especial.

Sin embargo, en la realidad observamos que los patronos no toman en cuenta las disposiciones de la Ley Federal del Trabajo, ya que aunque la ley por razones históricas y sociales los ha ubicado a todos estos trabajadores en un capítulo especial y ha fijado para todos y cada uno de ellos un salario profesional esto no se respeta en la vida cotidiana, ya que la mayoría de estos trabajadores reciben un salario pobre que solamente se

puede complementar con propinas, las cuales no son obligatorias como lo es la obligación del patrón de pagar un salario mínimo profesional y remunerador a este tipo de trabajadores que prestan un servicio especial.

Mario de la Cueva en su Libro Derecho Mexicano del Trabajo, al explicar la razón de ser de las reglamentaciones especiales para este tipo de trabajadores manifestó "que si bien es cierto que las legislaciones extranjeras partieron del obrero industrial para legislar sobre la aplicación de algunas medidas en beneficio de determinados grupos de trabajadores, al derecho mexicano correspondió el mérito de haber adoptado criterios independientes en el tratamiento de algunos tipos de contratos, debido al hecho de encontrarse obligado el legislador mexicano a hacerlo, como consecuencia de las disposiciones contenidas en el artículo 123 constitucional.

La idea que fundamentó tal distinción fue que al promulgarse las primeras leyes de trabajo de los estados se encontró que no era posible aplicar las mismas normas para situaciones diversas o aplicar normas diversas para juzgar situaciones idénticas".⁴⁵

Resultaba imposible dentro del pensamiento del legislador estatal regular bajo bases iguales el trabajo de los campesinos, o el de los artesanos y domésticos, entre otros, al ser mínima la parte de las normas generales que regían la actividad cotidiana que podían ser aplicadas a

⁴⁵BARAJAS MONTES DE OCA, Santiago. Derecho del Trabajo. Mc GrawHill. México. 1997. p. 20

estos sectores de trabajadores.

De la Cueva ofreció varios ejemplos para justificar su acierto:

"1°. Todo trabajador tiene derecho al salario mínimo, pero no hay impedimento alguno para fijar varios salarios mínimos conforme la naturaleza de las industrias; lo único que *no puede variar en tales casos es la cantidad mínima* que fijen las comisiones respectivas.

2°. No es discutible el tiempo máximo de jornada: ocho horas por día, ni que salvo circunstancias especiales pueda ser aumentada dicha jornada en algunos días de la semana, pero ningún inconveniente hay para reducir dicha jornada en periodos inferiores en beneficio del trabajador; es más, la naturaleza de algunas actividades obliga a ello;

3°. El obrero o el campesino tiene derecho al disfrute de ciertas prestaciones legales pero si le son concedidas otras no incluidas en la ley por razón del servicio desempeñado, el espíritu de la Constitución mejora en aprovechamiento y en aras del mejor nivel de vida del trabajador".⁴⁶

De esta ejemplificación obtuvo el Jurista el siguiente concepto de Trabajo Especial, concepto que se aplica a los trabajadores que reciben propinas y el cual esta regulado en la Ley Federal del Trabajo: "es la adaptación de las reglas generales contenidas en la ley aplicable a

⁴⁶Ibidem, p. 21

situaciones contempladas en actividades particulares, siempre que no contraríen dichas normas generales y que resulte necesario establecerlas por la naturaleza propia del trabajo a realizar".⁴⁷

El trabajo en hoteles, restaurantes, bares y otros establecimientos análogos es uno de los capítulos especiales que están consignados en la Ley Federal del Trabajo al igual que otras instituciones o costumbres.

En la presentación que hizo Gustavo Díaz Ordaz, Presidente de la República, de la iniciativa para una nueva Ley Federal del Trabajo, manifestó respecto de los trabajos especiales, que para tipificarlos, se habían tomado en cuenta dos circunstancias:

1. La existencia de trabajos en los que la aplicación de las disposiciones generales de la ley resultaban *insuficientes* en cuanto a su reglamentación;

2. La solicitud hecha por sectores diversos de trabajadores y empresas, para incluir en capítulos propios el *mínimo de derechos y beneficios* que deberían disfrutar, debido tanto a la naturaleza de los servicios a desempeñar, como al interés de mantener en situación independiente un regular número de condiciones de trabajo que pudieran incluirse, sin oposición, en las convenciones colectivas de cada especialidad.

⁴⁷Idem

La Comisión Legislativa encargada de estudiar la anterior iniciativa, acogió la idea y por esta razón manifestó que:

“La significativa relevancia de nuevas instituciones laborales obliga a reconocer una realidad insoslayable, la necesaria reglamentación del trabajo de amplios sectores que durante muchos años han quedado substraídos a los beneficios de la legislación, los cuales deben quedar amparados y sujetos por ella”.

El anterior razonamiento fue el apoyo para incluir en la ley vigente un título sobre trabajos especiales “el catalogo de dichos trabajos se impuso a los viejos contrincantes de nuestra disciplina jurídica, por pertenecer al futuro, pues aún se encuentran en formación otros capítulos de los trabajos humanos en los que aparezcan modalidades aún no contempladas que habrían de quedar sujetos a este tipo de regulación”.⁴⁸

El tiempo ha confirmado el pensamiento del Jurista, pues si en su origen, en la ordenación del contrato individual del trabajo se incluyeron quince capítulos relacionados con otras tantas actividades especiales, bien pronto hubo necesidad de agregar otros y creemos que la vida moderna obligará a la inclusión de algunos más.

⁴⁸Idem

En nuestra legislación solamente existen algunos contratos que precisamente se destinan a grupos de trabajadores y a los que la Ley Federal del Trabajo llaman "trabajos especiales".

Néstor de Buen "considera que los contratos o trabajos especiales son los destinados a considerar por separado determinadas actividades que por su naturaleza dan origen a un título aparte de la ley.

Por lo tanto, el Derecho Especial va a quedar constituido por las normas reguladoras de aspectos determinados de ramas brotadas del tronco común; se trata de situaciones de frontera que no encuentran ubicación precisa en el Derecho Laboral".⁴⁹

Es ya un lugar común decir que la Ley Federal del Trabajo señala los mínimos de protección que deben gozar los trabajadores al celebrar un contrato de trabajo o bien, al establecer la relación de trabajo, cuyas consecuencias son idénticas.

Pero no todos los trabajos a realizarse requieren de iguales protecciones o condiciones, estas pueden cambiar en razón de la *especialización* o de las características de los mismos, requieren por consiguiente, protecciones también específicas.

⁴⁹Ibidem. p. 21

Los contratos especiales de trabajo contemplan una situación jurídica que emana de la necesidad de reglamentar de distinta manera situaciones jurídicas diversificadas por la actividad de quienes participan en ellas.

La Ley Federal del Trabajo de 1931, que estuvo en vigor hasta el 30 de abril de 1970, ya consideraba algunos trabajos especiales.

El artículo 41 de esta Ley señalaba como excepciones algunos contratos de trabajo que debían sujetarse a normas especiales contenidas en sus respectivos capítulos, siéndoles aplicables las disposiciones generales específicas.

La Ley Federal del Trabajo cita los Trabajos Especiales sin mencionar otra cosa, ya en capítulo especial y sacándolos del relativo al Contrato de Trabajo, pero es indiscutible que lo que reglamenta son las características que deben llenar en esos casos los contratos o cómo debe normarse la Relación de Trabajo.

Alberto Trueba Urbina aclara "que la reglamentación de los trabajos especiales no proviene de la llamada naturaleza expansiva del derecho del trabajo, sino de las diversas disposiciones del artículo 123 constitucional, que deben aplicarse por su naturaleza social a todos los que prestan servicios personales en beneficio de quienes se aprovechan de tales servicios.

El régimen particular de trabajos especiales –explica–por ningún motivo puede interpretarse en el sentido de que implique modificación a los principios sociales del mencionado texto constitucional y de los principios de justicia social que del mismo emanan, en función de proteger, tutelar y reivindicar a todos los trabajadores, por sí y como integrantes de la clase obrera”.⁵⁰

En los Trabajos Especiales se han establecido excepciones en relación con el principio de que a trabajo igual salario igual, tomando en cuenta la categoría; así como causales específicas de despido o rescisión, por la naturaleza especial de dichos trabajos, pero una y otras contrarían el espíritu y texto de la fracción VII del artículo 123 en su función revolucionaria y reivindicatoria.

Por otra parte, ni una ni otras pueden entrañar de ningún modo un derecho *en favor de los patrones* ni pueden constituir mandatos que impliquen violación a los principios sociales del Derecho del Trabajo, ya que por encima de estos principios no pueden alegarse en contrario ninguno que tienda a desvirtuarlos o nulificarlos, en beneficio del patrón, por supuestas diferencias de categoría o de importancia de los servicios para establecer salarios desiguales en trabajos iguales, como sucede con los trabajadores que reciben propinas, donde su salario se ve afectado por la importancia del establecimiento, ya que según la categoría del lugar las

⁵⁰TRUEBA URBINA, Alberto. Nuevo Derecho del Trabajo. “Teoría Integral”. Sexta edición. Porrúa. México. 1981. p. 320

propinas pueden mejorar, y como por disposición de la Ley Federal del Trabajo estas forman parte del salario, el ingreso del trabajador va a estar influenciado, aumentando o disminuyendo de manera injusta por una cuestión ajena a la relación laboral como lo es la voluntad del cliente de dar o no propinas.

Si bien es cierto que faltan de considerarse algunos aspectos de trabajo especial, la inclusión del capítulo relativo a "Trabajos Especiales" fue un acierto de los creadores de la Ley.

Estamos seguros de que el tiempo y las condiciones del país lograrán que se incluyan otros capítulos más sobre este aspecto tan importante de la relación laboral, que no están comprendidos a la fecha.

Es obvio que la prestación de servicios, requiere de personal especializado y de personas que dediquen su actividad personal a esos trabajos.

En conclusión podemos señalar que las Relaciones de Trabajo surgen pues, en forma natural y necesaria, pero son de tal manera especializadas que no es posible que estén regidas únicamente por las disposiciones generales de la Ley, a surgido la necesidad de crear normas laborales especiales que regulen trabajos específicos.

3.3. Salario mínimo profesional.

Ahora es necesario analizar específicamente al Salario Mínimo Profesional.

La figura del salario mínimo data de 1917, año en el que fue incorporada por el Constituyente de Querétaro al texto del artículo 123.

En aquel momento no se hizo referencia al salario mínimo profesional. Fue hasta 1962 cuando, como parte del paquete de reformas constitucionales publicado en el Diario Oficial de la Federación del 21 de noviembre, se crearon los salarios mínimos profesionales.

El salario mínimo profesional es la cantidad menor que puede pagarse en efectivo por un trabajo que requiere capacitación y destreza en una rama determinada de la industria, del campo o del comercio, o en profesiones, oficios o *trabajos especiales*; y cuya misión, es elevarse sobre los salarios mínimos generales para constituir el mínimo remunerador de la profesión.

Y en lo sucesivo, una vez fijados, cumplan con su misión que es el mejoramiento inmediato de los salarios de estos trabajadores; y se aproximen a la idea de un salario justo.

El salario mínimo general rige para todos los trabajadores sin

especialización, de un área geográfica determinada.

Los salarios mínimos profesionales operan para los trabajadores de una cierta profesión, oficio, o trabajo especial, también dentro de una misma área geográfica.

El nivel de especialización del empleado es lo que justifica un ingreso por *encima* del que recibe la mayoría de los trabajadores. En este sentido, constituye un estímulo a la capacitación de los trabajadores.

“Las necesidades de los hombres crecen a medida que se eleva su condición social: los trabajadores del salario mínimo general son, los que desempeñan los trabajadores de menor categoría, de donde se sigue que son los que tienen necesidades menores en algunos renglones, como puede ser el caso del vestido o la asistencia a escuelas de capacitación, situaciones que difieren en los trabajadores del salario mínimo profesional”.⁵¹

Si los salarios mínimos profesionales no existieran, los empresarios, como ocurre ahí donde no se han fijado todavía, les pagarían el salario mínimo general, con lo cual, trabajos de categorías distintas se pagarían con la misma retribución, con daño grave de la justicia. Sin embargo esto es lo que ocurre con los trabajadores que prestan sus servicios en bares, restaurantes, fondas, cantinas, entre otros, en donde el patrón no les paga

⁵¹DE LA CUEVA, Mario. Ob. cit. p. 317

un salario mínimo profesional como lo establece la Ley Federal del Trabajo sino que solamente remunera su trabajo con un salario inferior al profesional el cual incrementa injustamente con propinas que no son obligatorias, ya que nadie le garantiza al trabajador que el cliente *siempre* va a estar en la disposición de darla.

Analizando el calificativo de profesional, aplicado al salario mínimo, nos damos cuenta de que tiene una connotación jurídica ambigua, por que no sólo tiene acceso a este tipo de remuneración quienes poseen un título profesional, sino también personas que carecen de grados académicos.

Sobre el particular consideramos que la denominación correcta sería la de "salario mínimo especial", que contrasta y complementa la de "salario mínimo general".

"El término profesional es equivoco, por lo que consideramos debería sustituirse por el de especiales".⁵²

Además hay que tomar en cuenta que en la lista de actividades que se remuneran con salario mínimo profesional, predominan, con mucho, los oficios; sólo por excepción se encuentran actividades cuyo ejercicio si requiere título profesional, tales como enfermero, maestro de escuela primaria y trabajador social.

⁵²DÁVALOS MORALES, José. Ob. cit. p. 155

Cuando se establece un salario mínimo profesional, las autoridades competentes deben describir con la mayor precisión posible la actividad que corresponde a la categoría.

En ello va que se eviten muchos problemas de interpretación. Y es que ocurre con frecuencia que los patrones modifican la denominación del puesto con la intención de evadir el pago del salario mínimo profesional y entregar únicamente el salario mínimo general.

De esta forma, afirman que el trabajador no cubre cabalmente el perfil del puesto. El porcentaje de aumento a los salarios mínimos generales se hace extensivo a los profesionales. Si no se hiciera de esta forma se aproximarían los montos, dejando de cumplir su finalidad el salario mínimo profesional.

Los artículos 345, 346, 347, y hasta 348 de la Ley Federal del Trabajo, están dirigidos a las percepciones de los trabajadores que están enmarcados dentro de los trabajos especiales.

Se señala que es la obligación de las Comisiones del Salario fijar los mínimos que deberán percibir los trabajadores de este ramo; es decir, se considera que por su especialización, deben percibir los llamados salarios mínimos profesionales cuando menos.

Dentro de las definiciones de trabajadores con derecho a salarios

mínimos profesionales se encuentran ya comprendidos; recepcionistas en general, encargados de bodega o almacén, cajeros de máquina registradora, cantinero preparador de bebidas, recamarera en hoteles de primera y segunda categoría, cocineros o "mayoras", faltan muchos, notablemente los trabajadores de servicio de comedor (meseros o camareros, ayudantes o garroteros) que son abundantes.

Sin embargo, aunque existen organizaciones sindicales que los agrupan, no todos los trabajadores antes mencionados se rigen a través de la contratación colectiva, por lo tanto no se ha logrado obtener salarios compensatorios o remuneradores adecuados.

Para poder tener un estudio completo de los salarios mínimos profesionales, es necesario analizar como está dividida la república mexicana para efectos salariales; se encuentra dividida en tres grandes áreas geográficas, esto como resultado de estudios técnicos que revelan el distinto grado de desarrollo regional que hay en toda la república.

Asimismo, funcionan 86 categorías de salarios mínimos profesionales, en cada una de las cuales se establecen igualmente tres salarios distintos.

José Dávalos Morales al hacer un análisis de los salarios mínimos profesionales sostiene que "estos no deben funcionar por áreas geográficas, sino para toda la República. Sin embargo, esta aspiración sólo

podrá ser posible cuando arribemos a un desarrollo y avance de dimensión nacional".⁵³

Somos de la idea de que deben desaparecer estas áreas salariales, para que opere un solo salario mínimo a nivel nacional. Estamos conscientes de que esto no se puede lograr por decreto; tendrá que ser fruto de un desarrollo integral, que acabe de una vez por todas con los insultantes cuadros de grandes zonas de miseria frente a pequeños núcleos de desarrollo regional.

Ahora bien, los salarios mínimos podrán ser generales para una o varias zonas económicas, que puedan extenderse a una, dos o más Entidades Federativas, o profesionales, para una rama determinada de la industria o del comercio o para profesiones, oficios o *trabajos especiales*.

El hecho de que los salarios mínimos profesionales puedan regir en una o varias zonas económicas demuestra que su fijación no atiende a las *condiciones económicas de la zona, sino a razones de calificación del puesto*, por lo que se puede decir que es distinto el espíritu que alienta la fijación de los salarios mínimos generales y profesionales.

Refuerza lo dicho el contenido del artículo 92 que establece que "los salarios mínimos generales regirán para todos los trabajadores de la zona o zonas consideradas, independientemente de las ramas de la industria,

⁵³DAVALOS MORALES, José. Ob. cit. p. 158

del comercio, profesiones, oficios o trabajos especiales”.

3.4. Salario remunerador

La Ley Federal del Trabajo señala claramente que todo trabajador tendrá derecho a recibir un salario remunerador sin que este sea pueda menor de lo que establece la Ley.

Sin embargo, nos damos cuenta que en la realidad este principio no se cumple, como es el caso de los patrones que tienen bajo su mando a trabajadores que reciben propinas a los cuales no se les entrega un salario remunerador como marca la ley, ni mucho menos se les da un salario mínimo profesional como consecuencia de ser trabajadores que prestan un servicio especial, haciendo el patrón hace caso omiso a la disposición enmarcada en la Ley Federal del Trabajo de dar un salario profesional y por ende remunerador sino que entrega un salario mínimo que aumenta dependiendo de la buena voluntad y disposición de los clientes, que entreguen o no buenas propinas.

Ramírez Fonseca al analizar el principio del salario remunerador señala diferencias entre salarios mínimos generales y profesionales.⁵⁴

Explica que el salario mínimo es un salario vital, pues es el que, como cantidad menor, deben ganar los trabajadores para satisfacer las

⁵⁴RAMÍREZ FONSECA, Francisco. Condiciones de Trabajo. “Comentarios y Jurisprudencia”. Segunda edición. Porrúa, México. 1992. p. 79

ESTA TESIS
SALIR DE LA NO DEBE
BIBLIOTECA

necesidades *normales* de un jefe de familia.

Ahora bien el calificativo "normales" es el que ha hecho pensar que no se trata de un mínimo vital.

Para el autor lo normal es lo mínimo, pues un salario que no baste para satisfacer las necesidades normales no merece el calificativo de vital, sino de precario e inhumano.

Por consiguiente, pues, el salario mínimo es un salario vital. Lo anterior predica para el salario mínimo general, pero jamás, para los salarios mínimos profesionales.

El salario mínimo general es, un salario vital; por ende no es un salario remunerador.

El salario mínimo general debe ser suficiente para satisfacer las necesidades normales de un jefe de familia en el orden material, social y cultural, y para proveer a la educación obligatoria de los hijos, independientemente de la calidad e intensidad del trabajo. Y no puede reducirse, salvo que la reducción obedezca a una jornada con duración menor a la normal ordinaria.

En negocios, restaurantes, fondas u otros establecimientos los patrones piensan que la cuantía del salario se ha de precisar por el libre

consentimiento de las partes, de tal suerte que el patrono, una vez pagado el salario concertado, ya ha cumplido su deber, sin estar obligado a nada más.

Tan sólo cuando el patrono no pague íntegro el salario, o el obrero no rinda todo el trabajo ajustado, tan sólo en estos casos y para tutelar tales derechos, pero no por otras razones, es lícita la intervención del Estado.

Este argumento no puede aceptarse tan fácil e íntegramente si se juzga con equidad, porque no es cabal en todos sus elementos, pues le falta alguna consideración de gran importancia que trataremos de analizar.

El trabajo es la actividad humana ordenada a proveer a las necesidades de la vida y de modo especial a la propia conservación.

Por lo tanto, el trabajo en el hombre tiene impreso por la naturaleza dos caracteres:

1. El de ser *personal*, por que la fuerza con que trabaja es inherente a la persona, y es completamente propia de quien la ejercita y en provecho de quien la ejercita y de quien fue dada.
2. El de ser *necesario*, porque el fruto del trabajo sirve al hombre para

mantener su vida-manutención que es un deber inexcusable- impuesto por la misma naturaleza.

Si solamente se atiende el aspecto de la personalidad, es cierto que puede el obrero pactar un salario que sea inferior al justo, porque, al ofrecer él voluntariamente su trabajo, por su propia voluntad puede también contentarse con un modesto salario, y hasta renunciar plenamente a él.

Pero muy de otro modo se ha de pensar cuando, además de la personalidad se considere la *necesidad*, dos cosas lógicamente distintas, pero inseparables en la realidad.

El conservarse en la vida es un deber que sigue por necesaria consecuencia el derecho a procurarse los medios para sustentarse, que de hecho, en la gente pobre, quedan reducidos al salario del propio trabajo.

Y así, aun admitiendo que el patrono y el obrero formen por mutuo consentimiento un pacto, y señalen concretamente la cuantía del salario, es cierto que siempre entre allí un elemento de justicia natural, anterior y superior a la libre voluntad de los contrayentes, y que exige que la cantidad del salario no ha de ser inferior al mantenimiento del obrero.

Si el trabajador obligado por la necesidad, o por miedo a lo peor, acepta pactos más duros, que hayan de ser aceptados-se quiera o no se

quiera- como impuestos por el propietario o el empresario, esto es tanto como someterse a una violación que va en contra de la justicia social.

Sin embargo, dichos pactos y acuerdos se dan entre los patrones y los trabajadores que reciben propinas, dichos trabajadores se conforman con un salario que es inferior al justo y que por ley no les corresponde, el cual el patrón incrementa y hace más decoroso con las propinas que llegan a recibir los trabajadores por parte del cliente.

En el salario remunerador interviene un principio básico de proporcionalidad.

En su determinación deben estar presentes análisis, descripción y valuación del puesto, prescindiendo totalmente del aspecto subjetivo, esto es, de las cualidades del trabajador que ocupe o vaya a ocupar el puesto.

La Ley Federal del Trabajo en el artículo 85 establece que “el salario debe ser remunerador y *nunca menor al fijado como mínimo de acuerdo con las disposiciones de esta ley.*”

Para fijar el importe del salario se tomarán en consideración la cantidad y la calidad del trabajo”.

El concepto de salario remunerador no se traduce sólo en la percepción necesaria del salario mínimo.

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley Federal del Trabajo, las condiciones de trabajo y el salario que resulta ser una condición primordial- deben ser siempre proporcionadas "*a la importancia de los servicios*".

Ello atribuye al trabajador el derecho de solicitar de las Juntas de Conciliación y Arbitraje la modificación del salario cuando no sea remunerador (artículo 123 -A constitucional inciso XXVII y 57 de la Ley Federal del Trabajo).

Sin embargo, dicha disposición no puede hacerse válida por parte de cada trabajador en lo individual ya que resulta improcedente que un trabajador en lo individual solicite la prestación de un salario remunerador, ya que esta acción solamente procede cuando se ejercita de manera colectiva, esto es por medio de un sindicato.

Pero tomenos en cuenta que en la mayoría de los trabajadores de restaurantes, fondas, bares, entre otros, no pertenecen a ningún sindicato, por lo que resultaría injusto que aunque la ley marca que deben recibir un salario remunerador dichos trabajadores no puedan hacer valer su derecho porque no pertenecen a un sindicato.

Nosotros no consideramos que sea justo que ésta prestación la promueva un sindicato ya esta establecida de antemano por la Ley Federal del Trabajo, y es un derecho consignado para los trabajadores.

CAPÍTULO 4

LA PROPINA COMO PARTE DEL SALARIO

4.1. Sistemas de propinas, individual y colectivo.

Buscando evitar la retención indebida de los ingresos del trabajador, la legislación laboral mexicana contiene dos principios fundamentales respecto a la propina: 1) la determinación de que *forma parte del salario*, y en consecuencia debe considerarse para el pago de indemnizaciones y prestaciones, y 2) la prohibición a los patrones de disponer o tener participación en las propinas (artículo 346 de la Ley Federal del Trabajo).

Las propinas son parte del salario de los trabajadores, así esta contemplado en la Ley Federal del Trabajo. Se considera que quien paga la propina es el cliente del patrón y no del trabajador, esto implica que la propina sea una suma de dinero que paga el cliente de un patrón, por conducto del trabajador, ya sea por la adquisición de mercancías o servicios, pago que cuenta con la aceptación del patrón.

El artículo 84 de la Ley Federal del Trabajo señala que *el salario se integra con gratificaciones y cualquier otra cantidad o prestación que se entregue al trabajador por su trabajo.* Este precepto no dispone que la propina, gratificación o cantidad debe entregarla el patrón al trabajador

directamente, por lo que con razón puede afirmarse que la propina es parte del salario".⁵⁵

En efecto, la Ley Federal del Trabajo no señala que la propina, gratificación o cualquier cantidad que reciba el trabajador deba entregarla directamente el patrón, pero nosotros pensamos que el único obligado a remunerar dignamente al trabajador por sus servicios y trabajo es el patrón, es la persona que esta obligada por ley a cubrir al 100% el salario del trabajador, y este salario solamente debe de consistir en lo que el patrón le de, por eso mismo la Ley Federal del Trabajo establece que el patrón esta obligado a dar un salario remunerador y profesional, en este caso, por el tipo de trabajo que desempeñan y que la Ley enmarca como Trabajos Especiales, por lo tanto, si el salario se encuentra *protegido* por la Ley, no vemos la necesidad de integrar ninguna otra cantidad, ni gratificación, al salario del trabajador.

Si no se considera a la propina como parte del salario, deberá aumentarse éste de tal manera que resulte remunerador, tomando en consideración la importancia del establecimiento. (Artículo 347 de la Ley Federal del Trabajo).

Lo más legal y justo es que el salario de estos trabajadores se incremente para que de verdad sea un salario remunerador y no completarlo con propinas, ni gratificaciones que se den *generosamente* por

⁵⁵DE BUEN LOZANO, Nestor. Derecho del Trabajo. Tomo I. Quinta edición. Porrúa. México. 1991. p. 292

una persona ajena a la relación de trabajo, un tercero que no tiene obligación de cubrir el salario tan deficiente que en la mayoría de los casos da el patrón a este tipo de trabajadores.

El artículo 347 establece dos sistemas para la fijación de la propina: el primero es fijar un porcentaje sobre el consumo total ó por un acuerdo entre las partes donde se establezca un aumento en el salario base para el pago de las indemnizaciones, que es el que a nosotros nos parece más justo, ya que solamente intervienen las partes interesadas que es el patrón y el trabajador, sin involucrar a un tercero que no tiene obligación con el trabajador.

Dávalos Morales señala que “la propina es sonrisa, es gota de miel. Se entiende por propina la cantidad de dinero que, a modo de recompensa entrega el cliente en forma voluntaria al trabajador, y que es independiente del pago que hace por el servicio recibido de la empresa”.⁵⁶

Jurídicamente la propina forma parte del salario del trabajador. Es una gratificación que se entrega *al empleado por su trabajo*, y por tanto se enmarca en el concepto de salario integral del artículo 84 de la Ley Federal del Trabajo.

Desde el punto de vista laboral, carece de importancia cómo se le denomine a la retribución que se otorga al trabajador a cambio de su

⁵⁶DAVALOS MORALES, José. Ob. cit. p. 140

trabajo; por esencia y por definición es salario, y como tal se le aplican las normas protectoras y privilegios que establece la Ley Federal del Trabajo en los artículos 98 al 116.

La propina debe considerarse como un ingreso extra que el trabajador reciba independientemente de un salario base, un ingreso extra que premia la esmerada atención hacia el cliente. No es correcto pactar que el único ingreso que reciba el empleado sean las propinas; por esto resulta ilegal la existencia de "propineros".

No obstante que, es cierta la afirmación anterior, en la práctica es muy frecuente este vicio; ahí está el caso de los "cerillos", y el de los valet parking, cuyo único ingreso son las propinas que reciben de quienes acuden a la tienda de autoservicio o a determinados restaurantes.

Es pertinente aclarar que no sólo quienes se rigen por las reglas del capítulo especial citado reciben propinas; existen otros quehaceres diferentes en los que se acostumbra la propina, tales como el de acomodador en centros de espectáculos, o el repartidor de mercancías a domicilio.

No son propinas, ni la dádiva que recibe quien atiende una taquilla por otorgar una buena localidad, ni la mordida que exige un servidor público por efectuar un trámite que ante él se realiza: en estos casos

estamos frente a causas de despido, por falta de probidad y en el segundo supuesto además se da el delito de cohecho.

Los patrones no deben tener participación en las propinas ni mucho menos reservarlas para sí. Es verdaderamente lastimoso observar como en algunos negocios pequeños (fondas, cafés, loncherías), el patrón recoge de la mesa las propinas ante la ignorancia o la rabia de los meseros. Pero lo mismo ocurre en negociaciones más grandes, solo que de una manera más "elegante", se retienen las propinas o se entregan incompletas, aprovechando que el cliente incluye la propina en el pagaré que firma al liquidar su cuenta mediante tarjeta de crédito.

Cuando el patrón conserva para sí las propinas, incurre en falta de probidad y se ve más *reducido* el salario del trabajador. Para calcular las indemnizaciones o prestaciones que le corresponden a un trabajador que recibe propinas, el salario base debe ser, según nuestro punto de vista, indebidamente incrementado con el monto de las propinas, ya sea que se determinen considerando un porcentaje sobre los consumos, o que las partes fijen de común acuerdo el aumento que deba hacerse al salario base.

Muchos trabajadores que reciben propinas, como los empleados de hoteles, restaurantes y los guías de turistas, laboran en días hábiles en los que descansa la generalidad de la población. Deben respetárseles los derechos de la Ley Federal del Trabajo les otorga, en relación con los

pagos especiales por trabajar en días de descanso semanal y obligatorio, así como la retribución, en su caso, del tiempo extraordinario, que por lo regular prestan en los puentes, y temporadas vacacionales.

Todos hemos dado propina alguna vez, con toda seguridad sin reparar en su naturaleza jurídica ni en la *condición laboral* de quien la recibe. La propina es una gratificación que se otorga a los trabajadores que laboran en hoteles, restaurantes, bares, centros de diversión y, en general, en establecimientos en los que se brinda servicios al público.

La propina constituye un ingreso sumamente importante para este tipo de trabajadores y forma parte del salario conforme a los establecido en los artículos 346 y 347 de la Ley.

Sin embargo, es necesario analizar que porcentaje representan las propinas en la remuneración del trabajador para saber si se convierten en un todo o si solamente completan el salario del trabajador para que este sea remunerador como la Ley Federal del Trabajo lo establece.

Para la Ley Federal del Trabajo no sólo es salario el pago que el patrón hace al trabajador en efectivo por cuota diaria; también es salario la propina para el efecto de calcular el pago de cualquier indemnización y prestación que corresponda a los trabajadores.

Existen muchas negociaciones en las que el patrón ocupa a los trabajadores ofreciéndoles ilegalmente como único ingreso las propinas que los clientes les otorguen. Esta situación es indebida. El trabajador debe recibir por su trabajo un salario base, al cual por disposición de la Ley Federal del Trabajo se suman las propinas que le entregan los clientes, las cuales como ya hemos señalado no tienen carácter obligatorio.

Un mesero no es trabajador de la clientela, sino de la empresa o del dueño del restaurante; el empresario no puede hacer a un lado esta responsabilidad y debe de cubrir el salario en efectivo por cuota diaria.

Este trabajador presta sus servicios a la empresa, sirviendo a la clientela, del mismo modo en que lo hace un empleado de mostrador, encargado de enseñar y vender la mercancía que soliciten los clientes.

El dueño de un restaurante, como cualquier patrón, tiene el deber de pagar los servicios que recibe de sus trabajadores. Además tiene la facultad de cesar a los meseros si da una causa de despido; a la vez el trabajador podrá entablar una demanda por despido injustificado, en contra del empresario, no de la clientela.

Hay dos formas de determinar la propina: el sistema que consiste en que en la nota de consumo se señale un porcentaje (generalmente es de 10 o el 15 % del consumo), y el sistema libre, en el que cada cliente entrega la cantidad que desea.

En los casos de la propina fija no hay problema para determinar el salario diario del trabajador, para el pago de prestaciones (tiempo extraordinario, vacaciones, aguinaldo, etc.) e indemnizaciones, conforme al artículo 347.

Donde sí puede haber dificultad es en sistema libre: para el caso de un juicio, habría que hacer un análisis de tipo pericial para determinar en promedio cuánto recibía el trabajador cada día por concepto de propina.

“También es válido que el monto de las propinas para el cálculo de las prestaciones y de las indemnizaciones, se establezca en los contratos individuales o en los contratos colectivos. Esto sería lo deseable, ya que constituye una garantía para el ingreso de estos trabajadores”.⁵⁷

Dolosamente se dice que no son trabajadores sino propineros, quienes atienden los baños públicos, los encargados de despachar la gasolina, los acomodadores de los estacionamientos. Con esta trampa se trata de decir que no reciben un salario determinado del patrón, sino que solamente obtienen las propinas que les entregan los clientes. Los trabajadores mencionados y otros empleados semejantes, son trabajadores para todos los efectos laborales, y están protegidos por la normatividad que deriva de la existencia de una Relación de Trabajo.

⁵⁷Ibidem. p. 253

En cuantas ocasiones nos ha tocado presenciar como el mesero mira impotente al patrón recoger la propina que el cliente dejó sobre la mesa: cuantas veces hemos escuchado que el mesero le pide al cliente en forma subrepticia, que no incluya la propina en el pagaré que va a firmar, le ruega que le dé en efectivo la gratificación.

El que los trabajadores tengan que regatear una cantidad que es necesaria e indispensable para ellos, ya que forma parte de su salario, es una situación que pone en riesgo la estabilidad del trabajador y de su familia.

La antigua costumbre de los empleados de aceptar en sus negocios o establecimientos a personas que realizan servicios accesorios aunque permanentes, en apariencia sin el carácter de trabajadores y sólo como un acto de generosidad y ayuda para que obtengan alguna cantidad en efectivo que alivie sus necesidades, ha sido tema de legisladores y teóricos del derechos del trabajo que no han encontrado aún métodos de satisfacción legal de este tipo de actividad y menos aún se han aventurado a reglamentarla.

La propina ha sido considerada una forma complementaria del salario, cuando independientemente de la cuota fija que perciben por concepto de salario, reciben de terceras personas una cantidad adicional si la naturaleza del servicio lo permite, personas que de esta manera agradecen el servicio prestado.

Tales cantidades son las encargadas de mejorar el monto de la remuneración ordinaria del trabajador. Se trata por tanto de dos situaciones de mejoría económica, una ya contemplada, la otra motivo del tratamiento que ha sido dado por las leyes de cada país.

4.2. Criterios Doctrinales.

El tema de esta tesis ha dado origen a diversas opiniones por parte de destacados doctrinarios que han analizado de diferente manera el problema de que la propina se integre al salario, algunos consideran justa esta disposición de la Ley Federal del Trabajo y otros no, pero para que nosotros podamos dar nuestra opinión al respecto es necesario que tengamos conocimiento y conozcamos las tesis que se han dado sobre este tema.

4.2.1. Tesis de Santiago Barajas Montes de Oca.

Santiago Barajas Montes de Oca define la propina "como una remuneración no retributiva, abonada por un tercero a la persona que lleve a cabo voluntariamente un servicio, sin la obligación correlativa de quien lo recibe de otorgar esa remuneración".⁵⁸

⁵⁸BARAJAS MONTES DE OCA, Santiago. Contratos Especiales de Trabajo. UNAM. México. 1992. p. 164

Analizando dicha definición encontramos que faltan algunos elementos que hay que precisar; menciona a una persona que lleva a cabo voluntariamente un servicio, nosotros podemos deducir que se trata del trabajador pero este no presta voluntariamente el servicio, sino que tiene una obligación que cumplir que es prestar sus servicios de manera eficiente y con diligencia al patrón que es la persona que remunera sus servicios.

En segundo lugar señala que no existe una obligación correlativa de quien recibe este servicio de otorgar una remuneración; es cierto que el cliente que es la persona que directamente recibe los servicios del trabajador no tiene obligación de remunerarlo con ninguna cantidad adicional a su salario, ya que por eso cumple con pagar los servicios que se le dieron en la cantina, bar, restaurante o fonda, sin embargo, si existe claramente una obligación por parte del patrón de cubrir los servicios que el trabajador presta a su negocio, el patrón es la persona que directamente establece la relación de trabajo y es el único obligado de cubrir de acuerdo con lo que establece la Ley Federal del Trabajo el salario de un trabajador, sin que dicha obligación sea sustituida por el cliente.

Señala que tres elementos constituyen esa figura legal:

1. La prestación de un servicio no necesariamente remunerable; nosotros agregaríamos que por parte del cliente.

2. La libre voluntad de quien lo presta; sin embargo aquí no hay libre voluntad si no hay una obligación por parte del trabajador y;

3. La entrega, voluntaria también, de una cantidad en efectivo por parte de quien recibe el servicio, aquí podemos agregar que si hay una entrega voluntaria por parte del cliente que es la persona que recibe directamente el servicio, pero no se discute la obligación que tiene el patrón de cubrir al 100% el salario del trabajador sin importar si el cliente da o no de manera voluntaria alguna propina.

El problema, se presenta en torno al concepto de salario, por lo que es importante determinar previamente si la propina puede o no formar parte de él.

De acuerdo con la definición analizada la propina es una suma de dinero que paga el cliente de un patrono en ocasión de una operación de adquisición o consumición de mercancías, pago que ante todo cuenta con la total aceptación del patrono, lo cual nos parece a nosotros, es sumamente conveniente para éste pero no para el trabajador.

Por lo tanto nosotros enfatizamos nuestra postura de que la propina no sea parte del salario por que no es el empleador, sino el cliente de un establecimiento, la persona que otorga el beneficio económico; por lo que la libertad, tanto de la persona que presta el servicio como del tercero que lo recibe, es lo que cuenta en el caso.

Tomando en cuenta que el cliente no tiene ninguna obligación de entregar propinas ya que el cumple con pagar el servicio que se le esta dando, por lo que es injusto que la integración de un salario se deje al libre albedrío de una persona y que el ingreso de una familia dependa de la generosidad del cliente.

La propina no es considera como un elemento ajeno a una relación de trabajo porque ésta queda incluida en el contrato que el patrón celebra con el trabajador y cuando esto ocurre, se advierte su existencia dentro de la relación de trabajo.

Analizando los trabajos en los que se dan propinas, podemos decir que en la gran mayoría de estos, los patrones no llevan a cabo la celebración de un contrato de trabajo, sino que solamente se arreglan de palabra con el trabajador, ofreciéndoles un salario realmente insuficiente, queriéndolo hacer más atractivo con el ingreso que puedan tener de propinas, las cuales como hemos dicho no son obligatorias por parte del cliente.

“El hecho de que tenga el carácter de una retribución adicional por un servicio prestado, que inclusive paga el cliente de un establecimiento al trabajador, no le quita ser parte del elemento remunerativo”.⁵⁹

⁵⁹Ibidem. p.p. 165,166

Precisamente es una remuneración solamente adicional, no obligatoria y en ocasiones esporádica, que se toma en muchos casos por el patrón como la sustitución a una obligación impuesta por la ley que es el dar un salario realmente remunerador, sino que considera a la propina como un escape a su responsabilidad, la cual esta plenamente enmarcada en la Ley Federal del Trabajo.

Las convenciones colectivas, por ejemplo, que han aceptado el principio de que la propina forme parte del salario, lo han hecho tomando en cuenta la mejoría del servicio y el beneficio extra recibido por el trabajador, sin pensar tal vez que la solución al problema del ingreso de estos trabajadores es establecer un salario realmente remunerador y no, adicionarle cantidades mínimas, insuficientes, no obligatorias y en ocasiones esporádicas a un elemento tan importante como el ingreso de un trabajador y de una familia.

Son dos clases de propinas las que están establecidas la colectiva y la individual, en ésta el trabajador podrá recibir su monto en efectivo o por otro medio, en casos específicos (nota de consumo o tarjeta de crédito). Lo cierto es que la cantidad corresponde legítimamente al prestador de servicio, porque la persona que desembolsa una suma de dinero entra en contacto sólo con ese trabajador.

Si la propina es colectiva y se reúne el importe de la totalidad de las cantidades desembolsadas por el cliente para distribuir de manera

equitativa, la justicia de este reparto ésta en la común conveniencia, al emparejarse el interés económico y no resultar distinta la percepción de cada trabajador.

Varias legislaciones en particular la europea, manejan el beneficio económico de la propina - incluyéndola en el pago de un porcentaje adicional al importe de los servicios o consumiciones. Este porcentaje varía entre un 10% y un 15% del importe total que se distribuye en igual proporción entre todos los trabajadores encargados del servicio.

Puede el cliente, con *absoluta independencia*, otorgar una cantidad adicional al trabajador, debido a considerarlo merecedor de tal beneficio. Lo aceptado por todos es que el importe de la propina es siempre una ventaja económica para el trabajador en cuya distribución o recibo no debe intervenir el patrón.

El legislador mexicano trató de resolver el conflicto estableciendo como norma general que las propinas son parte del salario de los trabajadores y que lo patrones no podrán reservarse para sí ningún derecho y menos aún participar en ella.

Cuando es de índole colectiva y no se determinan cantidades conforme a un porcentaje de las consumiciones o servicios así remunerados, las partes podrán fijar de común acuerdo el aumento que

corresponda a los trabajadores. (artículos 346 y 347 de la Ley Federal del Trabajo).

Obviamente es impracticable determinar ese aumento del salario, mediante un juicio laboral que tendría que apoyarse en una prueba pericial sobre bases inconcretas, y no es aconsejable para la seguridad jurídica el remitir un concepto tan fundamental como la integración del salario a valoraciones subjetivas, al tener que apreciar las distintas categorías de los establecimientos, e inclusive las épocas de mayor afluencia turística, porque de esos factores deriva la cuantía de la propina.

Por ello, el único aspecto claro del citado precepto reside en que en los contratos individuales o en los colectivos se fije el aumento que debe hacerse al salario por concepto de propina.

4.2.2. Tesis de Manuel Alonso García.

Sobre el difícil problema de la inserción de la propina en el salario, Manuel Alonso García hace un interesante análisis distinguiendo entre la propina y el recargo en el servicio. Estima que la propina es simplemente una donación liberal del cliente por un servicio que el trabajador no le presta a éste sino que lo realiza por cuenta del patrón y está remunerado por el mismo; por lo que considera que no cabe hablar del salario, e incluso formalmente se requeriría un consentimiento expreso o tácito del patrón para recibirla.

Señala que el recargo en el servicio tiene distinto carácter, porque no lo paga el cliente directamente, sino que el patrón aumenta su precio y destina el excedente al trabajador, como remuneración a la que tiene derecho por estar pactada en el contrato.

Esos razonamientos ponen de manifiesto que la fundamentación jurídica de la propina como parte integrante del salario, no puede sustentarse en el concepto tradicional europeo, porque en ese plano no hubiera sido posible incorporarla al salario en el derecho mexicano.

Tiene que apoyarse en un principio distinto, el cual consiste en que, si bien opera como una donación liberal del cliente, y por tanto no es una remuneración que entregue el patrón, sin embargo significa un ingreso no esporádico sino habitual originado por el servicio prestado, de tal manera que forma parte inseparable del ingreso del trabajador; y de allí se deriva la consecuencia de que sea parte integrante del salario mismo, de suerte que en caso de despido injustificado el patrón debe asumir la responsabilidad de reparar el perjuicio causado al trabajador con la indemnización adecuada a la privación de las percepciones que obtenía con su trabajo.

Este principio responde a una realidad laboral objetiva, pero debe indicarse en el contrato.

La integración de la propina para el pago de aguinaldo y las vacaciones, tiene que fundamentarse en el monto fijado en el contrato individual y colectivo, ya que de otro modo esas prestaciones resultarían inapropiadas para la finalidad de las mismas.

Por ello, cabe concluir que para darle efectividad y seguridad jurídica a la integración de la propina en el salario, esa noble aportación al derecho laboral debe plasmarse en bases objetivas mediante su fijación en los Contratos Individuales o Colectivos, en caso de que el trabajador los haya celebrado, con un porcentaje mínimo que se establezca mediante la reforma legal correspondiente.

El considerar la propina como parte del salario del trabajador es lo usual, se acepta su existencia y se le fomenta como garantía de permanencia del trabajador en su puesto.

El rechazo está en los alcances de la propina nosotros manifestamos nuestra idea de que no forme parte en el importe de cuotas de seguridad social ni en las indemnizaciones que procedan legalmente, que no constituya una prestación accesoria sino voluntaria. Se admite, pero sólo como beneficio individual del trabajador y sin obligación alguna del cliente. Aún dentro de su carácter colectivo no se le incluya en los contratos entre ninguna de las prestaciones.

Lo más que ha llegado a aceptarse en las convenciones es la administración del importe total de las propinas obtenidas en un día, una semana o un mes y proceder al reparto consiguiente ante la presencia de un delegado del personal que certifique ese importe total y el pago de la cuota proporcional a cada trabajador.

Las opiniones se dividen cuando no se reconoce al prestador de un servicio remunerado con propina la calidad de trabajador, al no firmarse con él ningún contrato y al no permitirle ninguna otra intromisión en el negocio o establecimiento que el estrictamente aleatorio, en cuyo desempeño solo se le dan facilidades para obtener alguna compensación por sus servicios.

Las propinas siempre se encontraran relacionadas con las condiciones personales de el trabajador. Son las cualidades de éste y el trato con los clientes lo que determina su situación especial, que no le quita por este concepto su calidad de *profesional*.

Interesa en la relación que se presenta la naturaleza objetiva de los servicios prestados y la índole del establecimiento donde se trabaja. La ventaja material del empleador es que el beneficio económico percibido por el trabajador *no sea a su cargo* y ni siquiera a cargo del cliente; el trabajador admite la no posibilidad de recibir la propina y cumplir, sin embargo, con las condiciones impuestas en la prestación del servicio.

La ley prohíbe a los patrones reservarse o tener participación en las propinas. En segundo lugar que las partes podrán fijar *convencionalmente*, el valor de las propinas, a efecto de integrar el salario, a condición de que sea remunerador, debiendo tener en cuenta la importancia del establecimiento donde se prestan los servicios.

La primera disposición tiene un interés muy especial ya que la proliferación de las tarjetas de crédito y la consecuente inclusión de la propina en los pagarés que suscriben los usuarios, pone irremediabilmente en manos del patrón el valor de las propinas.

Respecto del convenio sobre las propinas, la ley no marca formalidades especiales, por lo que debe entenderse aplicable el segundo párrafo del artículo 33 que exige que se otorgue por escrito y se ratifique ante la Junta de Conciliación y Arbitraje.

La determinación de que la propina forma parte del salario de los trabajadores en hoteles, restaurantes, bares y otros establecimientos análogos, incluida en el artículo 346, constituye una cuestión debatida. Sin duda el legislador merece elogios por la intención de que mediante la propina el salario sea verdaderamente remunerador.

Realmente en nuestro país los salarios contractuales de los trabajadores de la propina, como acertadamente los denomina De la Cueva, son verdaderamente salarios de hambre y es precisamente la

propina el medio que determina que estos trabajadores puedan alcanzar niveles de ingreso no solo razonables sino, en muchas ocasiones, muy superiores a los de los demás trabajadores.

No discutimos, entonces, la medida de política social que encierra la disposición del artículo 346; la aplaudimos. Sin embargo, no parece que la fórmula jurídica empleada resulte insuficiente. Por ello queremos analizar los puntos de vista en uno y otro sentido para, después, proponer una solución.

4.2.3. Tesis de Cavazos Flores.

Esta tesis interpreta el artículo 84, y expone lo siguiente:

De conformidad con el artículo 82 de la Ley Federal del Trabajo, salario es la retribución que debe pagar el patrón al trabajador por su trabajo. Como la propina no la paga el patrón sino una tercera persona, no puede considerarse como salario, en términos de dicho artículo.

“Sin embargo, el artículo 84, que se refiere a la integración del salario, previene que este se integra con los pagos hechos en efectivo por cuota diaria, gratificaciones, percepciones, habitación, primas, comisiones en especie y “cualquiera otra cantidad o prestación que entregue al trabajador por su trabajo”, como dicho precepto no habla de que dicha

cantidad la entregue el patrón, con base en dicha disposición, se estima que la propina es parte del salario".⁶⁰

Néstor de Buen al analizar esta tesis, aclara que "se apoya, en una interpretación extensiva del artículo 84 que no le parece fundada ya que el artículo 84 no es más que una aclaración del artículo 82, que debe encerrarse por lo tanto en lo límites de éste".⁶¹

Nosotros pensamos que el problema precisamente está ahí, en que las cantidades que recibe el trabajador no son provenientes del patrón que como ya señalamos, es el único obligado de remunerar dignamente al trabajador por sus servicios prestados, es el responsable de dar un salario digno al trabajador sin atenerse a lo que puedan dar los clientes.

La tesis de Alonso García distingue, claro está que respecto de la ley española, dos situaciones diferentes. "Cuando la propina es, simplemente la donación liberal del cliente que utiliza un servicio del trabajador que lo presta por cuenta de la empresa titular- no del cliente mismo-, ésto no se puede considerar como un salario. El trabajador ya percibe su remuneración del empresario. Estamos de acuerdo con dicha postura ya que la propina solamente se debe de tomar como una *donación liberal* por parte del cliente, ya que el trabajador sabe de antemano que su salario va a ser totalmente cubierto por el patrón .

⁶⁰DE BUEN LOZANO, Nestor. Ob. cit. p. 202

⁶¹Idem

“Distinto carácter tiene el recargo en el servicio, cuando éste forma parte, preceptivamente, del pago que por la prestación del mismo abona quien utiliza aquél”.⁶²

4.2.4. Tesis de Néstor de Buen.

Esta tesis señala que es evidente que no puede estimarse que sea el cliente quien retribuya directamente al trabajador. El salario se compone en el caso del recargo por servicio de cantidad fija, de tanto por ciento de los servicios realizados. Con ello se pone más de manifiesto el carácter de la contraprestación del trabajo que se presta, que el recargo en el servicio tiene.

Señala que la tesis de Mario De la Cueva en realidad está expresa en la ley (artículo 346) y en la crítica al punto de vista del sector patronal. Substancialmente descansa en consideraciones económicas y sociales y en una realidad: la de que el salario base de los trabajadores de la propina no es remunerador y para serlo requiere que la propina se integre a él.

Néstor de Buen en su tesis señala que si por salario se entiende, al decir del artículo 82 de la Ley Federal del Trabajo, “la retribución que debe pagar el patrón al trabajador por su trabajo”, resulta evidente que hay una contradicción insuperable con la disposición del artículo 346 que

⁶²Idem

integra a la propina en el salario. En ese sentido hacemos nuestro el punto de vista de Néstor de Buen.

4.3. Propuesta para la reglamentación de la propina.

Ahora bien; siendo indiscutible lo que afirma De la Cueva en el sentido de que los salarios directamente cubiertos por el patrón no son nunca remuneradores, resulta evidente también que la propina se convierte en un factor determinante para obtener la prestación de los servicios de trabajadores de alto nivel, la Ley Federal del Trabajo señala que los trabajadores de este ramo tienen el derecho de recibir un salario mínimo *profesional*, es decir se considera que por su especialización, deben percibir los llamados salarios mínimos profesionales cuando menos.

También es indiscutible, por otra parte, que la propina grava el bolsillo del cliente y no el patrimonio del patrono que es la persona que realmente se beneficia con los servicios prestador por estos.

En este punto se encuentra, consideramos nosotros, la esencia del problema. Aparentemente no habría causa jurídica para imputar al patrón que cubra indemnizaciones terminales y otras prestaciones que señala la Ley Federal del Trabajo en base a un salario que no grava directamente su patrimonio.

No puede negarse que un buen servicio atribuye a la empresa un beneficio importante. Por otra parte, tampoco cabe duda que el servicio prestado por un trabajador de la propina requeriría de no existir ésta, un salario remunerador mucho más elevado.

Es obvio, entonces que el patrono obtiene mejor servicio por el hecho de que, en base a una costumbre social, el cliente se encargue de otorgar un incentivo a quien le atiende en forma directa. Allí aparece, nítidamente, la causa de la obligación patronal.

Jurídicamente podemos pensar que la propina constituye la consecuencia de una sustitución del deudor, en donde el cliente sustituye al patrono, en su deuda y en su obligación de dar un salario remunerador al trabajador. Lo que resulta inaceptable es que la sustitución se convierte en regla, y esta establecida como una costumbre social mientras que el pago integral y digno por parte del patrón hacia el trabajador asume un carácter excepcional.

Hay, sin duda, una contradicción entre el artículo 82 y el artículo 346. Por eso se plantea la necesidad de revisar el artículo 82 y no dejar una obligación patronal en manos de un tercero ajeno a la relación de trabajo y al cual no se le puede de ninguna manera obligar a sustituir al patrón en su obligación hacia el trabajador, dar un salario integro, profesional, remunerador y digno.

Tomemos en cuenta que la propina no es más que una entrega de alguna cantidad en efectivo que se hace al trabajador por la satisfacción con el trabajo recibido, pero debemos entender que el trabajador percibe un salario, que el paga el patrón, precisamente por hacer ese trabajo y hacerlo debe entenderse hacerlo bien; consecuentemente no existe ninguna razón ni moral ni laboral para la propina. Podría considerarse a esta como el arte de la mendicidad por parte de los trabajadores la cual ha sido organizada por los usos y costumbres.

Independientemente de los aspectos éticos de la propina, no cabe duda que la intención fue buena en el legislador, pero los resultados serán únicamente conflictivos. Porque debemos considerar que si es base para el pago de indemnizaciones la fijación del monto de estas percepciones, que en nuestro medio no están controladas de forma alguna, servirá para que la retarden juicios y procedimientos. Si se pretendió dar ingreso legalizado adicional al trabajador, bastaría así haberlo dicho, sin incluirla en el monto del salario.

Ahora bien si como lo establece en posibilidad el artículo 347, la propina está determinada por un porcentaje sobre el monto de las consumiciones, lo que en nuestro medio es poco frecuente, pero que en todo caso no siempre evita o sustituye el pago adicional de propina voluntaria, el problema de monto de incremento del salario desaparece.

Lo que surge es un pago obligatorio para el cliente, que tiene que pagar esa compensación adicional independientemente de la satisfacción personal que hubiera recibido o no; la voluntad es sustituida por la obligación de parte de quien no fue consultado para ello el consumidor

CONCLUSIONES

PRIMERA. El artículo 346 establece que las propinas formen parte del salario, esto da lugar a que el patrón o encargado del restaurante, bar o cualquier otro establecimiento análogo deje a un lado su obligación, que es la de cubrir al 100% el salario de sus trabajadores de una manera profesional por tomar en consideración las propinas que entreguen los clientes al trabajador.

SEGUNDA. Consideramos necesario que se reforme el artículo 346 que establece que las propinas formen parte del salario, ya que de antemano estos trabajadores cuentan con protección jurídica para su salario ya que la Ley Federal del Trabajo establece que tendrán derecho a un salario Mínimo Profesional y remunerador. El salario de estos trabajadores debe de tener estas características en si mismo, por naturaleza propia y no depender de ningún otros factor para que así sea.

TERCERA. La categoría de Trabajos Especiales proviene exclusivamente de la Ley Federal del Trabajo y por ello es la única que debe fijar y de hecho determina que tipo de salarios deben de ganar estos trabajadores. Asimismo, debe señalar a que trabajadores debe aplicárseles este capítulo y por ende darles un salario mínimo profesional.

CUARTA. Al establecerse claramente en la Ley Federal del Trabajo que estos trabajadores tiene derecho a un salario mínimo profesional y remunerador proponemos los siguiente: que no se agregue al salario de estos trabajadores ningún otro factor como lo es la propina, ya que este no requiere de otro complemento para ser remunerable ya que la naturaleza del salario es ser remunerable en sí mismo.

QUINTA. El artículo 347 de la Ley Federal del Trabajo puntualiza que si no se determina en calidad de propinas un aumento a las consumiciones, las partes fijaran el aumento que deba hacerse al salario debiendo tomarse en consideración la categoría del establecimiento, situación que no nos parece justa ya que la ley fija a todos estos trabajadores un salario mínimo profesional en general y la estabilidad económica del trabajador no debe depender de la categoría del establecimiento.

SEXTA. No debe determinarse el aumento del salario, mediante un juicio laboral que tendría que apoyarse en una prueba pericial sobre bases inconcretas, se debe proteger la seguridad jurídica del trabajador y no remitir un concepto tan fundamental como la integración del salario a valoraciones subjetivas, al tener que apreciar las distintas categorías de los establecimientos, e inclusive las épocas de mayor afluencia turística, porque de esos factores deriva la cuantía de la propina.

SÉPTIMA. Asimismo, consideramos que el artículo 345 de la Ley Federal del Trabajo que establece que las propinas forman parte del salario va en contra del artículo 82 que señala que salario es la retribución que debe pagar el *patrón* al trabajador por su trabajo, y si se determina que las propinas formen parte del salario ya interviene una persona ajena a la relación de trabajo que es el cliente persona que no tiene ninguna obligación establecida en la ley para completar el salario del trabajador el cual no es profesional como lo señala la ley. Si se pretendió dar un ingreso legalizado adicional al trabajador, bastaría así haberlo dicho, sin incluirla en el monto del salario.

OCTAVA. Las propinas no deben considerarse como parte del salario ya que estas solamente son un ingreso extra y de carácter voluntario no deben de tomarse como un factor que haga remunerable y profesional al salario de estos trabajadores ya que este debe de tener esas características por ley y naturaleza propia.

NOVENA. Los trabajadores en hoteles, restaurantes, bares y establecimientos análogos son trabajadores protegidos por nuestro ordenamiento laboral, el Estado debe velar por hacer que se respeten sus derechos y no sean violados por los patrones mediante simulaciones jurídicas. Las autoridades laborales deben exigir a los patrones de estos establecimientos el pago de un salario mínimo profesional.

BIBLIOGRAFÍA

BAYON CHACON, G. Manual de Derecho Trabajo. Volúmen I. Quinta edición. España. s.a.p.

BARAJAS MONTES DE OCA, Santiago. Aportaciones Jurídicas a la Sociología del Trabajo. Porrúa. México. 1984.

BARAJAS MONTES DE OCA, Santiago. Derecho del Trabajo. Mc Graw-Hill. México. 1997.

BRICEÑO RUIZ, Alberto. Derecho Individual del Trabajo. Harla. México. 1985

CABANELLAS, Guillermo. Tratado de Derecho Laboral. "Derecho Individual del Trabajo". Tomo II. Volúmen 1. Tercera edición. Heliasta. Argentina. 1988.

CABANELLAS, Guillermo. Tratado de Derecho Laboral. "Trabajos Especiales". Tomo II. Volúmen 2. Tercera edición. Heliasta. Argentina. 1988.

CAVAZOS FLORES, Baltasar. 35 Lecciones de Derecho Laboral. Quinta edición. Trillas. México. 1987.

DÁVALOS MORALES, José. Constitución y Nuevo Derecho del Trabajo. Porrúa. México. 1994.

DÁVALOS MORALES, José. Derecho del Trabajo. Tomo I. Sexta edición. Porrúa. México. 1996.

DÁVALOS MORALES, José. Tópicos Laborales. Porrúa. México. 1992.

DE BUEN LOZANO, Néstor. Derecho del Trabajo. Tomo I. Quinta edición. Porrúa. México. 1991.

DE BUEN LOZANO, Néstor. Derecho del Trabajo. Tomo II. Undécima edición. Porrúa. México. 1996.

DE LA CUEVA, Mario. El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo. Tomo I. Decimotercera edición. Porrúa. México. 1993.

DE FERRARI, Francisco. Derecho del Trabajo. "De las relaciones individuales del trabajo, formación, suspensión y extinción de los contratos". Volúmen II. Segunda edición. Depalma. Argentina. 1917.

GARCIA OVIEDO, Carlos. Tratado Elemental de Derecho Social. Sexta edición. Ejasa. España. 1954.

GUERRERO E, Manuel. Manual de Derecho del Trabajo. Decimotercera edición. Porrúa. México. 1993.

KROTOSCHIN, Ernesto. Derecho del Trabajo. Quinta edición. Porrúa. México. 1984.

MUÑOZ RAMON, Roberto. Derecho del Trabajo. Tomo I. Porrúa. México. 1983.

NOUGIER, Rene. Historia General del Trabajo. Tomo I. Grijalbo. España. 1975.

RAMIREZ FONSECA, Francisco. Condiciones de Trabajo. "Comentarios y Jurisprudencia." Segunda edición. Pac. México. 1992.

RAMOS, Eusebio y Ana Rosa Tapia Ortega. Nociones de Derecho del Trabajo. Cuarta edición. Sista. México. 1993.

TRUEBA URBINA , Alberto. Nuevo Derecho del Trabajo. " Teoría Integral". Sexta edición. Porrúa. México. 1981.

LEGISLACIÓN

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

Comentada por Ruben Delgado Moya. Séptima edición. Sista. México. 1998.

LEY FEDERAL DEL TRABAJO. Comentada por Juan B. Climent Beltran. Sexta edición. Esfinge. México. 1992.

LEY FEDERAL DEL TRABAJO. Comentada por Alberto Trueba Urbina y Jorge Trueba Barrera. Septuagésima sexta edición. Porrúa. 1996.

DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS

Gran Enciclopedia Larousse. Tomo octavo. Planeta. España. 1980.

Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo XXIII. Driskill. Argentina. 1986.

Diccionario Jurídico Mexicano. Tomo IV. Abeledo-Perrot. Argentina. 1986

DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO. Tomo cuatro P-Z. Cuarta edición. Instituto De Investigaciones Jurídicas - Porrúa. México. 1991.

OTRAS FUENTES

www.oit.com.mx. 29 de julio de 1999.

DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN. México, D.F. Jueves 28 de Diciembre de 1961. p.2