

CAPÍTULO SÉPTIMO

LOS CONTRATOS ATÍPICOS

I. Trabajadores de confianza	141
II. Agentes de comercio.	146
III. Trabajadores bancarios	152
1. La exclusividad del trabajo	154
2. Condiciones de trabajo	154
3. Causales de rescisión.	154
4. Salario.	155
5. Limitaciones	156
IV. El trabajo a domicilio	158
1. Lugar de trabajo.	160
2. Pluralidad de patronos	160
3. Remuneración	161
4. Seguridad social e indemnizaciones.	162
5. Obligaciones patronales	163
6. Inspección	163
V. Trabajo remunerado con propina	164

CAPÍTULO SÉPTIMO

LOS CONTRATOS ATÍPICOS

I. TRABAJADORES DE CONFIANZA

El Tribunal de Justicia de la comunidad europea, órgano creado por los Estados de Europa para instaurar un sistema jurídico-normativo que se imponga tanto a los particulares como a los gobiernos respectivos en la solución de los conflictos que conoce, se refirió al concepto *confianza* en una de sus resoluciones, para calificar la actuación de un grupo de trabajadores que en el continente europeo no ha encontrado eco a sus instancias, al no ser reconocidos sus servicios con ningún carácter. El interés de estos trabajadores se debe al hecho de que tanto en la doctrina como en el derecho internacional el trabajador de confianza carece de una categoría autónoma dentro de la empresa como tal; simplemente se le incorpora a la planta de empleados administrativos y se le asignan determinadas funciones, o se le otorga una porción de la representación patronal; se le deja autoridad en uno o más sectores de la producción y se le hace responsable de los resultados; se prescinde de sus servicios cuando estos no son altamente redituables y se les liquida sin ninguna razón o explicación de las causas de tal adopción patronal.

La campaña emprendida por este grupo de trabajadores se ha centrado en otros países en el reconocimiento de su nivel dentro de la empresa así como en la calidad de su trabajo. Exigen se les deje de llamar *colaboradores* en el contexto de los convenios colectivos y se deje de considerar a los jefes de taller, a los técnicos, a los capataces y contra maestres, formando parte de los altos cuadros de una negociación, pues merecen la calidad de trabajadores en el sentido más amplio del término, ya que el hecho de ser empleados con responsabilidades directas, con poder de mando y decisión, no obliga a darles un trato diferente por su papel en la industria o el comercio.

La realidad ha conducido a otras consideraciones. Se argumenta por los empleadores que si es verdad que la industria moderna ha hecho que se atenúen las diferencias entre estos servidores y los obreros, la circuns-

tancia de ser los intérpretes de la empresa, la remuneración superior que perciben y la naturaleza misma de la relación de trabajo, todo ello comprueba la indispensable diferencia de trato, la necesidad de otro tipo de convenio laboral y su exclusión de las normas generales aplicables al contrato individual de trabajo. El legislador, ante este deteriorado manejo de la situación laboral de este sector de trabajadores, se ha visto en la necesidad de implementar leyes que regulen sus condiciones de trabajo, aceptando que si bien es cierto ha sido compensado con beneficios económicos superiores a los de otros trabajadores, a cambio de ello les han sido negados derechos encubiertos en el concepto de confianza.

La situación imperante ha llevado al legislador al reconocimiento de las diferencias del trabajo de confianza y a establecer normas especiales de protección al mismo.

La realidad exige —se dijo en una sentencia del Tribunal Supremo de Francia en apoyo de una recomendación del Tribunal de Europa— que si la actuación de un trabajador técnico requiere de confianza mutua recíproca como condición necesaria para que la relación de trabajo se mantenga en forma útil, cualquier discordancia que se alegue como causal de separación ha de ser plenamente comprobada, con el objeto de hacer patente la imposible continuación normal de la actividad industrial y de justificar su ruptura. De no existir dicha comprobación el trabajador tiene derecho a percibir la indemnización a que se contrae el a. L-122-14-4 del nuevo Código del Trabajo.⁸⁸

Con apoyo en estos antecedentes intentemos ya una definición. Trabajador de confianza es la persona que por razón de jerarquía, vinculación, lealtad y naturaleza de la actividad que desarrolla al servicio de una empresa o patrono, adquiere representatividad y responsabilidad en el desempeño de sus funciones, mismas que lo ligan de manera íntima al destino de esa empresa o a los intereses particulares de quien lo contrata, en forma tal que sus actos merezcan plena garantía y seguridad, y tenga su comportamiento laboral plena aceptación. Al mismo tiempo intentamos, con base en esta personal apreciación, el contrato especial de confianza, como el celebrado por una persona con atributos precisos de capacidad y credibilidad para el desempeño de una función específica, con otra persona (física o moral) que deposita en el trabajador su representación y responsabilidad en la realización de actos que pueden serle o no propios,

⁸⁸ Pellisier, J., *Derecho social*, París, Ediciones ICE, 1976, p. 604. V. Resolución del Tribunal en el juicio de J. Renard vs. Sociedad 'Le Foyer Remois'.

pero que para el interés de esta última persona implican garantía y seguridad en su desempeño.

En otras palabras, considerar, por ejemplo, a un unuier o un encargado del aseo, a un mesero o un chofer (por sólo señalar algunos oficios) trabajador de confianza, por disfrutar de un trato íntimo respecto del patrono, en forma alguna queda ligado este servicio a funciones de representatividad o responsabilidad, si acaso de discreción y nada más. Precisa no olvidar que son los factores de dirección y dependencia los únicos que cuentan, porque confiar como se dijo en una ejecutoria de nuestra Suprema Corte de Justicia,

significa entregar a una persona alguna cosa, hacerla partícipe de sus secretos o dejarla que ejecute actos de dirección, administración o fiscalización de la misma manera que el sujeto principal; es decir, que ejerza funciones directivas o administrativas en nombre del patrón y que éste, por su carácter legal, substituya a quien representa.

Para adquirir la confianza —se agregó en otro párrafo— se requiere la verificación de varios hechos de parte de un individuo, que engendran necesariamente en el ánimo de otro la idea de confiar, siendo necesario un proceso psicológico en su mente, lo que le orille a depositar esa confianza. De igual modo, así como se adquiere dicha confianza, ésta puede perderse debido a la realización de otros actos que induzcan a pensar que los ejecutados por el individuo en el cual se depositó, son lesivos a los intereses patrimoniales, personales o de cualquier índole, del sujeto principal.⁸⁹

El doctor De la Cueva, examinó —nos dice— algunas fórmulas de interpretación surgidas en los debates de la primera conferencia de la OIT, que tuvo lugar en la ciudad de Washington el año de 1919. Hizo lo mismo con postulados de la doctrina belga que se han ocupado del concepto *confianza* y expuso:

Debe hablarse de empleados de confianza cuando están en juego la existencia de la empresa, sus intereses fundamentales, su éxito, su prosperidad, la seguridad de sus establecimientos o el orden esencial que debe reinar entre sus trabajadores; y agregó: aun cuando la categoría de trabajador de confianza no está contemplada en la Declaración de Derechos Sociales, resultó necesaria incluirla en la nueva ley del tra-

⁸⁹ *Semanario Judicial de la Federación*, "Jurisdicción del Trabajo", (ejecutorias correspondientes a los años 1941 a 1944), México, Editorial Murguía, 1945, p. 108.

bajo, pues no obstante tratarse de una categoría de excepción que solamente se justifica en razón de la naturaleza de las funciones que realiza el trabajador, existirá en todo caso la presunción *iuris tantum* de que la función, no sea de confianza, en forma tal que será indispensable probar que, de conformidad con la naturaleza de las funciones se dan los caracteres de la excepción. No es la persona la que determina que una función es de confianza sino la naturaleza misma de la función lo que produce la condición del trabajador.⁹⁰

Por su parte el doctor De Buen piensa que la imprecisión del concepto *trabajador de confianza* ha traído como consecuencia que en los contratos colectivos haya sido donde se encuentre la fórmula adecuada, que si bien resulta deficiente, ha tenido un efecto controvertido. A su modo de ver el problema es en el a. 9º de la ley del trabajo mexicana, donde está contenida una excelente y una mala disposición que se relacionan con la cuestión. Lo primero, al expresar el inciso inicial que “la categoría de trabajador de confianza depende de la naturaleza de las funciones desempeñadas y no de la designación que se dé al puesto”; lo segundo, al resultar confuso un añadido: “son funciones de confianza las de dirección, inspección, vigilancia y fiscalización, cuando tengan carácter general, y las que se relacionen con trabajos personales del patrón dentro de la empresa o establecimiento”; pues no se aclara la naturaleza de tales funciones en lo general ni la calidad de los trabajos personales a los cuales se alude. Por esa razón considera con mayor claridad lo expuesto en la exposición de motivos de la nueva ley, a lo cual haremos una referencia posterior.⁹¹

Ante este panorama ¿cuáles son las características que distinguen al contrato especial de los trabajadores de confianza? En la misma jurisprudencia de nuestra Suprema Corte ya citada, también se dijo: La distinción entre el contrato del trabajador de confianza y el contrato individual de trabajo de carácter general, se encuentra en su naturaleza jurídica, así como en el interés objetivo y subjetivo desde el cual se le contemple, porque aun cuando el concepto deriva de un acto esencialmente subjetivo, la relación descansa en hechos o circunstancias de carácter objetivo, desde el momento en que se fijan objetivos en los términos del contrato celebrado.

Por nuestra parte, en el *Diccionario jurídico mexicano*, asentamos que no es el nombre del puesto lo que determina su esencia, ni lo son tampoco las calidades personales de quien lo ocupa; es la función que se desarrolla

⁹⁰ Cueva, Mario de la, *op. cit.*, *supra* nota 49, pp. 153 y 154.

⁹¹ De Buen, *op. cit.*, *supra* nota 10, pp. 387 a 390.

por la persona contratada y la finalidad en sí del oficio, lo que proporciona los elementos distintivos que caracterizan al empleo de confianza.⁹² Siguiendo estas dos ideas, tres son a nuestro criterio, las características del contrato especial de los trabajadores de confianza: el trabajo, la igualdad de derechos y la retribución convenida. Tres asimismo son las diferencias con el contrato individual de carácter general: el impedimento para cualquier afiliación sindical, la estabilidad y la pérdida de la confianza. Resulta posible que un técnico o un jefe de taller realice un trabajo igual al del oficial o al del especialista, sólo que tal circunstancia no coloca en el mismo nivel profesional al trabajador de confianza. La diferencia se encuentra en el hecho de que este último ordena, enseña, capacita y debe poseer conocimientos que le permitan dirigir de modo conveniente las labores de un taller, de una sección de producción, de una oficina, etcétera, en tanto que el técnico o el jefe de taller sólo vigila la ejecución de esas labores a fin de que el resto de los trabajadores las lleven a cabo con eficacia, prontitud y esmero.

En otro orden de ideas, el legislador ha considerado que se justifica la obligación patronal de otorgar al trabajador de confianza los mismos beneficios que los demás trabajadores hayan alcanzado en los contratos individuales o colectivos de trabajo, no sólo para un ajuste adecuado en el desarrollo normal de las actividades sino para hacer coincidir las jornadas, los descansos, los periodos vacacionales u otras prestaciones colectivas. Por ejemplo: si se instalan campos deportivos o gimnasios, dichas instalaciones podrán ser utilizadas por unos y otros trabajadores; si se ofrecen distracciones (cine, teatro, bibliotecas) se extienden a los familiares de todos los trabajadores; si se imparten cursos de capacitación y un trabajador de confianza desea adquirir otro oficio u otros conocimientos, tampoco puede impedírseles su participación.

En cuanto al capítulo de remuneración del trabajo, la diferencia en los salarios se deberá ajustar a las categorías y niveles que fijen los escalafones, siendo el único factor distintivo la calidad del oficio, la posesión de un grado o certificado escolar que acredite la profesionalidad, condición no siempre requerida al común de los trabajadores o sólo exigida para el desempeño de una especialidad. Pretendemos significar con esto que no es la mayor o menor remuneración percibida lo que establece la categoría de empleado de confianza, pues en algunos casos las cantidades que se le asignan como sueldo, son inferiores a las de muchos trabajadores

⁹² *Diccionario Jurídico Mexicano*, 2a. ed., México, Porrúa, 1988, t. IV, pp. 3110 a 3112.

especialistas; es común que muchos inspectores o vigilantes perciban menor salario que el disfrutado por los obreros.

Motivo de especulación doctrinal ha sido la prohibición de formar o pertenecer a sindicatos el conjunto de trabajadores de confianza de una empresa. La negativa se apoya en diversas consideraciones: la posible oposición en las funciones que a esta categoría de trabajadores corresponde, pues es inconcuso que si representan al empleador su posición gremial constituiría un obstáculo en caso de conflicto. El hecho de que un puesto de dirección o mando implica a la persona misma del patrono, pues en muchas ocasiones éste viene siendo para el trabajador simplemente el dueño del negocio, en cambio identifica al trabajador de confianza como su verdadero patrón. La aplicación de sanciones no la dicta el propietario de la empresa sino el encargado del puesto de confianza respectivo.

Quedaría por aclarar el aspecto más delicado de la función de confianza: la estabilidad en el trabajo. Creemos que aun cuando resulte casuista una relación de posibles causales de rescisión o suspensión del contrato de trabajo, es conveniente fijarlas en la ley, en parte por tratarse de causales meramente objetivas, en parte porque deben ser criterios de alta significación de la conducta, los que empañen la relación de trabajo a grado de hacer materialmente imposible la permanencia del trabajador en un puesto. El desacuerdo en el proceso degenerativo de la actividad del trabajador, es a nuestro juicio, lo que debe constituir la causa real de pérdida de la confianza; la incompetencia, la falta grave, el descuido, la falta de idoneidad para el puesto, los motivos fundados de rescisión.

II. AGENTES DE COMERCIO

El agente de comercio o viajante de comercio, nombre con el cual se conoce a estos trabajadores en varias legislaciones, ha debido sostener una larga lucha para que su actividad fuese reconocida como laboral. Considerado su quehacer una de las zonas grises del contrato de trabajo si tomamos en consideración que mientras los mercantilistas estiman al agente un auxiliar del comercio, en tanto para los laboristas es trabajador con todos los atributos de subordinación, permanencia y personal atención de las obligaciones contraídas, la batalla la han ganado estos últimos no sólo en el campo jurídico sino en el jurisprudencial, al haberse pronunciado todos los tribunales en favor de este reconocimiento, si acaso algunos con la salvedad de formular gradaciones para distinguir al auxiliar autónomo, de la actividad mercantil del trabajador propiamente di-

cho, situación que se presenta, por ejemplo, con el comisionista, factor importante del mercantilismo al ser la función de éste un valioso impulsor del campo productivo o la de un auxiliar de la industria y el comercio, que no tiene ninguna otra de las formas del oficio.

Ambas figuras tienen valor jurídico propio y por tanto pueden coexistir, una con base en la independencia de la función que le corresponde de auxilio o representación, otra como actividad subordinada en la que las dos partes que la integran, patrono y trabajador, llegan a acuerdos que la hacen posible. No hay necesidad por lo mismo, de profundizar respecto de su naturaleza para conocer la relación mercantil y privada que se presenta en la comisión, frente a la relación de trabajo que nace a virtud de una acción sujeta a la sola voluntad de quien contrata. Esta distinción la ha hecho práctica y asequible la doctrina alemana como se contemplaba en el Código de Comercio de la República Federal de Alemania en cuyo cuerpo de leyes la actividad de la persona encargada de tratar negocios para la empresa comercial, de aquella otra que sólo concluye negocios a nombre de otro en calidad de simple empleado de comercio. Para esta legislación, la persona que desempeñaba esta función, no lo era únicamente la que vendía en mostrador, el auxiliar de oficina o el auxiliar de estiba y aseo, sino el viajante-empleado a el agente comercial, elementos humanos que mantienen una vinculación estable con la casa o casas para las cuales trabajan, ajustada su actuación a las órdenes recibidas. En otras palabras, el comisionista sólo ejerce funciones de representación ante terceros, en tanto el viajante-empleado no contrae compromisos particulares, éstos corresponden a la persona física o moral que representa.⁹³

En sentido similar se pronuncia el maestro mexicano Jorge Barrera Graf. Para él tres son los fenómenos económicos que deben tomarse en cuenta para establecer la relación jurídica existente entre los auxiliares del comercio y con la empresa:

1. El que atañe a la relación del empresario con sus trabajadores, que impera en toda situación regulada por el derecho del trabajo, lo cual establece una separación absoluta con el derecho mercantil, para cuya disciplina jurídica es ajeno cualquier tipo de subordinación; 2. La relación de la empresa con terceros, siempre directa y sin importar la naturaleza del acto jurídico que le da origen; y 3. La relación de los diversos elementos de la empresa con la hacienda pública no contem-

⁹³ Hueck, Alfred y Nipperdey H., "Compendio de derecho del trabajo", *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1963, p. 167.

plada en la doctrina laboral. Esta da carácter a las relaciones existentes dentro de la empresa, definido el concepto de patrono e intermediario frente al de trabajador sometido a aquel o a su representante. En cualquiera de las otras situaciones —agrega— la relación jurídica que se presenta queda comprendida en el derecho mercantil. Toda persona que se encuentre en condición de dependencia normará su actividad al amparo del derecho del trabajo, sin embargo esto no podrá tener lugar si la prestación del servicio no reúne los requisitos apuntados.⁹⁴

La dependencia es entonces la primera característica del contrato de trabajo del agente de comercio, ya que su actividad no es propia, es atribuible a un titular que la ejerce a través suyo y por lo mismo no podrá abandonarla sino cumplirla en la forma y términos ordenados; el poder decisorio corresponde al patrono y en forma alguna al trabajador. El poder de disposición se encuentra ligado únicamente al servicio prestado, es decir, el trabajador debe ser ajeno a otra actividad principal o accesorio, de ahí su carácter subordinado. Toda dependencia se produce cuando una persona pone a disposición de otra su fuerza de trabajo y esta última tiene plena facultad para exigir el desempeño del servicio contratado.

El trabajo subordinado —piensa el profesor Devealí— es totalmente distinto al trabajo autónomo, según se trate de locación de servicios frente a locación de obra. Para este otro autor, desde el derecho romano se distinguió la *locatio operarum* de la *locatio operis*, por lo que no constituye ninguna novedad la distinción que actualmente se hace respecto de la prestación de servicios en favor o beneficio de otra persona, del servicio en sí; esto es, de la actividad que desarrolla quien trabaja para su personal provecho. La legislación del trabajo, a su manera de pensar, sólo debe perseguir como objetivo la protección de las personas que se encuentran en un estado de subordinación continua respecto de un empleador, debiendo exigirse con mayor empeño dicha continuidad en cuanto a la dependencia más que la autonomía de los servicios.⁹⁵

La subordinación puede ser económica, jurídica o técnica. Es económica si tiene lugar dentro de una empresa donde la persona satisface sus necesidades mediante la percepción de un salario; es jurídica cuando el empresario tiene facultad para dictar órdenes en el trabajo y conserva para sí facultades disciplinarias frente al trabajador; es técnica cuando el trabajador obedece órdenes que se le dan respecto al trabajo. Puede

⁹⁴ Barrera Graf, Jorge, *Tratado de derecho mercantil*, México, Porrúa, 1957, p. 289.

⁹⁵ Devealí, *op. cit.*, *supra* nota 9, pp. 247 a 435.

ser esta subordinación absoluta o racional, absoluta cuando el trabajador sólo puede realizar la actividad para la que haya sido contratado, sujeto siempre a órdenes precisas, a reglamentaciones acordadas o a disposiciones concretas; racional si se limita el poder de decisión del trabajador, se coarta su facultad de manifestarse en bien o a favor de determinada conducta o cuando su acción es en el exclusivo beneficio del patrono al que sirve. En cuanto la actividad del agente de comercio se encuentre subordinada en lo económico, en lo jurídico y en lo técnico, no se le concede iniciativa propia en el ejercicio de su función y sus poderes resultan limitados, la relación que se establece es de trabajo y la persona trabajador.

La ley mexicana ha incluido en esta categoría de trabajadores a los agentes de seguros, a los vendedores viajantes, a los propagandistas e impulsores de ventas y otras ocupaciones semejantes (a. 285 LFT). El magistrado del trabajo, Rafael Pérez Miravete, en importante ejecutoria al respecto sostuvo el siguiente criterio jurídico:

Para distinguir la relación laboral de otra de naturaleza mercantil como es la comisión, debe atenderse a los términos reales en que se lleva a cabo la prestación del servicio y el carácter permanente o temporal del vínculo existente entre las partes. Por lo mismo la circunstancia de que el documento en que conste el contrato respectivo haya sido denominado "contrato de comisión mercantil", no debe impedir a la junta que conoce del caso analizar la esencia de la relación entre las partes, para determinar cual fue su verdadera naturaleza, sin importar la denominación que se le haya dado.⁹⁶

Respecto de los agentes de seguros y trabajos similares ha de distinguirse a su vez la clase de ejercicio en tal actividad, pues independientemente de la función encomendada la propia legislación particular (Ley General de Instituciones de Seguros de 7 de enero de 1981) incluyó como trabajadores a todas las personas físicas contratadas con base en convenios mercantiles, tanto por el hecho de tratarse de comisionistas dependientes de un patrono que realizan ventas o servicios a través de instrucciones precisas, como encontrarse subordinados al mismo, recibiendo un tanto

⁹⁶ *Semanario Judicial de la Federación*, "Informe del Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación", tercera parte, Tribunal Colegiado de Circuito, 1981, p. 289, Amparo directo número 1334/79; quejoso: José de los Ángeles Guzmán. Ponente: Magdo. Rafael Pérez Miravete; Secretaría: María del Rosario Mota Cienfuegos.

por ciento determinado de las operaciones efectuadas, lo cual constituye un salario (a. 23 de la mencionada ley).

Si en algún momento estos trabajadores fueron calificados como ejecutores de actos de comercio en los términos del artículo 75 fracción X del Código Mercantil, al no tener las operaciones realizadas por ellos la independencia requerida para considerarlas autónomas, se abandonó la idea de "comisión mercantil" incluida como figura jurídica en el a. 273 del propio Código, para otorgarle la que le corresponde, de trabajo. El hecho de percibir la persona un valor porcentual del importe de las ventas realizadas, en forma alguna representa un ingreso propio sino la forma de pago del salario con el cual se les retribuyen sus servicios, variable conforme al número de operaciones que lleven a cabo.

La ley mexicana sustenta también el criterio de que "el salario a comisión puede comprender una prima sobre el valor de las mercancías vendidas o colocadas, sobre el pago inicial que haga el comprador o sobre los pagos periódicos a los cuales se comprometa; o bien, dos o las tres de dichas primas" (aa. 286 a 289 LFT). Se agrega que es en el momento en que nace el derecho de los trabajadores a percibir tales primas cuando se perfecciona la operación que sirva de base; pero puede serlo también el momento en que se hagan los pagos periódicos convenidos con el cliente cuando se adquiera el derecho a la comisión. Las primas no podrán retenerse ni descontarse si con posterioridad queda sin efecto la operación, pues forman parte ya del salario diario promedio para todos los efectos legales.

Veamos otros caracteres impuestos por las legislaciones a este tipo de contratación:

1. Debe fijarse un lugar, una zona o territorio geográfico dentro del cual se permita al trabajador movilizarse para realizar su actividad. Es lugar cuando se trata de una ciudad o población la señalada de antemano para llevar a cabo las operaciones de venta, de propaganda, de difusión o información, o todas ellas al mismo tiempo. Es zona cuando se fija un perímetro geográfico y dentro del mismo el trabajador se encuentra facultado para desarrollar sus funciones libremente; la zona puede incluir parte de una ciudad populosa, un sector habitacional (colonia o barrio), o circunscribirse a un conjunto de regiones de un país (Estados, municipios o cualquiera otra denominación política dada a las localidades). El territorio abarca siempre una extensión geográfica ajustada a límites políticos impuestos por cada país o a un conjunto de entidades políticas dentro de cuya área el trabajador se encuentre facultado para actuar.

2. Fijado en el contrato el lugar, zona o territorio donde se preste el servicio, el trabajador no podrá ser movilizado a otro distinto sin su consentimiento, a menos que exista acuerdo previo para ello o cuando el trabajador, por razones económicas solicite el cambio al ser bajas las percepciones en la zona o territorio. Este puede comprender, por dicha razón, una extensión geográfica amplia o reducida también podrá permitir la rotación o establecerse calendarios fijos de operación para cada zona. El acuerdo se hace indispensable para evitar trastornos al trabajador y de no incurrir así, cualquier acción equivale a un cambio que faculta al trabajador a la rescisión de su contrato individual de trabajo por causas imputables al patrono.

3. Las legislaciones son uniformes en no ajustar la terminación o rescisión de los contratos de trabajo del agente de comercio a las reglas generales fijadas en las leyes por cada país, ya que siendo el número de operaciones a realizar o los productos a difundir y colocar en el mercado, lo básico de la relación de trabajo, es indudable que si disminuye su número, si bajan las ventas de los productos o si el trabajador, por dedicarse a otras actividades que estime más redituables (aunque esté autorizado para realizarlas) descuida las que se le hayan encomendado, el empleador reciente perjuicios que sólo sería posible reparar encomendándole a otra persona la actividad materia del contrato.

En resumen, la circunstancia de que el agente de comercio perciba un salario a comisión o un salario mixto, es decir, se recompensen sus servicios a base de un porcentaje proporcional al resultado de las operaciones de venta realizadas, o parte de ese salario lo perciba a base de cuota fija y otra parte a comisión, en cualquier situación resulta necesario dejar bien establecido en el contrato de trabajo el tipo de contraprestación a la que se obliga (sean labores de difusión, información o venta, sean dos o las tres), ya que el cumplimiento de las obligaciones puede estar restringido y no ser siempre el volumen de las operaciones lo que determine la remuneración.

Se ha propuesto para tal eventualidad, la conveniencia de establecer en los contratos, periodos de operatividad o de tiempo, fijándose un volumen de ventas o servicios dentro de cada uno, a fin de ofrecer al trabajador la posibilidad de reponer la pérdida o merma resentida, en uno, con resultados positivos, en otro; en suma, no otorgar al trabajo un carácter objetivo sino subjetivo y aplicar un abanico de opciones. Esto es lo considerado lógico, justo y jurídico.

III. TRABAJADORES BANCARIOS

La relación de trabajo que surge entre los empleados de las instituciones de crédito (bancos, compañías aseguradoras, empresas financieras, casas de valores), al igual que el personal encargado de funciones administrativas o encargado de realizar servicios concretos ha sido motivo de una variada reglamentación. En algunos países se han promulgado leyes muy avanzadas que protegen a estos trabajadores; en otros el trabajo ha sido ajustado a principios que permitan la salvaguarda de intereses nacionales a *fin de no transgredir derechos públicos*, según se dice; en los más se han puesto en ejercicio sistemas mixtos de protección en los que se les conceden un conjunto de beneficios sociales pero se limitan sus derechos con la finalidad de afinar la extensión de las facultades permitidas. Más adelante hacemos un intento comparativo para ubicar a las legislaciones donde corresponda y dejar explicado, en lo posible, las razones habidas en nuestro país para incluir a los trabajadores bancarios en un estatuto especial, pero híbrido, que no encuentra claridad en sus propósitos.

México —digámoslo desde ahora— no se inscribe en el grupo de los países cuya legislación otorga al trabajador bancario el lugar que le corresponde. Temores sin cuento, apreciaciones políticas absurdas y un singular empeño de evitar conflictos en el desarrollo de la función bancaria, tanto individuales como colectivos, ha impedido que la relación de trabajo en los bancos, carezca de un instrumento jurídico autónomo que reduzca el servicio a lo que es, una simple forma de ocupación bajo cierto control y nada más.

Fue el doctor De la Cueva quien llamó la atención respecto de tal absurdo. Inusitadamente —dijo— sin existir conflicto alguno entre la banca y sus trabajadores, se promulgó un Reglamento del Trabajo de las Instituciones de Crédito y Auxiliares, el año de 1937, en el cual se dijo que las personas contratadas por dichas instituciones quedaban sujetas a las disposiciones contenidas en ese Reglamento. Tal determinación representó un profundo desconocimiento de la declaración de derechos sociales que hizo nuestro congreso constituyente, pues aun cuando en apariencia dicho reglamento se adhería a la teoría del contrato de trabajo, en el fondo se dejó a las autoridades oficiales (Secretaría de Hacienda) la fijación y regulación del salario de los trabajadores, se suprimían libertades y se limitaba el derecho de huelga, quebrantándose con ello el fuero constitucional del trabajo y colocándose por encima de los postulados supremos de la Carta Magna, se dejó sin protección a un sector

importante de la actividad humana. Teóricamente se permitía la formación de sindicatos pero se negaba la firma de contratos colectivos, sólo era posible firmar contratos individuales sujetos a condiciones estrictas. A su juicio esta es la razón por la cual el legislador mexicano se ha visto impedido de reglamentar en los términos que corresponden el trabajo bancario.⁹⁷

La OIT ha visto el problema de modo distinto. Ha habido resistencia a reconocer que el de los bancarios es un contrato de trabajo atípico que obedece a diversas formas de empleo y cuyas variantes son múltiples, al requerirse de una formación profesional propia y depender su realización de factores externos. Son contratos, para decirlo en términos del eminente tratadista doctor Efrén Córdova, que tienen que ver con la duración del vínculo que se establezca, el tiempo de trabajo, el lugar de trabajo, incluso la posible pluralidad de empleadores. El trabajo bancario —expresa— es de aquellos en los que puede existir una relación de empleo legal al margen de las normas laborales, cuya identificación la da la ley exclusivamente al no ser posible obtenerla de otra fuente particular.⁹⁸

Son —dice por su lado el doctor Russomano— relaciones de trabajo que en un sentido estricto podrían tomarse, en algunos casos, como de confianza, si se toman en cuenta las condiciones del servicio y los términos en que se da la representatividad del funcionario. En lo general —explica— corresponden a un trabajo común con ciertas atribuciones de mando como las otorgadas al gerente de una institución bancaria, que podrán requerir de una vigilancia y atención más profunda en cuanto a su naturaleza, pero en el fondo poco varían del trabajo ordinario. Su realidad estriba en el hecho de que algunas normas generales no pueden ser atribuidas a las situaciones comunes y que en algunos casos gozan de unos llamados privilegios que en realidad no existen, porque en ocasiones la jornada es más extensa de lo normal, el salario poco excede del mínimo y sólo algunas prestaciones tienen trascendencia y distinguen a estos trabajadores de sus colegas de oficio. Estas variaciones son las que dan carácter especial a la ley brasileña número 7.430/85, en la que se considera a los trabajadores bancarios dentro de un sector de trabajo particular.⁹⁹

Los beneficios legales disfrutados en particular por estos trabajadores podríamos resumirlos así:

⁹⁷ Cueva, Mario de la, *op. cit.*, *supra* nota 49, pp. 504 a 507.

⁹⁸ "Hacia un viraje en la evolución de las relaciones de trabajo", *Revista Internacional del Trabajo*, octubre-diciembre de 1986, núm. 165, pp. 431 a 451.

⁹⁹ Russomano, *op. cit.*, *supra* nota 1, pp. 233 a 237.

1. *La exclusividad del trabajo*

No todas las personas, ni aún ostentando certificados profesionales, resultan aptas para el servicio. Por este motivo en la contratación cuentan otros factores aparte de la capacidad: a) el impedimento para ocuparse en otra labor; b) la conducta personal y social; c) los antecedentes de diverso orden; y d) la relación de dependencia que se establece entre el empleado y la institución. Esta dependencia la determinan la obligación de estar a disposición del empleador un determinado número de horas (sobre todo cuando se requiere la confrontación de datos matemáticos) que pueden exceder de la jornada semanal legal, al igual que el hecho de no poder delegar funciones las que correspondan a cada trabajador serán cumplidas de modo riguroso por éste hasta checar los estados de cuenta que procedan.

2. *Condiciones de trabajo*

La estabilidad queda sujeta a un periodo de prueba transcurrido el cual el trabajador puede adquirir la "planta o base" como se dice en el lenguaje mexicano, es decir, queda contratado por tiempo indefinido. En el estatuto bancario se contienen las reglas a las que se sujetará una carrera bancaria positiva, las prestaciones, los ascensos, los cambios de adscripción, las funciones propias de cada puesto y un catálogo de responsabilidad y posibles sanciones.

3. *Causales de rescisión*

Siempre están plenamente identificadas a efecto de que mientras el trabajador cumpla con las reglas apuntadas sienta seguridad en el empleo y quede advertido que, cuando incurra en las faltas señaladas procederá su separación. Se consideran causales ordinarias de rescisión:

a) Cualquier inhabilidad física o mental que padezca el trabajador, independiente del resultado de los exámenes médicos que se le practiquen antes o durante el servicio.

b) El trabajador queda obligado a dichos exámenes médicos periódicos. Si el resultado es en el sentido de haber encontrado alguna incapacidad grave, el dictamen médico que se produzca constituirá elemento suficiente para la separación, sea o no indemnizable.

c) El contraer una enfermedad contagiosa o el uso de cierto tipo de medicamentos o drogas no autorizadas por un médico, obliga al trabaja-

dor en algunas legislaciones (Alemania, España, Italia, Francia) a manifestar al empleador el haber contraído tal enfermedad. De dar oportunamente este aviso el contrato de trabajo sólo se suspende por el lapso que dure la enfermedad. Al readquirir la salud conserva el derecho de reincorporarse al trabajo.

d) La inasistencia prolongada o reiterada que no obedezca a enfermedad es también causal rescisoria, pero la negativa del patrono o de su representante para el disfrute de un permiso o una licencia para faltar al trabajo por días, por ciertos periodos o por periodos prolongados, deberá fundarla la institución de pronunciarse cualquier negativa.

e) La desobediencia grave o reiterada a las órdenes e instrucciones del empleador. Toda acción u omisión injustificada es materia de investigación de la conducta observada por el empleado, pero debe dársele oportunidad de defensa, mediante investigación que se practique del motivo de la falta, a efecto de permitirle justificar su conducta. Se reserva la facultad del empleador para que, si estima que tal conducta hace imposible la relación de trabajo, proceda la separación aunque con pago de la indemnización legal establecida. La gravedad de la desobediencia debe estar en relación con la clase de órdenes o instrucciones que se den al empleado porque si estas son de justo incumplimiento se carecerá de la facultad mencionada.

f) Las faltas de probidad, constituyan o no delito, o la condena judicial por haber incurrido en un delito del orden común, han sido consideradas en varias legislaciones causales de separación. Se especifica en ellas las faltas a efecto de ajustar la sanción a la importancia y trascendencia de las mismas.

g) El faltante de dinero, aún en corta proporción, es motivo de inapelable rescisión. Algunas legislaciones permiten descuentos del salario cuando el empleador comprueba que dicho faltante fue debido a error imputable pero no doloso.

4. *Salario*

Fijado un salario mínimo bancario algunas legislaciones estipulan variantes en el pago del mismo aunque se ejerza idéntica ocupación. Ello se debe a la mayor o menor responsabilidad atribuida al empleado; otras conceden más salario cuando el empleado adquiere periodos de antigüedad. La ley argentina, por ejemplo, ha establecido el llamado "salario familiar de los bancarios" que se integra con la adición de ciertas prestaciones al salario ordinario. Con anterioridad se otorgaba asimismo una

cantidad adicional por cada hijo menor de dieciocho años o por hijos incapaces cualquiera fuese su edad; sin embargo, este aumento no ha formado parte del sueldo fijado en jubilaciones o pensiones de incapacidad; tampoco se concede a trabajadores que perciban cierta cantidad mensual.¹⁰⁰ El problema de las prestaciones permanentes no lo han resuelto muchas legislaciones como lo ha hecho la ley mexicana, la cual establece que el salario se integra con los pagos hechos en efectivo por cuota diaria, gratificaciones, percepciones, habitación, primas, comisiones, prestaciones en especie o cualquiera otra cantidad que se entregue al trabajador por su trabajo (a. 84 LFT).

5. *Limitaciones*

Existen tres clases de limitaciones a la relación de trabajo de los empleados bancarios. La primera en casi todas las legislaciones fue la edad, tanto de admisión como de antigüedad. No se aceptaban menores de veintiuno a veinticinco años. Los motivos expuestos por los empleadores eran el grado de educación que debían alcanzar los trabajadores, la responsabilidad que adquirirían y la conducta que podían observar en el servicio. Al reducirse a dieciocho años la mayoría de edad se reconsideraron los argumentos anteriores y la edad de ingreso se fija entre dieciocho y veinte años. Igual ha ocurrido con la edad máxima; durante mucho tiempo el retiro se efectuaba después de los sesenta años, hoy se hace entre los cincuenta y tres y los sesenta años; como la edad superior de ingreso eran los cuarenta años, se requerían quince años de servicios efectivos mínimo para alcanzar el beneficio de la jubilación, pero ahora esta edad fluctúa entre los veinte y los veinticinco años de servicios. Curiosamente el impedimento para ingresar a ciertas actividades después de los cuarenta años partió de los reglamentos bancarios, pero hoy se ha extendido a otras múltiples actividades sin ningún fundamento legal o social.

Una segunda limitación se encuentra en el tiempo de servicios. Se ha adoptado como regla que el empleado bancario debe hacer carrera en las instituciones y demostrar su celo permanente por mejorar. De no suceder esto, el mejor trabajador, el más fiel y cumplido, el responsable, es liquidado con pago completo de prestaciones al transcurrir cierto número de años de servicio. La maternidad ha constituido otra limitación. Con frecuencia las empleadas mujeres son separadas de sus puestos por

¹⁰⁰ Pozzo, Juan D., *Derecho del trabajo*, Buenos Aires, EDIAR, 1948, t. I, pp. 643 y ss.

contraer matrimonio. Los derechos concedidos a la mujer trabajadora en caso de embarazo representa un grave contratiempo en el oficio bancario. Se argumenta que otorgarle periodos de descanso previos y posteriores al parto, tiempo para amamantar a los hijos, atención ineludible de los pequeños, etcétera, no es compatible con la función a desempeñar en los bancos e instituciones de crédito. Los empleadores han impuesto su criterio en este sentido y aun cuando las leyes no consignan este impedimento, ellos lo sustentan al frenar la contratación de la mujer casada o prohijar su separación cuando perciben esta circunstancia.

La sindicación bancaria es otro motivo de limitación. La legislación internacional en cumplimiento de lo dispuesto por el convenio número 87 de la OIT ha aceptado la formación de sindicatos de empleados bancarios y hasta el momento ninguna de las leyes mexicanas lo impiden. México limitó a los trabajadores bancarios la formación de sindicatos, con apoyo en la idea de las disposiciones del primer reglamento de los empleados de instituciones de crédito, promulgado con fecha 15 de noviembre de 1937; otorgaba a éstos mayores beneficios laborales que en los que en aque!la época existían en beneficio de los demás trabajadores, dando a entender que dicho reglamento hacía innecesaria la sindicación, ya que en todo contrato individual de trabajo celebrado —se dijo— quedaba incluida la más amplia protección de sus derechos.

El profesor Santos Azuela no lo cree así y tacha de inconstitucional la mencionada reglamentación, porque no sólo impidió la sindicalización de los empleados bancarios sino que prohibió el derecho de huelga al disponer que las labores en las instituciones de crédito no podrán suspenderse debido a que cualquier suspensión sería de grave ofensa al interés público. Para este autor ni siquiera los primeros brotes sindicales que tuvieron lugar después de la publicación de un nuevo reglamento, representaron una afirmación del derecho de asociación profesional y menos aún del derecho de huelga, sino al contrario, afirmaron de hecho la posición oficial al no otorgar registro alguno a las incipientes agrupaciones que se formaron.¹⁰¹

El doctor De Buen, al explicar los derechos sindicales que admiten una expresión individual, estima que la ley es categórica en el sentido de afirmar que nadie puede ser obligado a formar parte de un sindicato o a no formar parte de él. En consecuencia, cualquier estipulación que desvirtúe de algún modo la libertad sindical, es nula de pleno derecho. Sin embar-

¹⁰¹ Santos Azuela, Héctor, *Estudios de derecho sindical y del trabajo*, México, UNAM, 1987, pp. 117 a 121.

go, el propio autor encuentra serias limitaciones a ese derecho individual al considerar que el derecho a la sindicalización es un derecho colectivo y por tanto su expresión debe encontrarse en el interés del grupo y no en la simple voluntad del individuo. Interpretando su sentir encuentra congruente tales limitaciones.¹⁰²

En reciente reforma constitucional de fecha 27 de junio de 1990, en la cual se incluyeron en el apartado "A" fracción XXXI inciso 22 del artículo 123 constitucional los servicios de banca y crédito, ha quedado corregida la situación irregular en que se ha mantenido a los trabajadores bancarios, por lo que corresponderá a la ley federal del trabajo donde deban ser regulados tanto los derechos individuales como los colectivos de estos trabajadores. Creemos que un capítulo especial más, que los comprenda, es la solución al problema que hoy se confronta. Al tener lugar esta modificación jurídica, nuestro país se adherirá al criterio universal que protege a los empleados de las instituciones de crédito con la singularidad y beneficios particulares que les corresponden.

IV. EL TRABAJO A DOMICILIO

Los autores coinciden en el concepto "trabajo a domicilio" al estimar que si bien es cierto falta en él la subordinación, elemento de la relación de trabajo que surge cuando una persona trabaja para otra bajo su poder de mando, en cualquier forma su situación de dirección y dependencia es análoga a la de la persona que presta servicios en una fábrica, un comercio u otra actividad productiva, puesto que no puede actuar por sí mismo sino siguiendo las instrucciones que se le indiquen.

Efectivamente, el trabajo a domicilio no es trabajo subordinado porque el trabajador no se encuentra sometido al poder jurídico de mando del empresario, pero tampoco puede considerársele trabajo libre por tres razones: primera, el obrero no dispone del producto de su esfuerzo; segunda, al ser entregado el producto a quien ordena el trabajo, tal hecho impide al trabajador toda intervención en su comercialización; tercera, el valor fijado al producto es el salario que recibe el trabajador a la entrega de cada pieza o unidad terminada, en la proporción del valor que a esta se asigne. El patrono es quien impone un precio tanto al trabajador como al producto en el momento en que éste entra al mercado. El trabajador podrá aceptar o rechazar el trabajo según su conveniencia pero hasta ahí su manifestación de voluntad.

¹⁰² De Buen, *op. cit.*, *supra* nota 10, pp. 607 a 610.

El trabajo a domicilio lo ha definido Barassi como “un trabajo libre del poder de mando del patrono, ejecutado para una negociación fuera de sus talleres”.¹⁰³ El Estatuto de los Trabajadores de España lo define como “aquel en que la prestación de la actividad laboral se realiza en el domicilio del trabajador o en el lugar libremente elegido por éste y sin vigilancia del empresario”.¹⁰⁴ Para la OIT es un trabajo autónomo al cual se extienden los beneficios de la legislación del trabajo.¹⁰⁵ Y según la definición de Rouast y Durand es “el trabajo realizado para uno o más establecimientos industriales sin la dirección de un patrono, sin jornada fija y sin vigilancia; pero sujeto siempre a instrucciones recibidas, a un precio contratado previamente y a condiciones fijadas por el empleador”.¹⁰⁶

La LFT de 1931 en México, definió el trabajo a domicilio en los siguientes términos: “Es el que desempeña toda persona a quien se entreguen artículos de fabricación y materias primas, para que sean elaborados en su propio domicilio y en cualquier otro lugar, pero fuera de la vigilancia o dirección inmediatos de la persona que ha proporcionado el material” (a. 207). Esta definición no se dio en función de la relación de trabajo que nacía cuando una persona encargaba a otra la manufactura de un determinado producto, sino en función del material entregado para llevar a cabo esa fabricación, así como en el hecho de manufacturarse el producto en el domicilio del trabajador. Se quiso ver en el trabajo a domicilio más como una relación civil o mercantil que laboral, o *in extremis* doméstica, debido a las circunstancias bajo las cuales se producía, que no eran las normales de la ley.

La descripción expuesta obligó al cambio del concepto de la nueva ley. El trabajo a domicilio es hoy definido entre nosotros como: “el que se ejecuta habitualmente para un patrón en el domicilio del trabajador o en un local libremente elegido por él, sin vigilancia ni dirección inmediata de quien proporciona el trabajo” (a. 311). La existencia de un patrono y un trabajador al igual que el principio legal de dirección y dependencia del trabajador, quedan condicionados a la relación jurídica; y en calidad de elemento complementario el hecho de realizarse el trabajo en el domi-

¹⁰³ Barassi, L., *op. cit.*, *supra* nota 62; Cueva, Mario de la, *op. cit.*, *supra* nota 7, pp. 865 a 868.

¹⁰⁴ *Estatuto de los Trabajadores (España)*, Madrid, Editorial Rivadeneyra, 1984, V. artículo 13.1.

¹⁰⁵ *La empresa y los factores que influyen en su funcionamiento*, 8a. ed., Ginebra, OIT, 1984, p. 184.

¹⁰⁶ Rouast & Durand, *Précis de Legislation Industrielle*, París, Sirey, p. 211 (sin fecha de ed.).

cilio del trabajador. Por esto en un párrafo adicional se aclara que “de ejecutarse el trabajo en condiciones distintas de las señaladas, regirán entonces las disposiciones generales de la ley”. En suma, la realidad social y jurídica de la relación que se establece es la que rige la especialidad del contrato, no los requisitos de subordinación, de dirección o el poder de mandar.

La historia de este tipo de trabajo —indica el doctor Alonso Olea— se remonta a la etapa de la Revolución Industrial. Bajo el título de “trabajos por encargo” se llevaban a cabo en esa época múltiples actividades cuya característica no era su realización o ejecución en el taller sino en el hogar de quien las emprendía (*self-acting machines* diríamos hoy); esta actividad acarrea como beneficio inmediato la supresión de puestos de trabajo en las factorías (el autor pone los ejemplos de lo sucedido en las fábricas de Birmingham y Barcelona). El contrato de trabajo a domicilio —expresa más adelante— no es por lo mismo de presencia actual; ha substituido desde entonces en determinadas ramas de la producción sin tomar en cuenta jornadas, salubridad de los locales, abuso de la mano de obra femenina e infantil y siempre en situación de inferioridad respecto de otra clase de trabajo. Es el que en la actualidad los autores llaman *sweet shop* que traducido al lenguaje común significa “talleres del sudor”. Esto es, para dar una connotación y contenido precisos es “el trabajo explotado en el hogar”.¹⁰⁷

Las características de este contrato especial de trabajo atípico son:

1. Lugar de trabajo

Es, desde luego, el domicilio del trabajador, pues como dice la ley mexicana, de no existir esta circunstancia deberán regir las disposiciones generales. Puede fijarse, conforme lo han aceptado todas las legislaciones, un lugar distinto para llevarlo a cabo, ya sea porque el trabajador disponga de un pequeño taller ubicado no precisamente en su hogar, o porque a él convenga señalar un sitio en particular por motivos de comodidad personal. Lo que interesa al empleador es el producto al igual que la calidad de manufactura del mismo, bases firmes de la contratación.

2. Pluralidad de patronos

La libertad de trabajo que impera en este tipo de contrato debe ser básica; por eso el trabajador puede comprometerse al mismo tiempo con

¹⁰⁷ Alonso Olea, Manuel, “Contratos de trabajo atípicos y crisis”, *Cuestiones laborales*, México, UNAM, 1989, pp. 129 y 130.

diferentes patronos, pues no es el factor tiempo de jornada sino tiempo de entrega del producto lo que da fuerza a las condiciones de trabajo que se establezcan. Ninguna obligación puede imponerse al trabajador en el sentido de que únicamente laborará para determinada persona física o moral ya que una de las cualidades atribuidas al contrato es la necesidad y la oportunidad; es decir, al patrono interesa recibir el producto en fecha fija y al trabajador cumplir con el encargo hecho dentro del término convenido para obtener su valor lo más pronto posible. Después de la entrega del producto es probable que ese patrono ya no tenga de momento ocupación para el trabajador, por lo que éste quedaría en desamparo si careciera de trabajo. Una de las ventajas patronales en este tipo de actividad es igualmente la libertad de contratar con diversas personas la manufactura de distintos productos.

3. *Remuneración*

El salario se fija por unidad o pieza terminadas. El empleador puede convenir con el trabajador la entrega del material de que se componga el producto para garantía de su calidad e inclusive puede entregarle, a título de usufructo, una máquina o los utensilios o equipo accesorio que requiera en la manufactura. El precio fijado a la unidad puede ser inferior si se proporcionan estos elementos de labor, o mayor, si es el propio trabajador quien pone, además de la mano de obra, los materiales y el equipo de producción o los utensilios que necesite.

La ley alemana expresa que el empleador que proporcione trabajo a domicilio debe llevar el control en una libreta especial, individual para cada trabajador que emplee. En esa libreta se anota cualquiera de estas opciones: usufructo de equipo de trabajo, materiales, otros utensilios o parte de esto, o la totalidad según sea el convenio establecido. Se anota también el número de unidades que deba entregar el trabajador al concluir la producción acordada y el valor de cada unidad. La ley francesa sólo dice que el trabajo debe ejecutarse mediante salario por unidad de obra, descontándose el valor del material cuando éste sea entregado por el empleador, es decir, debe contabilizarse por separado el importe del material y el valor del trabajo a realizar.

En ambas legislaciones se establece asimismo un salario mínimo. Cualquiera sea el trato no podrá pagarse por unidad menos de lo establecido en tablas adicionales a la ley, sobre las cuales se calculan estas prestaciones: primas familiares, importe proporcional de vacaciones e indemnizaciones en caso de disolución de la relación jurídica. El salario mínimo

es el normal en estas latitudes en las que el trabajo se paga por tiempo-hora; esto es, la retribución que reciba el trabajador debe estar en proporción directa a su habilidad media, a las características del taller o establecimiento de que disponga y al número de piezas que puedan ser fabricadas en una jornada convenida, sin exceder de ocho horas por día. Se calcula este pago en función del tiempo que ocupe un obrero de la misma especialidad en la fabricación de cada pieza u obra. Conviene además aclarar que el salario mínimo así obtenido no es un salario mínimo vital sino más industrial.

Con base en este sistema se fijan tantos tipos de remuneración cuantas sean las clases de trabajo, tareas u ocupaciones las contratadas. En otras legislaciones el salario-base fijado es el mismo que se paga en los destajos ya sea en una región o en una localidad específica, siempre que se practique esta forma de pago. Se calcula deduciéndolo de las tarifas usuales y multiplicándolo por el número global de horas estimadas necesarias para la misma clase de trabajo. Se toman además en cuenta tanto las fluctuaciones del trabajo por motivos estacionales (verano o invierno) como por circunstancias que hagan variar las condiciones de trabajo en la zona donde se ejecuta. El valor de los materiales y accesorios, el alquiler de maquinaria o equipo, el uso de utensilios, todo esto se incluye en el valor fijado a la pieza o unidad terminadas, exceptuándose los casos en que el trabajador deba adquirir por su cuenta dichos materiales o se auxilie con artefactos que no sean de su propiedad. La ley número 8/80 y el Estatuto de los Trabajadores de España incluyen capítulos muy interesantes respecto de lo anterior.

4. Seguridad social e indemnizaciones

En otros países el trabajo a domicilio no recibe atención directa de las instituciones de seguridad social. Se aduce que tanto el hecho de desconocer el empleador las condiciones de higiene y seguridad en que se realiza el trabajo como el de establecerse el pago de primas adicionales al salario por este concepto, compensan la inscripción del trabajador. La legislación mexicana tampoco los incluye entre los beneficiarios del IMSS debido a la circunstancia de que pueden ser varios los patronos a quienes preste servicios el trabajador; para suplir esta deficiencia se les ha permitido inscribirse como asociados voluntarios bajo las reglas impuestas en la ley respectiva. En cuanto al pago de indemnizaciones por dejar de prestar al servicio, las leyes fijan obligaciones patronales muy benignas en tal sentido.

5. *Obligaciones patronales*

El control del trabajo a domicilio es tarea que ha tomado para sí la autoridad del trabajo de cada país. La exigencia de un contrato escrito es casi general aunque son contadas las legislaciones que establecen el compromiso patronal de registrar dichos contratos. En donde se ha establecido esta obligación el informe comprende el nombre del trabajador, el lugar de ejecución del trabajo, materiales y útiles que se le proporcionen y salario convenido. La libreta de trabajo se está convirtiendo en requisito universal pues a falta de contrato escrito este documento representa la garantía del trabajador de la existencia de una relación de trabajo especial.

La ley mexicana de 1931 no consignó esta obligación patronal pero la promulgación del convenio de la OIT al respecto, hizo que en la nueva ley se impusiera no sólo esta libreta sino también un libro de registro de trabajadores a domicilio (aa. 320 y 321). Asimismo se incluyó otra regla que desde hace muchos años rige en Europa, la fijación de las tarifas de salario en lugar visible de los locales donde se proporcione y reciba el trabajo (a. 320). Una obligación adicional en nuestro país es el pago proporcional correspondiente al día de descanso obligatorio y el derecho, con pago, de vacaciones anuales (aa. 327 y 328).

6. *Inspección*

Esencial en estos contratos de trabajo es la permanente vigilancia de las autoridades. En todos los países los inspectores del trabajo deberán acudir a los negocios donde se proporcione trabajo a domicilio para comprobar que se cumple con los tres requisitos enunciados: a) la entrega de libretas de trabajo y el cumplimiento de los registros que procedan; b) el desarrollo del trabajo en el domicilio fijado por el trabajador, con el objeto de revisar el cumplimiento de los reglamentos en lo que corresponda a cada tipo de actividad (higiene y seguridad de los locales, salarios de acuerdo con las tarifas aprobadas, ejecución personal del trabajo, ausencia de intermediarios, extremos de una posible contratación colectiva, etc.); y c) forma de pago del salario; su ajuste a las percepciones recibidas normalmente por otros trabajadores ocupados en el comercio o la industria en tareas similares; sistemas de regulación respecto del pago de salarios mínimos profesionales; tiempo promedio para la elaboración de los productos y precios de estos productos en el mercado (esto último con objeto de establecer la proporcionalidad del pago).

La conclusión que se obtiene se contrae a los anteriores aspectos de la relación de trabajo. La falta de los elementos típicos del trabajo subordinado no obsta para otorgarle carácter autónomo a esta otra contratación atípica, frente a la existencia, como ya se ha insistido, de un empleador, de un trabajador y de condiciones de trabajo específicas. El objetivo final es la atención que se presta a un conjunto de intereses legalmente protegidos.

V. TRABAJO REMUNERADO CON PROPINA

Motivo de añejas y graves discusiones ha sido el trabajo remunerado con propina. La antigua costumbre de los empleadores 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 derecho del trabajo, que no han encontrado aún métodos de satisfacción legal de este tipo de actividad y menos aún se han aventurado a reglamentarla. Hemos dejado explicado que la propina ha sido considerada también una forma complementaria del salario de otro tipo de trabajadores, 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 mejoran 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.

Definiríamos la propina como una remuneración no retributiva, abonada por un tercero a la persona que lleva a cabo voluntariamente un servicio, sin la obligación correlativa de quien lo recibe de otorgar esa remuneración. Tres elementos constituyen esta figura legal: 1. La prestación de un servicio no necesariamente remunerable; 2. La libre voluntad de quien lo presta; y 3. La entrega, voluntaria también, de una cantidad en efectivo por parte de quien recibe el servicio. La propina no es salario porque no es el empleador, sino el cliente de un establecimiento, la persona que otorga el beneficio económico; y es asimismo la libertad, tanto de la persona que presta el servicio como del tercero que lo recibe, lo que cuenta en el caso.

Hay divergencia de opiniones sobre el particular. El maestro De la Cueva, por ejemplo, explicó que durante el periodo de elaboración del

proyecto de la nueva ley federal de trabajo en México, la Comisión por él dirigida recibió varios estudios en los que se plantearon las cuestiones principales que preocupaban a ciertos grupos de trabajadores. Realizado un cuidadoso análisis de dichas cuestiones a través de la doctrina nacional y extranjera, al igual que de varios contratos colectivos que las contemplan, se encontró que resultaba necesario investigar y resolver el problema de la explotación de que eran víctimas los trabajadores de la propina. No obstante la fuerte oposición presentada por algunos sectores patronales, hubo de llegarse a la conclusión de que si no era posible una forma de trabajo completa a favor de la totalidad de los prestadores del servicio remunerado con propina, se podría al menos reglamentar la esencia de su función y en mínima proporción ofrecer a éstos algunos medios útiles para protegerlos.

Examinada por otra parte —agregó— la actividad laboral en algunas industrias, pudo determinarse que cuando esas industrias sustentan su actividad económica en la oferta de ciertos servicios a la clientela, independientemente de quedar configurados los dos elementos constitutivos de la empresa, el trabajo y el capital, al cumplir con las obligaciones que se les fijan, los prestadores materiales del servicio se granjean, por regla general, la voluntad del cliente, quien agradece la conducta observada mediante la entrega de una especie de gratificación al trabajador, que para el maestro es lo que constituye la propina. Encuentra por ello en este tipo de relación modalidades propias a regular legalmente, con mayor razón si se toma en cuenta que el desarrollo industrial moderno ha dado origen a la especialización de la mano de obra que exige una consideración adecuada como forma de estimular el trabajo y de mejorar los salarios mínimos profesionales cuando existe un contrato de prestación de servicios.¹⁰⁸

El problema, como puede apreciarse, 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 presentada a la consideración del lector, la propina es una suma de dinero que paga el cliente de un patrono en ocasión de una operación de adquisición o consumisión de mercancías, pago que ante todo cuenta con la total aceptación del patrono. Conforme este principio, creemos que la propina no es un elemento ajeno a una relación de trabajo, porque al quedar incluida en un contrato cuando esto ocurre, se advierte su existencia. El hecho de que tenga el carácter de una retribución adicional por un servicio pres-

¹⁰⁸ Cueva, Mario de la, *op. cit.*, *supra* nota 49, t. I, pp. 557 y 558.

tado, que inclusive paga el cliente de un establecimiento al trabajador, no le quita ser parte del elemento remunerativo. Las convenciones colectivas, por ejemplo, que han aceptado este principio, lo han hecho tomando en cuenta la mejoría del servicio y el beneficio extra recibido por el trabajador.

Existen por ello dos clases de propina, la individual y la colectiva. Si es individual 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 está en la común conveniencia, al emparejarse el interés económico y no resultar distinta la percepción de cada trabajador.

Varias legislaciones, en particular las europeas, 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. Los autores que han examinado la cuestión otorgan carácter colectivo a la primera forma en que puede presentarse la propina, e individual a la segunda. 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 patrono.

El legislador mexicano resolvió el conflicto jurídico estableciendo como norma general que las propinas son parte del salario de los trabajadores y que los patronos no podrán reservarse para sí ningún derecho y menos aún participar de 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 (aa. 346 y 347 de la LFT de 1970).

En un valioso comentario que hace a este respecto el profesor Climent Beltrán, en la publicación de la ley mexicana, estima que la propina cuando forma parte del salario se apoya en principios muy diferentes a los que toman como base de reglamentación las legislaciones europeas. Acepta que si su importancia legal consiste en operar como una donación liberal del cliente, no es por lo mismo, una remuneración que entregue

el patrono; pero a pesar de esto —agrega— significa un ingreso no esporádico sino habitual, originado por el servicio prestado, de tal manera, que forma parte inseparable del ingreso del trabajador y obliga a su reglamentación.¹⁰⁹

El no considerar la propina como parte del salario del trabajador es lo usual, pero en cambio se acepta su existencia y se le fomenta como garantía de permanencia del trabajador en un puesto. El rechazo está en los alcances de la propina. Se quiere 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 incluye 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 sólo se le dan facilidades para obtener alguna compensación por sus servicios. Los casos en que se otorga esta opción son los expendios de gasolina, algunos talleres mecánicos, algunos estacionamientos de vehículos, en los supermercados, en las guarderías u otros establecimientos de guarda de objetos. Pero véase si conforme al servicio existe o no relación de trabajo. Se presenta una utilización formal de empleo porque se fija una ocupación bien definida, se ajusta su presencia a un horario, recibe órdenes la persona empleada, se garantiza su permanencia y se le faculta para el beneficio económico otorgado por el cliente en compensación a otro tipo de ingreso económico.¹¹⁰

Por otro lado, se cubren varios de los elementos de la relación de trabajo: a) interviene un patrono o un intermediario suyo; ante uno u otro la persona debe responder del servicio que desarrolla; b) se encarga a esa persona una función específica con la obligación de cumplirla; c) se

¹⁰⁹ Climent Beltrán, Juan B., *Ley Federal del Trabajo Comentada*, 2a. ed., México, Esfinge, 1984, pp. 225 y 226.

¹¹⁰ Despontin, Luis A., *La técnica en el derecho del trabajo*, Buenos Aires, Claridad, 1941.

fija una jornada de trabajo o cierta obligación de concurrencia al empleo; d) la persona recibe una remuneración en especie que se asimila legalmente a un salario; e) se le dan garantías de estabilidad en el empleo; y f) se establecen condiciones mínimas de trabajo que le facilite la percepción de un modesto beneficio económico. Más aún, de presentarse un riesgo, existe la obligación patronal de atenderlo de inmediato y caso de proceder alguna indemnización, se estima ésta laboral.

La falta de contrato escrito podrá ser o no suplida por la ley. Para el autor argentino Mario L. Devealí, corresponderá a la autoridad judicial el alcance de la relación de trabajo establecida, la remuneración promedio que proceda y el monto de la indemnización, de existir en alguna forma responsabilidad del empleador. Las propinas siempre se encontrarán relacionadas con las condiciones personales del 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.

En nuestro país se niega la posible existencia de una relación de trabajo en atención a los requisitos legales que debe reunir todo trabajador. Los patronos señalan como argumento que mantienen una planta de empleados permanentes y que si admiten que un tercero auxilie a dicho personal a cambio de la propina, lo hacen en atención al beneficio individual que se le ofrece pero sin responsabilidad alguna de quien permite obtener ese beneficio; se trata de una ayuda sin compromisos.

Nuestra conclusión es que si el servicio resulta necesario la ley debe ofrecer los medios idóneos para resolver cualquier tipo de relación laboral, desde el *self service* de los norteamericanos y europeos hasta la instauración de un contrato muy especial. La conveniencia personal —se dice— no debe llegar al extremo de exigir la presencia de trabajadores de la propina para facilitar una tarea que no se desea realizar. Un tipo de contrato bien estructurado, con especificaciones concretas y adaptable al servicio que se preste, es la solución social de mayor aceptación. Al igual que lo hecho por el legislador tratándose del trabajo a domicilio, creemos puede encontrarse solución a la ocupación de estos verdaderos trabajadores, a quienes podrán limitarse derechos, pero concederles una elemental protección a sus intereses.