UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL TÁCHIRA
VICERRECTORADO ACADÉMICO
DECANATO DE INVESTIGACIÓN Y POSTGRADO

LA PROPINA COMO ELEMENTO DEL SALARIO

Proyecto de Trabajo de Grado para optar al Título de Especialista en Derecho Laboral

Línea de investigación: Relaciones laborales y seguridad social

Autora: Abog. Irina Daniela Brito Soto
Tutor: Mg. Sc. Abog. Carmen Andrea Ochoa de Patiño

San Cristóbal, septiembre de 2019.

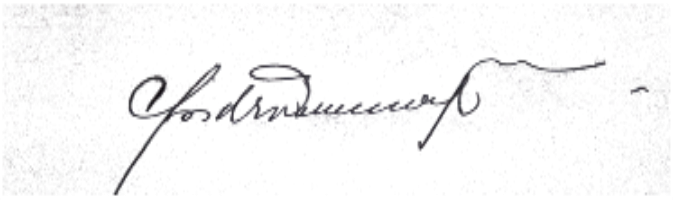
UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL TÁCHIRA
VICERRECTORADO ACADÉMICO
DECANATO DE INVESTIGACIÓN Y POSTGRADO

ACEPTACIÓN DEL TUTOR

Por la presente hago constar que he leído el Proyecto de Tesis presentado por la Abogada Irina Daniela Brito Soto, cédula de identidad: V-19.599.963; para optar al Título de Especialista en Derecho del Trabajo cuyo título es **La propina como elemento del salario**, aprobado por el Consejo General de Postgrado, en su reunión de fecha 06 de marzo de 2019 según acta N° 161 General de Postgrado de la UCAT.

Así mismo hago constar que reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometido a la evaluación correspondiente.

En San Cristóbal, a los 31 días del mes de agosto de 2019



_____

Abg. Carmen Andrea Ochoa de Patiño
C.I. 9.208.022

INDICE GENERAL

INTRODUCCIÓN 1

Capítulo I 5

El Salario 5

Etimología. 5

Definiciones 6

Clases de Salario. 9

Evolución histórica del salario 13

Salario en la legislación venezolana 23

Elementos que no tienen carácter salarial 26

Capitulo II 30

La Propina 30

Etimología 30

Definición 30

Características de la Propina 31

Tipos de propina 33

Evolución histórica 37

Naturaleza jurídica. 44

La propina en el ordenamiento jurídico venezolano 47

Regulación de la Propina en el Derecho comparado. 49

Capítulo III 55

Antecedentes Normativos 55

Normas Internacionales 55

Declaración de los Derechos Humanos (ONU, 1948) 55

Organización Internacional del Trabajo 56

Normas Nacionales 59

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela 59
Ley Orgánica del Trabajo, los trabajadores y los trabajadores..... 60
Capítulo IV 63
Consideraciones Jurisprudenciales en referencia a la propina 63
CONCLUSIONES 70
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS 74

UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL TÁCHIRA
VICERRECTORADO ACADÉMICO
DECANATO DE INVESTIGACIÓN Y POSTGRADO

LA PROPINA COMO ELEMENTO DEL SALARIO

Autora: Irina Daniela Brito Soto

Tutora: Carmen Andrea Ochoa de Patiño

RESUMEN

La presente investigación se encuentra inscrita bajo la modalidad de estudio documental, se inscribe en el diseño bibliográfico, de nivel exploratorio, mediante el cual, se cumplió analizar la propina como elemento del salario. En este sentido, se analizó la noción de salario, en su diferentes concepciones, doctrinal, económico y jurídico, y las percepciones que no tienen carácter salarial. Asimismo, se examinó la definición de propina, tipos, características, las teorías que explican su naturaleza y su regulación en el derecho comparado, encontrando que algunos países reconocen la propina como parte del salario y otros que la excluyen. Se estudiaron las normas internacionales y nacionales que regulan la propina y el salario. Se revisaron los criterios establecidos por la jurisprudencia nacional al interpretar la legislación en referencia a la noción de propina.

Descriptores: salario, propina, propina voluntaria, recargo por servicio o consumo.

INTRODUCCIÓN

La propina, en su más amplia acepción es la gratificación con que se recompensa un servicio personal, en este sentido, presenta dos categorizaciones, la primera es la que no conlleva mayores efectos jurídicos, por cuanto es la que percibe un trabajador por cuenta propia, como bien lo podría ser un taxista que maneja su propio taxi; la segunda categorización es la que interesa a efectos de esta investigación, la cual corresponde al trabajador que percibe propina al prestar un servicio por cuenta ajena.

De esta manera, la figura de la propina es estudiada y analizada por diversos tratadistas, quienes difieren unos de otros respecto de la naturaleza jurídica que esta reviste, en tal sentido se puede señalar que el autor Guillermo Cabanellas de Torres define esta figura como la colocación o agasajo que se repartía entre los concurrentes a una junta, y que después se redujo a dinero. Pequeño sobreprecio que voluntariamente se da como satisfacción por algún servicio. Corta donación remuneratoria por un servicio eventual[1].

Por otra parte, Ernesto Krotoschin señala que la propina no es en sí misma una remuneración, ya que no está a cargo del patrono la propina obedece a una liberalidad del cliente por la que este quiere mostrar su satisfacción por el servicio recibido, o recompensarlo en una forma especial independientemente del precio que por este servicio tiene que pagar al empresario[2].

[1]CABANELLAS G. (2000) *Diccionario Jurídico Elemental*, Editorial Heliasta, 2000.
[2]Tratado Práctico de Derecho del Trabajo: citado por FALLAS C. (2011) *Carácter Salarial De Las Propinas*. Revista Jurídica de Seguridad Social. Consultoría Jurídico Administrativa.

Por otra parte, según Unsain[3], las propinas tienen el carácter de voluntarias, en tanto que el salario es obligatorio. Son imprecisas en su monto en tanto que el jornal es fijo. Provienen de un tercero como regalo, en tanto que el salario proviene del patrón y tiene el carácter de un servicio prestado. No parece justo pues equipararla al salario y ella es considerada por los obreros como denigrante para su dignidad personal[4].

Ahora bien, de acuerdo con el Dr. Córdova[5] la incorporación de la propina a la normativa laboral, rompe con el carácter bilateral de la relación individual de trabajo y repercute en el tripartismo potencial de las relaciones colectivas, al debilitar la posición de crédito del trabajador y sobre todo al restarle peso a sus demandas de aumento salarial.

De esta manera, invocando el mayor o menor valor monetario que representa la propina, el empleador puede resistir peticiones de aumento e incluso en muchos establecimientos, llegar a pagar un salario promedio inferior al mínimo o tan escandalosamente bajo, que reduce a fútil la contraprestación a cargo del empleador[6].

Así, el empleado de la industria donde prevalece la propina, es un trabajador como cualquier otro, y debiera por tanto ser titular de los mismos derechos que se otorgan a los demás trabajadores, incluyendo la percepción de un salario justo y cierto, no aleatorio ni insuficiente. Ni el carácter del servicio que se presta, ni la peculiaridad de las horas de trabajo (efectuadas a veces en dos sesiones), justifican en modo alguno que se menoscabe su derecho o se demerite su ocupación.

---

[3]Citado por FALLAS C. (2011) *Carácter Salarial De Las Propinas*. Revista Jurídica de Seguridad Social. Consultoría Jurídico Administrativa.
[4]Ibíd.
[5]CÓRDOVA, E.(2011) *La propina en su contexto sociojurídico*. Gaceta Laboral, vol. 17, núm. 1, enero-abril, 2011, pp. 85-95. Universidad del Zulia. Maracaibo, Venezuela.
[6]Ibíd.

La propina presenta, además, otros aspectos ajenos a la típica relación de trabajo. Deforma por una parte principios básicos del salario como son su certeza, suficiencia y en cierto modo su intangibilidad. Altera por otra la causa del principio protector del trabajador, que no proviene en este caso del Estado ni del patrono o el sindicato, sino de un extraño a la relación de trabajo. Plantea por último dificultades de cómputo con respecto a la verificación del pago del salario mínimo[7].

Entonces, resulta fundamental conocer, por ejemplo, de qué manera influye la propina en la suficiencia retributiva que debe tener el salario. Se trata de un ingreso sujeto a muchas contingencias: el tamaño de la clientela, la posición social y económica de los parroquianos, la importancia del servicio, las horas de trabajo, las exigencias de atuendo y apariencia, y la posibilidad de tener que indemnizar al patrono por daños a la vajilla[8]. Tal posibilidad se ve contenida en algunos contratos de trabajo, suscriptos con restaurantes de alta categoría (por citar ejemplo).

En tal sentido, a través del presente estudio, se busca analizar la naturaleza jurídica de la propina como elemento del salario en la legislación venezolana, a través del desarrollo de una investigación documental, donde se revisaron los antecedentes jurisprudenciales emanados por las autoridades judiciales y administrativas que han vertido pronunciamientos sobre el tema, así como también los antecedentes legislativos que al respecto se han tenido. Además de compilar a este, las distintas posiciones que al efecto han manifestado tanto los patronos como los trabajadores involucrados.

El propósito principal o general de esta investigación se orientará entonces, a analizar la naturaleza jurídica de la propina como parte del salario dentro de la legislación actual venezolana. Asimismo, sus subsiguientes

[7]CÓRDOVA, E.(2011) *La propina en su contexto sociojurídico*. Gaceta Laboral, vol. 17, núm. 1, enero-abril, 2011, pp. 85-95. Universidad del Zulia. Maracaibo, Venezuela.
[8]Ibíd.

objetivos serán: a) Analizar la noción de Salario. b) Comprender el concepto de propina y su naturaleza jurídica; c) Conocer normativa internacional y nacional aplicables a la propina d) Estudiar los criterios jurisprudenciales de la propina en Venezuela.

Finalmente desde el punto de vista metodológico, el tipo de la investigación, se inscribe dentro del enfoque metodológico de la investigación documental, de acuerdo con Mirian Balestrini[9], "proporciona el conjunto de procedimientos tecno-operacionales que deben seguirse, a fin de lograr mayor y mejor eficiencia, en el manejo de las fuentes documentales que sirven de base y orientan las formulaciones de la investigación", se corresponde además, con la modalidad de diseño bibliográfico y las técnicas que derivan del mismo; este se produce, a través de un proceso que se realiza en forma ordenada y con objetivos precisos, dirigidos a fundamentar la construcción de nuevos conocimientos.

[9] BALESTRINI, M., *Estudios documentales, teóricos, análisis de discurso y las historias de vida, una propuesta metodológica para la elaboración de sus proyectos*, edición 2003, editorial BL consultores, segunda primera reimpresión 2007, p.149.

Capítulo I

El Salario

Etimología.

La sal fue el motivo de construcción de un camino desde las salitreras de Ostia hasta la ciudad de Roma, unos quinientos años antes de Jesucristo, este camino fue llamado " Vía Salaria", los soldados romanos que cuidaban esta ruta recibían parte de su pago en sal, esta parte era llamada "*Salariumargentum"* (agregado de sal), de allí proviene la palabra "salario"[10]. Salario deriva entonces, del latín *salarium*, que significa pago de sal o por sal.

Se conoce además, que se formalizó como forma de pago, en el antiguo imperio romano donde muchas veces se hacían pagos a los soldados con sal, la cual valía su peso en oro. En Grecia, el intercambio de sal por esclavos, dio origen a la expresión "no vale su sal". Es interesante notar que la sal no solo se usaba para condimentar y preservar comida, si no también se usaba como antiséptico. La palabra sal es derivada de *Salus* (diosa de la Salud)[11].

Es así como, se suele usar la palabra sueldo, que proviene de "*solidus*" (moneda sólida de oro de peso cabal), término del que a su vez procede la soldada, para referirse al salario pagado en forma mensual. En algunos rubros el período suele ser diario o quincenal, y en ese caso a la remuneración de ese período se le llama jornal[12].

---

[10]BAYÓN C., y PÉREZ E. (1964) Manual de derecho del trabajo, 5ª. Ed.; Madrid, España. (s.e.).
[11]Ibíd.
[12]CABANELLAS G. (2000) *Diccionario jurídico elemental*, 14ª. Ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta S.R.L.

Definiciones

Son muchas las definiciones que se han dado de la palabra salario.

Seguidamente insertaremos algunas de ellas[13]:

- "Salario viene de la palabra latina solarium, de sal. Consiste en el estipendio o recompensa que los amos dan a los criados por razón de su servicio o trabajo". (Enciclopedia Universal Espasa).
- "Salario es toda retribución que percibe el hombre en cambio de un servicio que con su trabajo ha prestado". (Llovera).
- "Salario es la retribución que la persona obtiene en justa recompensa del uso cedido por ella a otro de la.fuerza propia del trabajo" (Mithof).
- "Salario es la renta percibida por el obrero o empleado al servicio de un empresario". (Legislación Francesa).

El salario, paga o remuneración (también llamado sueldo, soldada o estipendio), es la suma de dinero que recibe de forma periódica un trabajador de su empleador por un tiempo de trabajo determinado o por la realización de una tarea específica o fabricación de un producto determinado[14]. El pago puede ser mensual, semanal o diario, y en este último caso recibe el nombre de jornal, del término jornada.

Bayón Chacón haciendo referencia al Estatuto de los Trabajadores señala se considera salario entonces, a la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores (en dinero o en especie), por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo,

[13]LOPEZ, J., «EL Salario» en AA.VV. (DE BUEN, N y MORGADO E. coordinadores). *Instituciones del derecho del trabajo y de la Seguridad Social Academia* Iberoamericana del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1997

[14]BAYÓN C., y PÉREZ E. Manual de derecho del trabajo…Ob. cit., p. 71.

cualquiera que sea la forma de remuneración, o los periodos de descanso computables como de trabajo[15] Por lo tanto, se excluye al trabajador por cuenta propia (el autónomo).

Ahora bien, el salario no solo retribuye el "trabajo efectivo", sino también los periodos de descanso computables como de trabajo: descanso semanal, fiestas laborales, permisos retribuidos y vacaciones anuales. La amplitud de la noción legal de salario permite afirmar la existencia de una presunción iuris tantum de que todo (la "totalidad") lo que recibe el trabajador le es debido en concepto de salario[16].

Igualmente, según Chiavenato[17], este define el Salario como el total de las percepciones económicas de las trabajadoras, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena. Asimismo, Strauss y Sayles [18], este define el Salario como un procedimiento sistemático para establecer una estructura de remuneración.

Por otra parte, el salario puede ser definido, entonces, como todo aquello que el empleador debe al trabajador como consecuencia de la relación de trabajo, y comprende lo que se abona en dinero como en bienes o en servicios; con carácter actual o diferido; calculado por tiempo, por unidad de producción o de cualquier otra manera; y ya sea que se le denomine remuneración, retribución, sueldo, jornal, honorario, emolumento o de cualquier otro modo.

Por otro lado, con gran precisión Montenegro Baca[19] enseña que el salario, abarca el conjunto de ventajas o beneficios que obtiene el trabajador que

---

[15] RONDON DE SANSO H. (1976) *El Procedimiento Administrativo*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, Venezuela.
[16] BAYÓN C., y PÉREZ E. Manual de derecho del trabajo…Ob. cit., p. 77
[17] ibíd.
[18] LÓPEZ J. (s/f) El salario. En *Instituciones de derecho del trabajo…* Ob. cit., p. 89
[19] REYES Libia. (2012) *Derecho Laboral.* Primera Edición. Red Tercer Milenio. Estado de México.

presta trabajo subordinado, siempre que lo perciba por su trabajo y no para el trabajo, esto es, como consecuencia de un servicio prestado y no como medio para poder prestar este.

De esta manera, el contenido del salario, en una conceptuación tan general, resulta muy amplio y variado. Echeandia[20]., por ejemplo, señala que involucra varias prestaciones pero que, en todo caso, una de ellas es esencial y las otras, complementarias. A la prestación esencial la denomina "salario base", e indica que puede estar constituida por una cantidad de dinero en efectivo y otra en especie, o simplemente por la cantidad de dinero metálico

Ahora bien, desde el punto de vista de la economía política, el salario es la remuneración de toda actividad productiva del hombre. Comprende, no sólo la remuneración de los obreros sino también del personal técnico y administrativo, aunque en estos últimos tome el nombre de sueldo. La mayoría de los economistas han considerado el salario como precio de una mercancía. Dicha mercancía es el trabajo humano[21]. Este concepto es una ofensa a la dignidad de la persona humana, por lo cual los tratadistas modernos lo han combatido con dureza. La Conferencia Internacional de 1947 condenó en términos enérgicos la noción de que el trabajo no es una mercancía y propugnó por una nueva concepción que estuviera acorde con la realidad y la condición humana del trabajo[22].

De esta manera, se considerará salario la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo

[20]Ibíd.
[21] RODRÍGUEZ, J. (2014) *Orígenes racistas del Salario Mínimo.* Prensa Digital. Mayo, 2014. Disponible en: www.juandemariana.org.
[22] OIT (2000). *Su voz en el trabajo*. Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, Ginebra, Pág. VII.

efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los períodos de descanso computables como de trabajo.

Clases de Salario.

Son varias las clasificaciones que se han ideado los tratadistas acerca del salario, según el punto de vista desde el cual lo consideren. Sin embargo, se podría comenzar con esta clasificación, donde, según algunos autores (Rodríguez y otros, 2016), las principales son las siguientes[23]:

1. Atendiendo a las necesidades humanas, puede ser individual y familiar. Salario individual es aquel que sólo tiende a satisfacer las necesidades personales del trabajador, sin consideración de sus necesidades familiares. Salario familiar es aquel que tiende a satisfacer no sólo las necesidades individuales del trabajador, sino también las de su familia, como son: alimento, techo, vestido, educación, etc.
2. Atendiendo o no al costo de la vida, puede ser nominal o real. Salario Nominal es aquel que se fija sin considerar el costo de vida. Salario real es el que consulta el costo de vida o poder de compra. Cuando el salario se aumenta y no hay siquiera sostenimiento en el costo de los productos, el salario resulta nominal.
3. Atendiendo al modo de determinarlo, puede ser fijo o de resultado. Salario fijo es aquel que se determina por unidad de tiempo, sean horas, días, semanas, meses, etc. Cuando se estipula el salario fijo no se mira el resultado del trabajo. Salario de resultado es el que se paga de acuerdo a la obra realizada. Así, cada vestido confeccionado se

[23] RODRÍGUEZ R.; PERNÍA N.; MONTILLA L. (2016) *El Contrato de Trabajo y la Relación De Trabajo: Tendencias Jurisprudenciales.* Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas Nº 5, 2017. ISSN 1856 – 7878. pp. 217-268.

remunera con determinada suma de dinero. En este salario no cuenta la unidad de tiempo y es variable por su naturaleza.

4. En otro orden de ideas, y de acuerdo a lo recabado en otros tratadistas como Fallas[24,] Pacheco[25,] y Reyes[26], existe otra clasificación de los salarios, con base en sus características, como se esquematizan a continuación:

- Salario Básico: Es la parte de retribución de la trabajadora, fijada por unidad de tiempo, de obra o de ambas a la vez, sin atender a aquellas circunstancias que se tienen en cuenta para percibir los complementos. Es el que se establece, bien en el fallo arbitral, en la convención colectiva o en el pacto colectivo, para que sobre él se liquide la remuneración del descanso dominical y se paguen las prestaciones sociales proporcionales al salario, cuando este no es fijo en el momento de terminarse el contrato. "Esta clase de salario no se puede establecer en los contratos individuales".
- Salario Mínimo: "Es al que todo trabajador tiene derecho a percibir para subvencionar sus necesidades normales y las de su familia, en el orden material, moral o cultural". Es de cumplimiento obligatorio, por debajo de él no se puede pactar ninguna remuneración; lo fija el gobierno, previo estudio del costo de vida y de las condiciones de la macroeconomía imperantes. Busca dale al trabajador un nivel de vida que esté de acuerdo con su posición social y con la naturaleza de la actividad que desarrolla.
- Salario Máximo: Es el salario más alto que permite a las empresas a una producción costeable.

---

[24]FALLAS C. (2011) *Carácter Salarial De Las Propinas.* Revista Jurídica de Seguridad Social. Consultoría Jurídico Administrativa.
[25] PACHECO, Luz. (2012). *Los elementos esenciales del contrato de trabajo*. Revista de Derecho, 13, 29-54
[26] REYES L. (2012) Derecho Laboral…. Ob. cit., p. 17

Igualmente, en base otras definiciones que caracterizan al salario se tienen[27]:

- Salario en moneda: Es aquel que se paga en moneda de curso legal, o sea el que se paga con dinero.
- Salario en especie: Es aquel que se paga por medio de productos, servicios, etc. Constituye salario en especie toda aquella parte de la remuneración ordinaria y permanente que el trabajador reciba en contraprestación del servicio, como alimentación, habitación o vestuario que el empleador suministra al trabajador o a su familia.
- Salario mixto: Es aquel que se paga una parte en moneda y otra en especie.
- Salario Ordinario o extraordinario: El salario ordinario es el que percibe el trabajador como remuneración por los servicios prestados dentro de su jornada ordinaria de trabajo. El extraordinario, es el que implica remuneración del trabajo ejecutado en días de descanso obligatorio o de horas extras o suplementarias trabajadas.
- Salario Fijo o variable: Cuando se pacta por unidad de tiempo se denomina fijo. Por unidad de obra o a nivel de ventas es considerado variable.
- Salario Nominal y real: El salario nominal es el valor monetario de la retribución del trabajo. Y el salario real, es cuando al salario nominal se le deflacta.

Por otra parte, también es necesario destacar, en lo concerniente a las características del salario, que se denomina salario base a la parte fija de la remuneración de los trabajadores, sobre dicha base se suelen calcular las remuneraciones adicionales u otros complementos salariales antigüedad -

[27]FALLAS C. (2011) *Carácter Salarial De Las Propinas.* Ob. Cit., p. 65

asiduidad, productividad, comisiones, etc. Mientras que el salario nominal es el salario expresado según el valor del dinero en un momento dado, sin hacer referencia alguna al nivel de precios. Así como, el salario real es el salario teniendo en cuenta la capacidad adquisitiva del salario nominal en relación con salarios anteriores, normalmente referidos a otros años[28].

Así pues, la relación de trabajo incluye una amplia variedad de posiciones jurídicas subjetivas: créditos, deudas, 'deberes de conducta, poderes, cargas; pero para que una relación jurídica sea caracterizable como relación de trabajo es indispensable que aparezcan en ella dos deberes típicos de prestación[29]:el de prestar el trabajo subordinado y el de remunerarlo.

En efecto, la prestación del trabajo subordinado y la remuneratoria están referidas, una a otra, como prestaciones recíprocas, y por ello se califica a la relación de trabajo como ''sinalagmática'' o ''de cambio'', puesto que su tipicidad consiste, precisamente, en el cambio de trabajo subordinado por una retribución o salario. Y cada una de esas prestaciones funciona, por lo tanto, como contraprestación respecto de la otra.

Consiguientemente, desde el punto de vista jurídico, el salario es la contraprestación del trabajo subordinado; contraprestación que, consiste en un ingreso o rédito o ganancia individual del trabajador. Es decir, tiene un contenido patrimonial y es, para el trabajador subordinado, una ventaja patrimonial, algo que ingresa a su patrimonio[30].

---

[28]ABARCA J.; AGUILAR G.; ALONSO R. (2015) *Embargabilidad del Salario básico y del salario mínimo.* Universidad Francisco Gavidia. El Salvador.
[29] KOONTZ, H. y WEIHRICH, H. (2011) *Elementos de Administración*. 5ª ed. Mexico: McGraw Hill, 1991. 565p.
[30]MENDEZ C. (2001) *Metodología, Diseño y Desarrollo de Procesos Administrativos*, 3ra Edición, Mc Graw Hill.

Ahora bien, el concepto jurídico de salario incluye el concepto económico (rédito o ganancia individual). De modo que, por esa inclusión, debe caracterizarse jurídicamente al salario como la ventaja patrimonial que se recibe como contraprestación del trabajo subordinado[31].

Por otra parte, esa relación de reciprocidad o conmutatividad entre el salario y el trabajo subordinado determina el carácter oneroso de la relación de trabajo (y del contrato de trabajo que es su fuente normal), ya que, la onerosidad de una relación jurídica viene de que cada una de las partes sufre un sacrificio (depauperación) patrimonial (prestación que cumple), al cual corresponde una ventaja (contraprestación que recibe), circunstancia que se da, inevitablemente, en todos los contratos con prestaciones recíprocas (interdependientes).

Evolución histórica del salario

A través de los tiempos han surgido diferentes tesis, tratados y/o teorías, según como desee calificársele, alrededor de los salarios, pero todas ellas han resultado de algún modo insuficientes o complementarias para resolver el problema, por lo cual, se harán mención a algunas de las mismas.

- Adam Smith[32] en su obra la riqueza de las naciones en 1776, planteó la Teoría De Los Ingresos: en ella considera los salarios dependientes de la riqueza. Considera que la demanda de mano de obra, esto es, la mayor ocupación de trabajadores, aumenta en la medida en que los

[31]LÓPEZ J. (s/f) El salario. En *Instituciones de derecho del trabajo…* Ob. cit., p. 457
[32]GONZÁLEZ A. y MORALES E. (2011). *El trabajo a través de la historia. 1810 -1991.* Prolegómenos - Derechos y Valores: Bogotá – Colombia. Volumen XIII - No. 25.

patronos o empleadores obtienen aumentos en sus ingresos. Para Smith sin embargo, el factor más importante de la elevación de los salarios no lo constituye la cuantía de la riqueza nacional, sino el continuo aumento de esa riqueza[33].

- Teoría de la Subsistencia: Conocida también como del salario natural, fue expuesta por David Ricardo en sus Principios de Economía Política y Tributación (1817). En relación con la mano de obra, dice que su precio natural es el que permite a los trabajadores "subsistir y perpetuar su raza", sin incrementos ni disminuciones. A su vez, el precio de mercado de la mano de obra es igual al precio que resulta del juego natural de las fuerzas de la oferta y la demanda[34].
- Teoría del Fondo de Salarios: Jhon Stuart Mill en su obra Principios de Economía Política (1848), sostuvo que los salarios dependían fundamentalmente de la oferta y la demanda de trabajo. Para él, el trabajo era una mercancía como cualquier otra, sujeta a la ley de la oferta y la demanda, que se ofrecía y se adquiría en el mercado, en el cual la oferta hacía el número de obreros en condiciones de trabajar, en tanto que la demanda la formulaban los dueños del capital[35].
- Teoría de Marx: En relación con los salarios, Marx en su texto El Capital explica, que lo que el patrono le paga al obrero por su actividad o servicio, no es realmente el valor del trabajo, sino el valor de su fuerza de trabajo. Además halló que la jornada laboral se divide en dos partes; la primera la llamó tiempo necesario de trabajo, donde únicamente se cubren los costos de producción y el obrero obtiene apenas los bienes y servicios necesarios para subsistir. A la segunda la llamó valor adicional, en esta el capitalista hace sus utilidades, porque esta parte

[33] GONZÁLEZ A. y MORALES E. (2011). *El trabajo a través de la historia. 1810 -1991.* Prolegómenos - Derechos y Valores: Bogotá – Colombia. Volumen XIII - No. 25.
[34]ibíd.
[35]ibíd.

del trabajo no le es retribuida al obrero. El valor de ese trabajo no remunerado es lo que constituye la plusvalía[36].

- Teoría de la Productividad Marginal: La tesis de Jhon Bates Clark, pretende establecer la relación existente entre los salarios y la productividad del trabajo. Esta relación se encuentra regida por la ley de los rendimientos decrecientes, que dice que, si uno o varios de los factores de la producción (tierra, capital, trabajo) se incrementan, mientras los otros permanecen constantes, la productividad unitaria de los factores variables tiende a incrementarse hasta cierto punto, a partir del cual comienza a decrecer[37].
- Teoría de la Oferta y la Demanda: sostienen que el nivel de los salarios depende fundamentalmente de la oferta y la demanda de la mano de obra. Es decir, que en la medida en que abunde la mano de obra, los salarios serán relativamente bajos, en tanto que si escasea, los salarios serían relativamente más altos[38].
- Teoría de los salarios altos*:* Expuesta por Henry Ford en 1915, su filosofía radica en la creencia de que los salarios altos inducen a un mayor consumo, esto es, generan una mayor capacidad de compra por parte de los asalariados y de la población en general. Evidentemente es una tesis inflacionaria[39].

Por otra parte, vale recordar, que son muchas las escuelas y teorías que tratan de explicar la calidad que tiene el salario. Mas, por regla general, los patronos ejercen en la vida real cierto control sobre los salarios, pero su política siempre tiene que estar condicionada por la cantidad disponible de mano de

[36]GONZÁLEZ A. y MORALES. (2011). *El trabajo a través de la historia…* Ob. cit., p. 81
[37]ibíd.
[38]ibíd.
[39]ibíd.

obra. A lo cual, de acuerdo con algunos autores Arango[40],Castaño[41] y Cardona[42] los, sindicatos tratan de influir en los salarios de muy diversas maneras:

1. Restringiendo la mano de obra.
2. Practicando políticas dirigidas a desplazar hacia arriba la curva de demanda derivada de la mano de obra.
3. Estableciendo salarios tipo por medio de los contratos colectivos.

Este último método es, si se quiere, el más importante hoy día. Así, los aumentos relativos en los salarios suelen traer como consecuencia un nivel menor de empleo en muchas industrias. Esto se basa en el supuesto de un movimiento a lo largo de una curva dada a la demanda, es decir, no hay desplazamiento de la demanda debido a un aumento de la productividad.

A dichos efectos, los economistas sostienen que a medida que aumentan los salarios se observan en la oferta de trabajo dos efectos opuestos: el "efecto de sustitución" y el "efecto de renta"[43].El "efecto de sustitución" induce a todo trabajador a laborar más horas porque el jornal pagado por cada hora es mayor. El "efecto de renta" influye en sentido contrario, ya que por salarios más altos que los obreros pueden permitirse, si así lo desean hay una mayor holganza, junto con una cantidad mayor de artículos y de otras cosas buenas de la vida. Las aficiones individuales de cada persona decidirán cuál de estos dos efectos predominará.

---

[40] ARANGO, R. (2005) *El concepto de los derechos sociales fundamentales*. Legis. Bogotá.
[41] CASTAÑO, J., MONTOYA, L.y RESTREPO, L. (2009). *Compensación salarial y calidad de vida*. Scientia Et Technica, vol. XV, núm. 43, diciembre, pp. 89-94.
[42] CARDONA, Doris y AGUDELO H. (2005). *Construcción cultural del concepto calidad de vida.* Revista Facultad Nacional de Salud Pública, vol. 23, núm. 1, enero-junio, pp. 79-90.
[43] MENDEZ C. (2001) *Metodología, Diseño y Desarrollo*…Ob. cit., p. 23.

Por otra parte, en lo atinente a las teorías salariales, se halla la del liberalismo, la cual se caracteriza por una fe absoluta en la libertad. Negando al Estado el derecho para intervenir en el problema contra el autoritarismo capitalista. La producción económica es un asunto que debe quedar abandonado al espíritu de iniciativas y al esfuerzo personal. Los precios de las cosas son los que resultan de la libre concurrencia y el precio de la jornada del obrero o de cualquier otro trabajo o servicio se regula con el precio corriente de toda cosa conforme a la Ley de la Oferta y la Demanda[44].

La Escuela Liberal sostiene además que la cuantía del salario será la resultante del juego propio de la mencionada ley y que existe un nivel mínimo por debajo del cual el salario no puede descender y es el referente a lo indispensable para la subsistencia del trabajador y de su familia. Para algunos, el establecimiento de un sistema de salarios mínimos perjudicaría en forma notoria a la industria nacional y la colocaría en condiciones desfavorables respecto a la extranjera y pondría los capitales en trance de evadirse, buscando beneficios mayores. Mejor, según ellos, establecer un límite máximo imposible de rebasar por el salario y es el valor del producto.

Igualmente, de acuerdo con lo expuesto por la Teoría pesimista de Malthus y David Ricardo, el trabajador no puede ganar más que el mínimo de existencia, o sea, lo indispensable para vivir con estrechez él y su familia, pues si gana menos, perecerá poco a poco la población obrera (morirán de hambre los trabajadores y sus hijos) y la reducción en la oferta de la fuerza de trabajo hace que el salario suba. Si el trabajador gana más del mínimo de existencia, aumentará el número de matrimonios y por consiguiente el número de

[44]GONZÁLEZ A. y MORALES E. (2011). *El trabajo a través de la historia…* Ob. cit., p. 56

nacimientos, lo cual aumenta la oferta de brazos, ocasionando la baja del salario, con natural perjuicio para todos[45].

Esta teoría ha sido objeto de acerbas críticas. Habiendo quienes la consideran falsa, pues afirman que el nivel de vida del trabajador depende de su salario y no el salario del trabajador. Cabanellas[46] también la refuta diciendo que el aumento de bienestar de las clases trabajadoras no ha producido el aumento correlativo de la población. Luego, la doctrina de Ricardo fue transformada más tarde especialmente con la colaboración del socialista alemán Lasalle. Con ellos surgió la teoría de la ley de bronce del salario. Lasalle enfatiza que el salario, en el orden de la sociedad actual, tendrá necesariamente la tendencia a reducirse hasta el mínimo requerido para la existencia del trabajador a causa del aumento de la población, y que si se quiere mejorar el salario es indispensable limitar la natalidad, pues de lo contrario todos los esfuerzos serán nulos[47].

Contra lo anterior se puede argumentar que el nivel de vida de los trabajadores en el siglo XX y en los países desarrollados se ha elevado en forma considerable. Esta teoría rebaja la categoría del trabajador en una forma inhumana y establece un régimen de salarios insuficientes. Mientras que, la doctrina de la Iglesia ataca al capitalismo individualista, por considerar al trabajo como una simple mercancía sujeta a las leyes de la oferta y la demanda; y al comunismo, que sólo considera el trabajo en cuanto contribuye a la producción, sin preocuparse del trabajador como persona[48].

---

[45] Ibíd.
[46] CABANELLAS G. (2000) *Diccionario jurídico elemental….* Ob. cit., p. 65
[47] GONZÁLEZ A. y MORALES E. (2011). *El trabajo a través de la historia…* Ob. cit., p. 71
[48] Ibíd.

Así, El Papa León XIII en su Encíclica *Renum Novarum* define el trabajo como "el ejercicio de la propia actividad, enderezado a la adquisición de aquellas cosas que son necesarias para los varios usos de la vida y principalmente para la propia conservación". Luego el Papa analiza las características del trabajo. Dice que este es personal y necesario, y que estas dos características son inseparables de él, pues "nace el derecho de procurarse aquellas cosas que son menester para sustentarla vida, y estas cosas no las hallan los pobres sino ganando un jornal con su trabajo". Refiriéndose a la forma y a la cuantía del salario, dice que este podría pactarse libremente entre obrero y amo, pero con el criterio siguiente: "El salario no debe ser insuficiente para la sustentación de un obrero frugal y de buenas costumbres"[49].

Aquí parece que el Papa hubiese consagrado únicamente la teoría sobre el salario de subsistencia, tan en boga entre los economistas de esa época, pero vemos que más adelante aclara y amplía la teoría sobre el salario familiar al decir: "Si el obrero recibe un jornal suficiente para sustentarse a sí, a su mujer y a sus hijos, será fácil, si tiene juicio, que procure ahorrar". Cuarenta años más tarde Pío XI dice que hay que atender el carácter individual y social del trabajo, ya que la dirección, el capital y el trabajo, deben estar asociados para un mismo fin. Establecido el doble aspecto, dice cómo deben regirse y determinarse los salarios, considerando tres directrices[50]:

1. La sustentación del obrero y de la familia.
2. La situación de la empresa
3. La necesidad del bien común

[49]GONZÁLEZ A. y MORALES E. (2011). *El trabajo a través de la historia…* Ob. cit., p. 67
[50]Ibíd.

Así, Pío XI en la encíclica Casti Connubii (1930), expone que el trabajador merece el sueldo necesario para él, su esposa y sus hijos, y que cuando los recursos privados no sean suficientes para alcanzar estos fines, es deber de la autoridad pública proveer lo que el esfuerzo individual no pueda proveer[51].

Aquellos que tienen a su cuidado el Estado y el bienestar público no pueden descuidar las necesidades de la gente casada y de sus familias, pues estos hombres pueden ser reducidos a tales extremos de desesperación que no teniendo nada que perder se lanzan a conseguir algo a base del trastorno del Estado y del orden establecido. Por eso al hacerlas leyes, y al disponerse de los fondos públicos, se debe poner el máximo énfasis en la ayuda de estas gentes necesitadas. Finalmente, en 1939, Pío XI dice en la encíclica *Sertum Laetitiae* que los ricos y prósperos están obligados en justicia, fuera de los motivos piadosos, a comportarse de manera generosa con los pobres, y los salarios de éstos deben ser suficientes para mantenerlos con sus familias[52].

En otro orden de ideas, el código Social de Malinas, redactado por la Unión Internacional de Estudios Sociales, fundada en Malinas en 1920, respecto al salario mínimo dice: "El salario mínimo no agota siempre las exigencias de la justicia; por encima del salario mínimo diversas causas principales deben producir, ya en justicia, ya por equidad, un aumento, y son: a) Una producción más abundante, más perfecta o más económica que la normal; y b) la prosperidad, más o menos grande, de la empresa donde el obrero trabaja"[53].

Es claro entonces, que, si el patrono está obligado por justicia a asegurar medios de subsistencia suficiente a sus trabajadores, estos a su vez están obligados a tener un nivel de productividad elevado, entendiendo por

[51]GONZÁLEZ A. y MORALES E. *El trabajo a través de la historia…* Ob. cit., p. 67
[52]ibíd.
[53]*BAYÓN C., y PÉREZ E.* Manual de derecho del trabajo…Ob. cit., p. 77

productividad el resultado de una relación entre el número de unidades producidas y el total de horas-hombre, necesarias para producirlas. Este nivel de productividad elevado, por otra parte, trae el bienestar general de la comunidad por medio del abaratamiento de los precios de las mercancías.

Así, una de las primeras teorías formuladas es la denominada del salario justo. Para su autor, el filósofo Santo Tomás de Aquino, el salario partía de consideraciones de orden moral y de la influencia de la costumbre. Para Santo Tomás, el salario justo era aquel que le permitía llevar al trabajador una vida adecuada a su posición social. Esta teoría refleja una visión normativa acerca del salario; es decir, marca cuál debe ser el nivel salarial, en contraposición a una visión positiva que reflejaría el valor real de los salarios[54].

Ahora, desde el punto de vista de las ciencias económicas, la oferta y la demanda son los instrumentos fundamentales para determinar los precios de los productos, llámense bienes o servicios. En teoría, cuando la oferta de productos es mayor que la demanda, los precios se deben bajar para estimular la venta de estos. En forma análoga, cuando la demanda de productos es superior a la oferta, la presión de los compradores determina que la tendencia en el precio de los bienes o servicios se incremente.

En este sentido, y considerando que el trabajador presta o vende un servicio a la organización que lo contrata, el precio de dichos servicios guarda una relación tal que permite afirmar que a medida que la oferta de mano de obra se incrementa, los precios de los salarios pagados por la labor tenderán a ser más bajos, y cuando la oferta de puestos de trabajo es mayor que la demanda, los salarios tenderán a ser mayores. Esto daría lugar a la llamada teoría salarial de la oferta y la demanda.

[54]RONDON DE SANSO, H. (1976) *El Procedimiento Administrativo*…Ob. cit., p.89

Por otra parte, y más adelante, el economista inglés Stuart Mill propuso la teoría del fondo de salarios, que tiene su fundamento en la cantidad de población presente y disponible en un mercado laboral, así como en la cantidad o monto del capital disponible para compra de mano de obra. De manera tal que, si hay incremento en el monto del capital, la tarifa de salarios aumentará y bajará con la disminución del mismo si no se disminuye el número de trabajadores[55]. En forma análoga, si el monto de capital destinado para compra de mano de obra permanece constante y el número de trabajadores aumenta, la tarifa de los salarios tenderá a la baja.

Así también, el industrial estadounidense Henry Ford, propuso la teoría que lleva su nombre, reconocida también como la teoría de los salarios altos, expuesta en 1915. Ford introdujo, en 1913, en su fábrica la técnica de la cadena de montaje y empezó a utilizar piezas intercambiables para los carros. Esta técnica incrementó de tal manera la productividad que redundó en una reducción del trabajo mensual en su fábrica de entre el 40 y 60%, debido sobre todo a la monotonía de la cadena de montaje y a los repetidos aumentos de las cuotas de producción asignadas a los trabajadores. Ford superó esta dificultad duplicando el salario promedio de la industria, pasando de pagar US$2,50 a US$5 al día[56].

El resultado neto fue una creciente estabilidad en su fábrica y una reducción importante de los costos. La teoría de Ford se basa en la creencia de que los salarios altos llevan a una mayor capacidad de consumo y, por tanto, a una mayor demanda. En la medida en que la productividad se hace mayor y esto va acompañado de mayores salarios, la capacidad de consumo se incrementa, generando una mayor demanda y por ende mayor consumo, mayor producción, menores precios y mayores ventas, con el consecuente

[55]GONZÁLEZ A. y MORALES E. *El trabajo a través de la historia…* Ob. cit., p. 98
[56]Ibíd.

crecimiento de las utilidades para nuevas inversiones en tecnología, que resultarán en una mayor productividad[57].

Esta teoría tiene aún hoy en día cierta validez, ya que, si los salarios se aumentan en la medida en que se incrementa la productividad, el salario se convertirá en el factor para mantener el crecimiento de las empresas y de los países. Sin embargo, sus detractores sostienen que el ciclo anterior se puede romper en cualquier punto o en varios, ya que por ejemplo no siempre mayores ventas generan más utilidades (a veces se generan más pérdidas).

Salario en la legislación venezolana:

El 7 de mayo del 2012 se promulga una la Ley Orgánica del Trabajo, los trabajadores y las trabajadoras estableciendo del artículo 104 la definición de salario:

> "Se entiende por salario la remuneración, provecho o ventaja, cualquiera fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en moneda de curso legal, que corresponda al trabajador ola trabajadora por la prestación de su servicio y, entre otros, comprende las comisiones, primas, gratificaciones, participación en los beneficios o utilidades, sobre sueldos, bono vacacional, así como recargos por días feriados, horas extras o trabajo nocturno, alimentación y vivienda"
>
> Los subsidios o facilidades que el patrono o patrono otorgue al Trabajador o trabajadora, con el propósito de que éste o ésta obtenga bienes o servicios que le permitan mejorar su calidad de vida y la de su familia tienen carácter salarial
>
> A los fines de esta Ley se entiende por salario normal la remuneración devengada por el trabajador o trabajadora en forma regular y permanente por la prestación de su servicio.
>
> Quedan excluidos del mismo las percepciones de carácter accidental, las derivadas de las prestaciones sociales y las que este considere que no tienen carácter salarial. Para la estimación del

[57]GONZÁLEZ A. y MORALES E. *El trabajo a través de la historia…* Ob. cit., p. 78

> salario normal ninguno de los conceptos que lo conforman producirá efectos sobre el mismo[58].

No fueron significativos los cambios, frente a la definición de salario prevista en el artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo derogada, definición que se incorpora en la reforma realizada en el año 1997, que perseguía la recomposición de salario, pues el concepto de subsidio establecido en la Ley de 1990, tal como lo reseña el profesor Oscar Hernández[59], "fue utilizado de manera poco ortodoxa por el Poder Ejecutivo, en varios decretos (247 del 29-06-94; 617 del 11-04-95; 1054y el 1055 del 07-02-96, 1240 del 06-03-96 7 1824 del 30-04-97), mediante las cuales se estableció a los patronos la obligación de paga determinados cantidades de dinero por jornada efectivamente trabajada, los cuales no se consideraban formando parte el salario". Razón por la cual el legislador en 1997 les otorga naturaleza salarial que se mantiene en la ley del 2012.

La definición del 2012 tiene como fundamento el artículo 1 del Convenio Núm. 95 de la Organización Internacional del trabajo, al señalar con la misma redacción del convenio, "salario significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que puede evaluarse en efectivo.

En esta concepción del salario, que partió como se dijo anteriormente de la reforma de 1997, cambió la noción de salario que no se limitará el contrato de trabajo a un simple intercambio de prestaciones, a partir de esta reforma se le va a dar al salario un carácter patrimonial, pues el salario representa una remuneración, ventaja o provecho que recibe el trabajador con ocasión de la prestación del servicio. Además, como lo señala Hernández[60]:

---

[58] Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, Gaceta Oficial N°6.076 del 7/05/2012.
[59] HERNANDEZ, O., «De la Remuneración» en AA.VV. (Hernández, O. coordinado). *Comentarios a la Ley Organiza del Trabajo*. Tipografía y Litografía Horizonte, Barquisimeto, 1999 p. 161.
[60] Ibíd., p. 159.

> “esta concepción permite precisar que no solo es salario las ventajas o ingresos patrimoniales que el trabajador recibe no ya a cambio de un servicio efectivamente prestado, sino como contraprestaciones a las obligaciones que asume como sujeto de la relación de trabajo independientemente de que le sean pagados o no cambio de un trabajo prestado, ya que podrían serlo aun cuando dicho trabajo no se esté realizando (por ejemplo, en los casos de feriados, días de descanso, vacaciones u otras causas similares). Este concepto de salario permite, además excluir del mismo cuando la ley no lo haga expresamente, aquellos pagos destinados a permitir o facilitar al trabajador el cumplimiento de las labores encomendadas, pero que no constituyen activos que ingresan a su patrimonio”.

En efecto, a partir de esta concepción se considera salario todo lo que se incorpore efectivamente al patrimonio del trabajador, por eso permite excluir del mismo, las dotaciones para la realización del trabajo, como guantes, uniformes, botas, herramientas etc.,

Advierte Hernández[61] que en general quedarían excluidas del salario aquellas percepciones recibidas por el trabajador, que tengan las siguientes características:

a) Las que no ingresen al patrimonio
b) Que el trabajador no puede disponer de las mismas.
c) Que estén destinados a suplir gastos que deben estar a cargo del patrono.
d) Cuando tengan por finalidad facilitar la ejecución de la labor
e) Que no sean entregadas al trabajador como una remuneración establecida en función de medidas de solidaridad social derivada de cualquier fuente y aplicables en la empresa donde trabaja.

Sin embargo, el legislador estableció que beneficios que puede recibir el trabajador que no tienen carácter salarial, o no remunerativo, así el artículo 105 de la LOTTT, establece:

> Se entienden como beneficios sociales de carácter no remunerativo:
> 1. Los servicios de los centros de educación inicial.

[61] Ibíd.

2. El cumplimiento del beneficio de alimentación para los trabajadores y las trabajadoras a través de servicios de comedores, cupones, dinero, tarjetas electrónicas de alimentaciones y demás modalidades previstas por la ley que regula la materia.
3. Los reintegros por gastos médicos, farmacéuticos y odontológicos.
4. Las provisiones de ropa de trabajo.
5. Las provisiones de útiles escolares y de juguetes.
6. El otorgamiento de becas o pagos de cursos de capacitación, formación o de especialización
7. El pago de gastos funerarios.

Los beneficios sociales no serán considerados como salario, salvo que, en las convenciones colectivas o contratos individuales de trabajo, se hubiere estipulado lo contrario.

Es importante señalar que estos beneficios se establecieron en el artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo, en la reforma de 1997 y que hoy mantiene en la ley vigente, a los que el artículo 50 del Reglamento a la Ley Orgánica del Trabajo del 2006[62] complementaba con lo siguiente:

a) Revisten carácter excepcional.
b) Deberán guardar proporción o adecuación con las necesidades que pretenden satisfacer.
c) Deberán aprovechar al trabajador o trabajador, su cónyuge, concubino, concubina persona con la que encuentre en una unión estable o a sus familiares, y
d) No reviste carácter salarial cualquiera que fuere la modalidad de cumplimiento y fuente de la obligación, salvo que hubiere pactado lo contrario en convenciones colectivas o contratos individuales de trabajo.

Elementos que no tienen carácter salarial

Como se ha señalado ampliamente la doctrina el salario es un ingreso o ganancia individual del trabajador a título de contraprestación del trabajo subordinado. De acuerdo con López Basanta[63] esta “caracterización es el

[62] Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo. Gaceta Oficial N° 38426 del 28 de abril del 2006.

[63] LOPEZ, J., «EL Salario» en AA.VV. (DE BUEN, N y MORGADO E. coordinadores). *Instituciones del derecho del trabajo y de la Seguridad Social Academia* Iberoamericana del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1997, p. 451-452.

criterio dirimente para determinar qué no es salario, entre las prestaciones a cargo del empleador", señalando las siguientes:

> "a) Indemnizaciones. Lo que se debe a título de indemnización no es debido, indudablemente, como contraprestación del trabajo subordinado, sino como reparación (sea integral o tarifada) de un daño que la ley pone a cargo del empleador por alguna razón. No hay, entonces, salario. b) Reintegro de gastos. Cuando el empleador devuelve al trabajador el importe de un gasto efectuado por éste y que no estaba a su cargo, no hay un rédito o ganancia sino la simple compensación o devolución de lo gastado por cuenta de aquél. Tampoco hay salario.
> c) Pagos a título extra-laboral. Igualmente, las prestaciones del empleador en relaciones (jurídicas o no) distintas de la relación de trabajo, no retribuyen el trabajo subordinado ni son, por lo tanto, contraprestaciones de él. Quedan fuera, entonces, de la noción de salario.
> d) Contribuciones patronales a la seguridad social. El trabajador no es el acreedor directo de las contribuciones que el empleador aporta a la seguridad social, sino el ente correspondiente de ésta. Tampoco están esas contribuciones destinadas a retribuir el trabajo subordinado, sino a cubrirlas llamadas ''contingencias sociales''. No tienen, por lo tanto, carácter salarial, aunque sí tengan en común con el salario la finalidad de subsistencia, razón por la cual a veces se habla, respecto de ellas, de ''salario indirecto'' o ''social''. Las tales contribuciones son dadas en el ámbito de una relación propia del derecho de la seguridad social y no en el de una relación individual de trabajo."[64]

Así pues, el carácter extrasalarial de estas percepciones tiene las siguientes consecuencias:

a) No computan a efectos de indemnización por extinción del contrato ni a efectos de la determinación del salario por vacaciones o por periodos de descanso, ni para calcular la cuantía de los salarios de trámite.
b) No se benefician de las normas de protección y garantía del salario.
c) Quedan excluidas de la responsabilidad solidaria que se impone al empresario principal en caso de contratas y subcontratas.

[64] Ibíd.

d) Tampoco se tiene en cuenta para el abono de las horas extraordinarias; en contra, considerando que para determinar el valor de la hora extraordinaria se debe entender referida al salario base y a la remuneración total que percibe por la prestación de sus servicios, incluidas las pagas extraordinarias y los complementos retributivos, sean fijos o variables salariales o extrasalariales.
e) No cabe aplicarles el interés de mora previsto en el pago de salarios (como por ej. las dietas y el kilometraje), sino gastos realizados como consecuencia de la actividad laboral.

Igualmente, entre otros elementos que no forman parte del salario la doctrina toma en consideración los siguientes[65]:

- Compensación de gastos: No tienen la consideración de salario las cantidades que perciba el trabajador en concepto de indemnizaciones o suplidos por los gastos realizados como consecuencia de la actividad laboral, y no se satisfacen durante los días que no se trabaja.
- Gastos de locomoción y dietas de viaje: Se trata de retribuciones de carácter irregular que responden a los gastos que genera en el trabajador la orden empresarial de desplazamiento provisional o temporal a un lugar distinto a aquel donde habitualmente presta sus servicios o donde radica el centro de trabajo, para efectuar tareas o realizar funciones que le son propias, de tal modo que el trabajador no pueda realizar sus comidas principales, o pernoctar en su domicilio habitual.
- Plus de distancia y transporte urbanos: Su finalidad es compensar al trabajador por los gastos que le ocasiona el desplazamiento habitual

[65]KOONTZ, H. y WEIHRICH, H. (2011) *Elementos de Administración*. 5ª ed. Mexico: McGraw Hill, 1991. 565p.

desde su domicilio al lugar de trabajo. Puede aparecer con distintas denominaciones en los convenios colectivos, así, por ejemplo, plus de compensación por recorrido destinado a indemnizar los gastos que genera el aumento de la distancia del domicilio al centro de trabajo impuesto por un cambio en el lugar de la prestación de los servicios.

- Indemnizaciones por traslados, suspensión o extinción del contrato. Se trata de indemnizaciones compensatorias por los gastos o perjuicios que ocasiona al trabajador una decisión empresarial de traslado o de suspensión del contrato), que no tienen la consideración de salario ni integran, por tanto, la base de cotización.
- Propinas: No vienen recogidas en la normativa, pero son consideradas como prestaciones extrasalariales, pues no constituyen contraprestación debida por la empresa en atención al trabajo, sino un ingreso que se produce por la liberalidad de un tercero. No son tenidas en cuenta, por tanto, para la determinación del salario regulador de la indemnización por despido improcedente, ni integran los salarios de tramitación. En lo sucesivo, este elemento, será objeto de esta investigación.

Capitulo II

La Propina

Etimología

La palabra propina, viene del latín propinare cuyo significado textual es: dar de beber. Inicialmente, la propina era regalarle a alguien un trago como agradecimiento. Igualmente, se consideras que la preposición *προ* (*pro*: antes) se asocia con una raíz indoeuropea (conducir, encima de, contra, alrededor, primero), y el verbo *πίνειν* (*pinein*: beber) con poi- (beber)[66].

Por otra parte, en francés propina se dice *pourboire* que literalmente significa "para beber". También se dijo que el origen etimológico del término 'propina' proviene del latín bajo propina y este a su vez del vocablo '*propināre*' utilizado para referirse al acto de dar dinero a alguien con la intención de que fuese a tomar un trago a la salud del que se lo ofrecía (dar de beber). Al latín, como se mencionó inicialmente, llegó desde el griego '*propinein*': 'pro' (antes/para) 'pinein' (beber) que acabó significando 'para beber'[67].

Definición

La figura de la propina es estudiada y analizada por diversos tratadistas, quienes difieren unos de otros respecto de la naturaleza jurídica que ésta reviste, en tal sentido se puede señalar que el autor Cabanellas define esta figura como: "colocación o agasajo que se repartía entre los concurrentes a una junta, y que después se redujo a dinero. Pequeño sobreprecio que

[66] VARELA R., CUEVAS T., SALMERÓN S. (2016) *Efectos de la propina en la socio-economía y en el ser humano.* Revista de Ciencias Sociales y Humanidades. Volumen 20: 40-68.
[67] BOLÍVAR M. (2013) *Análisis Del Servicio A La Mesa Y Su Naturaleza Extra Salarial A La Luz De La Ley Para Proteger El Empleo De Los Saloneros Y Meseros, Ley N° 9116.* Tesis De Grado Para Optar Por El Título De Licenciado En Derecho. Universidad de Costa Rica.

voluntariamente se da como satisfacción por algún servicio. Corta donación remuneratoria por un servicio eventual[68].

Por otra parte, Krotoschin señala que la propina no es en sí misma una remuneración, ya que no está a cargo del patrono la propina obedece a una liberalidad del cliente por la que este quiere mostrar su satisfacción por el servicio recibido, o recompensarlo en una forma especial independientemente del precio que por este servicio tiene que pagar al empresario. Asimismo, según Unsain, las propinas tienen el carácter de voluntarias, en tanto que el salario es obligatorio. Son imprecisas en su monto en tanto que el jornal es fijo. Provienen de un tercero como regalo, en tanto que el salario proviene del patrón y tiene el carácter de un servicio prestado. No parece justo pues equiparla al salario y ella es considerada por los obreros como denigrante para su dignidad personal[69].

Montoya Melgar[70] "considera que son cantidades libremente entregadas, siguiendo un uso social, por los beneficiarios de determinados servicios".

Palomeque y Álvarez de la Rosa[71]: la definen "como las cantidades que voluntariamente entre un tercero por un servicio prestado por el trabajador".

Características de la Propina

Rafael Alfonzo Guzmán[72] señala entre las características de la propina las siguientes:

---

[68] CABANELLAS D. (2000) *Diccionario jurídico elemental….* Ob. cit., p. 76
[69]BAYÓN C., y PÉREZ E. Manual de derecho del trabajo…Ob. cit., p. 81
[70] [70] MONTOYA. A, *Derecho del Trabajo*. Editorial Tecnos.Madrid.1993. p 384
[71] PALOMEQUE, M. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. *Derecho del Trabajo*.15ª edición, Editorial Universitaria Ramón Arece, España, 2007, p.683.
[72] ALFONZO-GUZMAN, R. Estudio Analítico de la Ley del Trabajo Venezolana, Tomo II artículos 35 al 102 Contemporánea de Ediciones, Caracas 1987, p., 469-470.

a) Es pagada del cliente la empleado u obrero, a diferencia de las restantes sumas que este percibe éste percibe por concepto de sus servicios, de las cuales es el patrono y no el cliente su deudor.
b) Es aleatoria: aunque la propina constituya un obligante uso social, ella puede no producirse en caso de voluntad en contrario, insolvencia del cliente, o en otros supuestos de análogos.
c) Es intuitu personae, es influída por la persona que presta el servicio. Así la diligencia simpatía, urbanidad y eficiencia del trabajador, son factores determinantes en la liberalidad,
d) No guarda relación proporcional con el servicio, ya que este puede merecer distintas gratificaciones, incluso para el mismo trabajador.

En efecto, una propina es una gratificación económica destinada a premiar la prestación de un buen servicio. Se trata de una cantidad de dinero que complementa el precio fijo establecido y que va dirigida al empleado que ha facilitado dicho servicio y no hay una regla general sobre qué cantidad de propina hay que dar, cuándo se debe hacer y en qué lugar; todo depende de la cultura de un país y del contexto social.

Así, por ejemplo, en Estados Unidos es costumbre dar propina por un importe aproximado del 10 y un 15% del servicio. Normalmente los empleados que reciben esta gratificación (denominada TIP en inglés) son taxistas, camareros, recepcionistas y, en general, todos aquellos que no realizan su actividad en grandes superficies. Se trata de una costumbre generalizada y está considerado mal visto no hacerlo, como una muestra de descortesía hacia el trabajador. La razón que justifica esta práctica es el bajo salario que perciben los empleados y, en consecuencia, se ofrece un complemento que sirve como compensación. Por otro lado, en Japón no existe esta costumbre y si un viajero diera una propina, el trabajador seguramente se ofendería por ello. En China ocurre algo similar y en Singapur está estrictamente prohibido[73].

[73]BAYÓN C., y PÉREZ E. Manual de derecho del trabajo…Ob. cit., p. 80

Igualmente, en algunas naciones la propina está incluida en el precio final, aunque se puede complementar con otra gratificación extraordinaria. Al punto que, para saber si la propina es aceptada y forma parte de la cultura de un pueblo, es recomendable consultar una guía de viajes. En este tipo de libros se indica cuál debe ser la pauta correcta al respecto. En la mayoría de países no es obligatorio socialmente, pero sí muy recomendable. El turismo internacional y la globalización están unificando el criterio general en relación a este tipo de recompensa extraordinaria.

Tipos de propina

Para abordar el tema de la propina, es preciso hacer una diferenciación entre las distintas clases que sobre ella existen. Así, desde su más amplia acepción, tal y como se ha venido analizando, la propina, se puede decir que presenta, en términos genéricos, principalmente, dos categorías diferentes a saber; la que recibe un trabajador por cuenta propia y la que se da a un trabajador que presta servicios por cuenta ajena. En dicho sentido, a la propina se le prestó mayor atención en los inicios del derecho cuando André Voirin escribió en 1929 su estudio jurídico clásico y Gallart Folch (1938) la estudió en España[74].

De este modo, se conocen dos sistemas generales para clasificar la propina: el sistema latino (propina voluntaria) y el sistema alemán (propina obligatoria)[75]:

[74]VERA H. (2010) *Sociología de la propina.* [Artículo en línea] Fecha de consulta: 18 de diciembre de 2018. Disponible en: http://www.uam.mx/difusion/casadeltiempo/67_vi_may_2013/casa_del_tiempo_eIV_num_67_30_32.pdf.

[75]FALLAS C. (2011) *Carácter Salarial De Las Propinas.* Revista Jurídica de Seguridad Social. Consultoría Jurídico Administrativa.

- Propina Voluntaria, común (Sistema latino). En este sistema se deja en libertad al cliente para decidir si remunera o no al trabajador. A esta clase de propina se le conoce como “propina común” o “propina voluntaria”, en virtud de que el cliente puede o no abonarla. Su importe es incierto, y hasta cierto punto fortuito ya que dependerá, entre otras causas, de la voluntad del cliente, de la atención que le habilite el trabajador y de la calidad de los productos consumidos.
- Propina Obligatoria, recargo en el servicio (Sistema Alemán). El sistema alemán consiste en establecer un porcentaje fijo sobre el valor de los servicios prestados y que el cliente tiene que pagar conjuntamente con este. A esta clase de propina se le conoce como “propina obligatoria” o “recargo en el servicio”, también se le denomina como “servicio a la mesa” y se integra por porcentajes fijos calculados sobre el monto de las facturas, donde el empleador está obligado a retribuir este importe entre los trabajadores.

En la práctica, este sistema va remplazando en muchos países, la antigua forma de la propina voluntaria. Este reemplazo se está llevando a cabo básicamente por dos razones; primeramente, por motivos de orden ético, pues la propina voluntaria denigra al trabajador; y en segundo término, por razones de carácter económico que buscan asegurarle al trabajador una remuneración fija.

No obstante, este sistema no deja de presentar inconvenientes como lo sería que, al ser estipulado dicho concepto en la factura, el trabajador pierda interés en brindar un servicio de calidad a quien lo paga y a la postre, incida en la imagen de la empresa o negocio que brinde tal servicio.

Este tipo de propina la recepta el empleador con el fin de distribuirla entre sus trabajadores, aun cuando por mandato de ley tal concepto corresponde única y exclusivamente al salonero. Corresponde ahora analizar cómo lleva a

cabo el empleador esa distribución, no sin antes comprender los alcances que tiene la propina como recargo en el servicio.

Por otra parte, la propina como recargo en el servicio se remonta en palabras de Cabanellas de la siguiente manera:

> Esta innovación remuneratoria, surgida luego de la Primera Guerra Mundial, pretende escudarse en que la propina denigra al que la da y rebaja al que la recibe; en que aquélla es un privilegio de buen servicio para el cliente rico y expone a desatenciones al parroquiano de menores ingresos. Ello condujo en diversos países europeos, como Francia, España, Alemania, Italia, entro otros, así como en algunas Repúblicas americanas, cual la Argentina, a prohibir oficialmente la propina y a substituirla con un porcentaje adicional, que recibe el nombre de recargo en el servicio, o bien porcentaje en las entradas[76].

Como se observa de la anterior cita, la propina como recargo en el servicio nace en las postrimerías de la primera Guerra Mundial, pues en su momento se consideró que la propina voluntaria era ofensiva por quien la recibía. Interesante es cuestionarse la razón de ser de esta clase de propina, por cuanto en todo caso el trabajador ya por sí mismo percibe un salario y el hecho de consignarse obligatorio dicho concepto, es un privilegio para este sector de trabajadores, que no tienen los demás. Necesario es también cuestionarse los tipos de repartición que sobre la propina existen para este privilegiado sector de trabajadores. Sobre ello, el tratadista Ernesto Krotoschin señala que existen dos sistemas de repartición de la propina. El primero es el sistema de repartición individual, y el segundo es el llamado sistema de repartición colectiva[77].

Dado el anterior estudio de las características entre la propina como donación voluntaria y la propina como recargo en el servicio, conviene ahora

---

[76]CABANELLAS D. (2000) *Diccionario jurídico elemental….* Ob. cit., p.57

[77]CÓRDOVA, E. (2011) *La propina en su contexto socio-jurídico*. Gaceta Laboral, vol. 17, núm. 1, enero-abril, 2011, pp. 85-95. Universidad del Zulia. Maracaibo, Venezuela.

analizar las diferenciaciones que entre ellas existen. Siendo que tales diferenciaciones se pueden categorizar de la siguiente manera[78]:

- Por el importe. La propina común consiste en un importe inconstante y variable. El recargo por el contrario, es un importe fijo y determinado por ley.
- Por la iniciativa. La propina común (voluntaria), se otorga por iniciativa del cliente, pues para este la propina representa una forma opcional de remunerar al trabajador. Cuando al cliente se le presenta la factura, puede decidir si abona o no a la propina voluntaria, ya que se trata de una concesión voluntaria que generalmente estará condicionada a las calidades y aptitudes que le fueron manifestadas por el trabajador. El recargo en el servicio, por el contrario, no se otorga por iniciativa del cliente, más bien es por mandato de ley que se establece un importe fijo y predeterminado que deberá ser abonado por el cliente. El cual también puede ser establecido por ley. Distinto el caso de la propina común, concedida voluntariamente para el cliente. Para este, la propina representa una forma opcional de remunerar al trabajador.
- Por su forma de recepción. El trabajador recibe la propina de forma directa, es decir, de manos del cliente. Puede por lo tanto, disponer de ella en ese mismo instante. Por el contrario, en el recargo en el servicio el trabajador no puede disponer inmediatamente de su importe. Como ya se ha tenido oportunidad de señalar, este porcentaje entra a formar parte de un fondo común que posteriormente se distribuirá entre el personal.
- Por el carácter: El recargo en el servicio forma parte del precio, pues constituye un gravamen sobre las facturas que el cliente abona. Mientras tanto, la propina común no es más que una dádiva voluntaria. Esta cantidad de dinero es independiente del precio que paga aquél por

[78] Ibíd.

los servicios que le fueron habilitados y que lo hace para testimoniar su agradecimiento por el trato recibido.

Evolución histórica

Como ya se mencionó anteriormente, en Europa, a la propina se le prestó mayor atención cuando André Voirin escribió en 1929 su estudio jurídico clásico y Gallart Folch (1938) la estudió en España[79]. Unos años más tarde comenzó a operarse una reacción adversa a su aceptación. En Argentina, por ejemplo, se dictó en 1945 un famoso laudo que proscribió la propina por ser una "forma irregular de pago que impide que el trabajador cuente con recursos fijos y exigibles".

Unos años más tarde Cabanellas (1968) la calificó como "práctica generada por la coacción social"[80], Krotoschin (1971) la estimaba "un sustituto anacrónico del salario" y Alburquerque (1985) advierte que su pago se hace "compulsado por un uso social". Quedó no obstante amplio margen para el debate pues Mario de la Cueva (1978) le reconoció su carácter de "práctica universal" y Süssekind (1981) la consideró "práctica universalmente consagrada"[81].

De esta manera, el origen de la propina como recompensa por un favor o servicio, antecede al Derecho del Trabajo y se remonta a los más antiguos sistemas laborales. Su uso es común a cualquier sector de actividades, pero fue en el sector de la gastronomía donde se hizo más habitual y relevante. Su propia etimología, del latín *propinare* (convidar a beber) sugiere la idea de un

[79]CABANELLAS D. (2000) *Diccionario jurídico elemental….* Ob. cit., p.80
[80] Ibíd.
[81]CÓRDOVA, E. *La propina en su contexto socio-jurídico...*Ob. cit., 23

agasajo o de una expresión de gusto o gratificación, ligada a los placeres de la mesa.

Así, en principio la propina puede existir sola, como única forma de retribución, si bien tal caso es excepcional y lo corriente es que figure como adición o complemento de la remuneración directa del patrono. En uno u otro caso, fue en su origen un acto voluntario, una expresión de satisfacción por el servicio rendido o una muestra de acatamiento a supuestas normas de etiqueta social. A esa causa primigenia vinieron a añadirse otras que contribuyeron a generalizar su práctica: el ejemplo de los demás que nos mueve a no cometer una descortesía, el propósito de asegurar un buen servicio futuro, y sobre todo el saber que para el recipiente la propina es un complemento de su módico salario.

Al dependiente o camarero se le miraba como un trabajador no calificado, cuya labor no entrañaba grandes esfuerzos ni requería conocimientos especiales, y por ello se le abonaba una modesta retribución. Lo que se le exigía era seriedad, buena presencia, saber comportarse y discreción. No se apreciaba suficientemente que los empleados en cafés o restaurantes están casi todo el tiempo de pie, atienden un servicio tan importante como el de la alimentación y trabajan a menudo horas extraordinarias y días de fiesta.

Se fue arraigando así una especie de discriminación profesional, que llevó aún gran sector del comercio a señalarse por el pago de salarios lesivos a los intereses del trabajador, y por la existencia de un tercero en apariencia dispuesto a abonar un suplemento para completar el pago de una remuneración adecuada. Los clientes nunca se organizaron para protestar del gravamen y los patronos del giro fueron así consumando una jugosa operación. Seguirían pagando salarios bajos e institucionalizando el pago de la propina.

Ahora bien, su incorporación a la normativa laboral, rompe con el carácter bilateral de la relación individual de trabajo y repercute en el tripartismo potencial de las relaciones colectivas, al debilitar la posición de crédito del trabajador y sobre todo al restarle peso a sus demandas de aumento salarial. Invocando el mayor o menor valor monetario que representa la propina, el empleador puede resistir peticiones de aumento e incluso en muchos establecimientos, llegar a pagar un salario promedio inferior al mínimo o tan escandalosamente bajo, que reduce a fútil la contraprestación a cargo del empleador[82].

Así, por ejemplo, el empleado de la industria donde prevalece la propina, es un trabajador como cualquier otro, y debiera por tanto ser titular de los mismos derechos que se otorgan a los demás trabajadores, incluyendo la percepción de un salario justo y cierto, no aleatorio ni insuficiente. Ni el carácter del servicio que se presta, ni la peculiaridad de las horas de trabajo (efectuadas a veces en dos sesiones), justifican en modo alguno que se menoscabe su derecho o se demerite su ocupación.

La propina presenta además otros aspectos ajenos a la típica relación de trabajo. De forma por una parte principios básicos del salario como son su certeza, suficiencia y en cierto modo su intangibilidad. Altera por otra la causa del principio protector del trabajador, que no proviene en este caso del Estado ni del patrono o el sindicato, sino de un extraño a la relación de trabajo. Plantea por último dificultades de cómputo con respecto a la verificación del pago del salario mínimo[83]

[82]CORADO A. (2017) *Necesidad De Regular El Contrato Especial De Trabajadores Menores De Edad En La Legislación Laboral Guatemalteca.* Universidad De San Carlos De Guatemala.
[83] VERA H. (2010). *Sociología de la propina*…Ob. cit., p. 15.

Se trata pues de un ingreso sujeto a muchas contingencias: el tamaño de la clientela, la posición social y económica de los parroquianos, la importancia del servicio, las horas de trabajo, las exigencias de atuendo y apariencia, y la posibilidad de tener que indemnizar al patrono por daños a la vajilla. Tal posibilidad la he visto contenida en algunos contratos de trabajo, suscriptos con restaurantes de alta categoría.

En suma, la evaluación del trabajo del empleado que recibe la propina, deja de corresponder al empleador y se traspasa al tercero anónimo, cuya relación con quien recibe la propina carece por lo general de la continuidad necesaria para apreciar su diligencia y su deber de fidelidad. Y sin embargo, esa apreciación repercute en el poder disciplinario del empleador y en sus deberes de asistencia y previsión. No es de extrañar en esas condiciones, que algunos códigos la ignoren y otros la sitúen en una especie de limbo jurídico.

Por mucho tiempo la propina tuvo en la industria gastronómica su *habitat* natural. Su práctica se asociaba a la figura del camarero o mesero y sólo excepcionalmente se abonaba a otras personas o en otros sectores. Nunca encontró cabida en la manufactura, probablemente debido al trabajo impersonal del hombre con la máquina y a los mejores salarios que se pagan en la industria.

En este orden de ideas, en años recientes, el desarrollo del arte de la comida y la tendencia del hombre moderno a comer con frecuencia fuera de casa, han generado dos consecuencias importantes[84]:

- La primera es la multiplicación del número de restaurantes y establecimientos similares. En Francia, por ejemplo, operan en la actualidad 139.000 restaurantes o *bistros*, incluyendo todos los que son

[84]CORADO A. (2017) *Necesidad De Regular El Contrato Especial*…Ob. Cit., p. 45

clasificables en guías gastronómicas y directorios. En New York existen más de 20.000 restaurantes y en Bruselas, capital de la Unión Europea, pero ciudad de sólo millón y medio de habitantes, se cuentan 6.000.

- La segunda se relaciona con el crecimiento del personal empleado en los establecimientos de cierta categoría. El antiguo camarero o mesero, labora hoy en conjunción con otros trabajadores sin cuya colaboración no pudiera rendir el servicio. Es por esta razón que a pesar de que la propina se entrega a una sola persona, esta debe ser compartida con otros, por acuerdo previo, uso social o razones de justicia. Esto suele ocurrir como se dijo, sobre todo en el giro de restaurantes de cierta categoría que poseen una tipología particular, pues, alrededor del camarero principal (*waiter* en inglés) que aconseja y toma las órdenes, están varios compañeros suyos que prestan servicios auxiliares y deberían también ser beneficiarios de la propina, a saber el ayudante de camarero encargado de preparar la mesa (*bus boy*), el portador de los platos (*food runner*), el botillero o servidor del vino (*sommelier*) y el personal de la cocina (cocineros, pinches y lavaplatos). Aparte se sitúan otros personajes que o bien cobran directamente sus propinas como son los cantineros o bien perciben salarios elevados como los jefes de comedor (*maitre d'hotel*) o los grandes *chefs,* que llegan a alcanzar fama y ganan fortunas, y las anfitrionas (*hostess*) que conducen al cliente al sitio adecuado.

Así, el crecimiento del sector terciario y la economía de servicios, ha originado una expansión del ámbito de la propina. De la industria gastronómica pasó al de hotelería y a la turística donde ha adquirido particular relevancia. Alguna existencia ha logrado también en otros sectores, en los que también se prestan servicios de persona a persona.

De esta manera, una actualización de los trabajadores que hoy acostumbran recibir propinas con mayor o menor regularidad debería incluir,

al margen del sector gastronómico, a los que prestan servicios en peluquerías, salones de belleza y centros de cultura física, así como a los trabajadores que laboran como encargados de guardarropas, conserjes, porteros, choferes de taxi, guías de turismo, *croupiers* en casinos de juego, acomodadores en cines y teatros, mensajeros y repartidores a domicilio, cargadores o portadores en estaciones de trenes, aeropuertos o puertos, carteros y empleados de limpieza y seguridad en condominios.

De hecho, la mayoría de estos posibles receptores de propina son trabajadores eventuales u ocasionales, y sus casos no presentan la misma importancia que los que trabajan en las cuatro áreas de uso intensivo de la propina: la industria gastronómica, la hotelera, la del turismo y la del transporte urbano por taxis. Estos cuatro tipos de empresas se caracterizan por incluir actividades de estrecha relación personal, por tener el mismo denominador común de pagar salarios básicos bajos y tendencia a recabar propinas progresivamente altas. Tienen la viciosa costumbre de ir depredando el salario, al tiempo que favorecen el aumento de las propinas.

Por otra parte, los códigos de América Latina que se ocupan de la propina han seguido dos enfoques distintos; el de la especificación de las actividades donde se aplica la propina y el de referirse a ella de modo general. Así, en la República Dominicana y Ecuador, el Código del Trabajo especifica cuáles son las empresas a las que se aplica la regulación de la propina: los hoteles, restaurantes, cafés, barras y en general, en los establecimientos comerciales en que se expendan para su consumo en esos mismos lugares comidas o bebidas. Se siguió en estos países la fórmula establecida por la Ley Federal del Trabajo de México, si bien ésta que comienza aludiendo a tres sectores (hoteles, restaurantes y bares) añade al final “y establecimientos similares”[85].

[85]VERA H. *Sociología de la propina*…Ob. cit., p.31.

Mientras que, otros países, como Argentina, Guatemala y Perú, se refieren a la propina de modo general sin aludir al sector o sectores en que su práctica se halla más generalizada. En Venezuela, tanto el recargo en el servicio como las propinas voluntarias, se refieren a los trabajadores que “por el uso o la costumbre reciben regularmente propinas”.

De este modo, el problema de la enunciación de las actividades, es que siempre quedarían fuera otros centros de trabajo en los que aún siendo la propina menos arraigada puede, no obstante, existir en la práctica. Mientras que, por otra parte, en los Estados Unidos, también hay leyes a nivel federal y estatal que se refieren a la propina, aunque de manera más bien tangencial. La preocupación básica de la Ley de Normas Equitativas de Trabajo (*Fair Labor Standards Act*), es evitar que se use el pretexto de la propina para eludir el abono de la integridad del salario mínimo[86].

A ese efecto esa ley, que se ocupa del comercio interestatal, ha procurado fijar el porcentaje tope que la propina pueda significar en el cómputo del mínimo. Al principio ese tope se fijó en el 30 por ciento, se elevó después al 40 y finalmente se estableció en el 50 por ciento. Para facilitar su cómputo, la FSL permite promediar su monto en un período razonable de tiempo. En la práctica la legislación federal tiene mayor relevancia en hoteles, turismo y cadenas de restaurantes. La legislación estatal aplicable al comercio intraestatal difiere en algunos aspectos de la federal. En Arizona el salario mínimo es tres dólares menos para los que reciben propinas[87].

En California, si al combinar el salario y la propina no se alcanza la suma necesaria para el pago mínimo estatal o federal, según sea el caso, el empleador tiene que completar el pago del mínimo correspondiente, que en

[86]Ibíd.
[87]ibid.

algunos condados como San José y Beverly Hills es superior al mínimo federal de $7.25. En Hawai, la propina no puede ser inferior a 50 centavos. Montana no permite que las propinas sean acreditadas al salario mínimo[88].

Cabe añadir que en casi todos los estados los empleados gastronómicos son empleados a tiempo parcial (lo que les excluye de ciertos beneficios marginales que es usual pagar a los de tiempo completo), y están expuestos a ser despedidos a discreción del patrono, a menos que el despido sea por motivos sindicales o por discriminación. Un número apreciable de empleados gastronómicos están afiliados al segundo sindicato más grande del país, el *Service Employees International Union.*

Naturaleza jurídica.

Discernir la naturaleza misma de la propina es objeto de discusión en la doctrina, y tiene importancia práctica sobre todo para los trabajadores. Existen en primer lugar dos posiciones opuestas en la doctrina respecto de la naturaleza de la propina. En primer lugar, tenemos la corriente que considera que la propina tiene carácter salarial y segundo los que consideran que la propina no tiene carácter salarial.

Entre los que defienden que la doctrina tiene carácter salarial se encuentra el maestro Mario de la Cueva:

> a) Quien paga la propina es el cliente del patrono y no del trabajador de "lo que implica por lo menos, que la propina es la suma de dinero que paga el cliente un patrono en ocasión de una adquisición de mercancías, recepción que cuenta con la aceptación del patrono.
> b) "…para la determinación de los salarios, los trabajadores, los sindicatos y los patronos, toman en consideración las propinas que saben entregan los clientes al personal del establecimiento, lo que da por resultado que los

[88]ibíd.

> salarios que aparecen en los contratos colectivos sean generalmente mínimos o apenas superiores". Afirma De la Cueva señala que, de no afirmarse la propina como salario, tendría que elevarse su importe por la Junta de Conciliación y Arbitraje para convertirlos en salarios remuneradores.

De otro lado López Basanta[89] al considera:

> "Uno de esos casos especiales es el de las propinas, cuyo enfoque como salario plantea lo que parece una cuestión difícil de resolver. En efecto, la propina, aunque consista en una suma de dinero, no es el objeto de una obligación de dar esa suma del empleador. Quien da la suma de dinero es una persona diferente al empleador; un tercero, con referencia a la relación de trabajo, un cliente. De modo que el deber del empleador no es el de dar la suma de dinero que recibe el trabajador sino el objeto de una obligación de hacer, en el sentido de hacer posible la entrega de la propina por el tercero (procurar, por lo tanto, con su establecimiento, una ''ocasión de ganancia'') y también el objeto de una obligación de no hacer, consistente en no impedirle al trabajador la percepción de su propina. Sin embargo, con esta aclaración, la propina ----al menos si se da en dinero---- respeta, en la misma medida que el salario en dinero, la libertad de uso del ingreso laboral, por parte del trabajador.".

Entre los que no aceptan que tenga carácter salarial tenemos a Montoya Melgar[90] quien estima "que tales percepciones, en la medida que son abonadas por personas distintas al empresario, no platean la posibilidad de ser consideradas como parte del salario".

Palomeque y de Álvarez de la Rosa[91], señalan que no "se trata pues, de la retribución del trabajo del por el empresario, sino un ingreso debido a la liberalidad del usuario; de ahí que no tenga carácter salarial"

Así la propina según Córdova[92], es a su juicio la intrusa del Derecho del Trabajo, o al menos una práctica que ubica en los confines del campo laboral, no se compadece con las notas que tipifican al Derecho del Trabajo. En el mismo documento alude que la propina en su origen y por su índole se trata

[89] LOPEZ, j «EL Salario»… Ob. cit., p. 457
[90] MONTOYA. A, *Derecho del Trabajo*… Ob. cit., p.384
[91] PALOMEQUE, M. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. *Derecho del Trabajo…* Ob. Cit., p.683
[92]CÓRDOVA. E., *La propina en su contexto socio-jurídico...*Ob. Cit., p. 89

de una acción ajena a la relación o contrato de trabajo, una acción que nace al calor de la generosidad del que la otorga, sin la previa existencia de vínculo jurídico alguno entre el que la da y el que la recibe. No se ocasiona por la acción directa del empleador o del trabajador, sino por el gesto de un tercer personaje -el consumidor, usuario o cliente- que en principio no tiene interés alguno en afectar las condiciones de trabajo del empleado, ni el margen de ganancias del empleador.

Al lado de los criterios anteriores tenemos otros que analizan esta institución desde otra óptica, el profesor Alonso García[93], explica "cuando la propina es, la donación liberal del cliente que utiliza un servicio del trabajador que lo presta por cuenta de la empresa titular –no del cliente mismo- no cabe hablar de salario". Distinto carácter tiene el recargo en el servicio, cuando este forma parte, preceptivamente, del pago que por la prestación del mismo abona quien utiliza aquel. Es evidente que no pueda estimarse que sea el cliente quien retribuya directamente al trabajador. En este caso según el maestro español, el salario se compone de una cantidad fija y tanto por ciento sobre los servicios realizado. Con esto se pone más de manifiesto el carácter de contraprestación del trabajo que se presta, que el recargo en el servicio tiene.

Alonso García, hace referencia al porcentaje sobre el consumo, que se ha prendido también explicar a través de la estipulación de terceros así lo refiere Longa Sosa[94]:

> "El porcentaje sobre el consumo ha sido estudiado como una estipulación a favor de terceros, este es un contrato mediante la cual el deudor denominado promitente, se compromete frente a otra persona denominada estipulante, a ejecutar una prestación en beneficio de un tercero, como consecuencia fundamental, la estipulación a favor de un tercero produce un derecho de crédito frente al promitente" (...)

[93] ALONSO GARCIA, citado por DE BUEN, N., Derecho del Trabajo, Editorial Porrúa. México, 2007. P.229

[94] LONGA, J. Ley Orgánica del Trabajo Comentada. Volumen I, Artículos 1 al 184, primera edición Distribuciones Jurídicas Santana, San Cristóbal, Venezuela. 1999, p. 520.

> En el porcentaje sobre el consumo, la “propina” deja de ser una liberalidad y se torna de carácter obligatorio, se constituye como parte del costo del servicio o del consumo. No existe relación entre el cliente y el trabajador como el caso inicial, simplemente se reduce a una relación bilateral entre el patrono y el consumidor, este último está obligado a pagar el porcentaje que se le incluye junto al precio final.

De acuerdo con el profesor Alfonzo-Guzmán[95], la tesis de Barassi y Deveali, tiene agudeza y poder de convicción : el salario no es la propina sino la posibilidad de cobrarla, pero señala, que este postura tiene un defecto de que si bien esa posibilidad es evaluable, como cualquier otro bien en especie que integre la retribución del trabajo, esa retribución tendría que ser igual al monto promedio de las percepciones efectivamente recibidas por el asalariado.

Es el criterio seguido por el legislador venezolano, no es la propina el salario, sino el “valor que él representa el derecho a percibirla” como se establece el artículo 108 de la Ley Orgánica del Trabajo, de los trabajadores y las trabajadoras del 2012.

De manera que, la asimilación de la propina al salario, entraña el problema de discernir si son extensivos a la propina los privilegios y protecciones que son propios del salario. ¿Intangibles e invariables las propinas cuya mera existencia es incierta? ¿Inembargables las propinas de tan variable estimación? La irrenunciabilidad sería por su parte aplicable sólo a la posibilidad de su percepción, cuando ello se hubiere pactado en el contrato de trabajo.

La propina en el ordenamiento jurídico venezolano:

La propina de se encuentra regulada en el artículo 108 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras:

[95] ALFONZO-GUZMAN, R. Estudio Analítico de la Ley… Ob. cit., p.473

> "En los locales en que se acostumbre cobrar al cliente por el servicio un porcentaje sobre el consumo, tal recargo se computará en el salario, en la proporción que corresponda a cada trabajador o trabajadora de acuerdo con lo pactado, la costumbre o el uso. Si el trabajador o trabajadora, recibiera propinas de acuerdo con la costumbre o el uso local, se considerará formando parte del salario un valor que para él o ella representa el derecho a percibirlas, el cual se estimará por convención colectiva o por acuerdo entre las partes. En caso de desacuerdo entre el patrono o patrona y el trabajador o trabajadora la estimación se hará por decisión judicial.
> El valor que para el trabajador representa el derecho a percibir la propina, se determinará considerando la calidad del servicio, el nivel profesional y la productividad del trabajador o trabajadora, la categoría del local y los demás elementos derivados de la costumbre y el uso"[96].

El artículo transcrito, no difiere del artículo 134 de la derogada Ley Orgánica del Trabajo de 1990, donde incorpora por primera vez, una norma sobre la propina en Venezuela, en ella encontramos, en primer lugar, lo que conocemos como porcentaje de recargo sobre el consumo, al que el legislador le otorga carácter salarial, recogiendo como lo señala Hernández[97], un criterio que había sido reiterado en la jurisprudencia. Se trata como se ha llamado anteriormente la propina obligatoria, de acuerdo con la norma comentada tal porcentaje forma parte del salario, de acuerdo a lo pactado, la costumbre o el uso, lo implica que la partes deben determinar la porción de la misma que le corresponde a cada trabajador, basándose en la costumbre o el uso.

La segunda parte del artículo, se refiere a la propina voluntaria, pero no se le da carácter salarial a la misma, sino el derecho que representa recibirlas, que cual se estimará en la convención colectiva o por acuerdo entre las partes, y en caso de no llegar a un acuerdo estas serán fijadas por el Juez. En referencia a este contenido, el mismo de incorpora por primera vez, en artículo 134 de la Ley Orgánica del Trabajo de 1990 como señala Hernández,

[96] Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, Gaceta Oficial N°6.076 del 7/05/2012.
[97] HERNANDEZ, O., «De la Remuneración» … Ob. cit., p.178.

configurando para el momento una innovación total, pues no existían antecedentes, ni en la jurisprudencia, ni en la práctica laboral venezolana y que la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras mantiene en su contenido.

Regulación de la Propina en el Derecho comparado.

La institución de la Propina, en algunos países de América Latina forma parte del marco jurídico legal, pero la mayoría de ellos no la contempla dentro de su normativa, en virtud de que se basa en una ley no escrita, adoptada por la práctica de hechos tolerados que se convierte en costumbre, que constituye fuente de Derecho, y en algunos casos, se integra para la aplicación de las leyes en materia laboral. No obstante, y en virtud de lo anterior encontramos ordenamientos jurídicos tendientes a incluir como componente salarial a la propina, mientras que otros se resisten a tal inclusión.

En Costa Rica, en ocasión de regular la materia de la propina, en el año de 1972 se aprobó una ley impulsada por el entonces diputado Luis Alberto Monge, donde se estableció el impuesto al servicio, consistente en el 10% de la cuenta total de cada mesa a favor del mesero. A partir de entonces, ese impuesto pasó a llamarse “propina”, generando confusión a nivel jurídico entre ésta y la propina voluntaria, pues no se delineaba ninguna diferenciación a nivel conceptual. El nuevo tratamiento que se le concede a la propina obligatoria, en adelante, servicio a la mesa, no deja de requerir un estudio concienzudo que determine si la misma es o no beneficiosa tanto para los trabajadores como para los patronos, dilucidando al efecto, los argumentos en pro y en contra de su nuevo tratamiento como componente extrasalarial.

Así, la República de Argentina establece en la Ley del Contrato de Trabajo LEY N° 20.744 - decreto 390/ 1976 en su artículo 113[98].

> **Art. 113. —Propinas.**
>
> Cuando el trabajador, con motivo del trabajo que preste, tuviese oportunidad de obtener beneficios o ganancias, los ingresos en concepto de propinas o recompensas serán considerados formando parte de la remuneración, si revistieran el carácter de habituales y no estuviesen prohibidas.

Por otra parte, en Brasil (*gorjeta* en portugués), conforme lo dispone el artículo 29, inciso 1 de la Constitución de las Leyes del Trabajo, establece con mayor amplitud y mejor disposición las propinas como parte de la remuneración[99]. Esta norma incluye tanto a la propina voluntaria, como el llamado recargo en el servicio, de forma que al hablar de salario, sea cualquiera su forma de pago, dentro de él debe estimarse, como integrándolo, a la propina[100].

En tal sentido, el artículo 457, inciso 3 del mismo cuerpo legal brasileño establece que: "Se considerará propina no sólo al importe espontáneamente dado por el cliente al trabajador, si no también aquello que fuera percibido por la empresa al cliente como adicional en las cuentas a cualquier título y destinado a distribuirse entre los trabajadores[101]"

Por su parte, México se caracteriza por ser un país de trascendencia histórica en materia laboral, cuyo antecedente se origina por la conquista de

---

[98]CORADO *Ídem.*

[99] Es importante señalar que la legislación brasilera distingue, en los conceptos salario y remuneración, salario es la retribución por los servicios prestados, a consecuencia de un contrato de trabajo, siendo debido directamente por el empleador que le utiliza para la realización de fines perseguidos por empresa, la remuneración es la suma de loa percibido en virtud del contrato de trabajo y de los pagos realizados por terceros, por lo servicios ejecutados por fuerza del mismo contrato. Ver SÜSSEKIND, A; DÉLIO, M; SEGADAS, V; LIMA, T; *Instituções de Direito do Trabalho*. Editora LTr, São Paulo,1999. P.353.

[100]CORADO A. (2017) *Necesidad De Regular El Contrato Especial…*Ob. Cit., p. 89

[101]Ibíd.

los propios obreros en cuanto a sus derechos, circunstancia que da nacimiento a la regulación de las relaciones que se establecen entre trabajadores y patronos de la industria gastronómica, especialmente respecto a la propina. Misma que encuentra su regulación en la Ley Federal de Trabajo de este país, específicamente en el Capítulo XIV que se denomina “Trabajo en Hoteles, restaurantes, bares y otros establecimientos análogos” en lo que interesa respecto a la propina encontramos[102]:

> Artículo 346. “Las propinas forman parte del salario de los trabajadores a que se refiere este capítulo en los términos del artículo 347.Los patrones no podrán reservarse ni tener participación alguna de ellas.” Artículo 347 “Si no se determina en calidad de propina un porcentaje sobre consumiciones. Las partes fijaran el aumento que deba hacerse al salario de base para el pago de cualquier indemnización o prestación que corresponda a los trabajadores. El salario fijado para estos efectos será remunerador, debiendo tomarse en consideración la importancia del establecimiento donde se presten los servicios.”

De acuerdo a la Ley Mexicana se establece que la propina no constituye una carga impositiva para los clientes de la industria gastronómica y hotelera pero debido a que se proporciona como una práctica consuetudinaria, se tuvo la necesidad de tutelar el derecho de los trabajadores que en ella intervienen, protegiendo su salario, prestaciones legales, alimentación, sanciones e involucrando a la Inspección de Trabajo en el control y vigilancia de dichas normas en cuanto al campo de su competencia, y a la vez obligando a los trabajadores de estos establecimientos a cumplir sus actividades con características especiales para realizarlo.

Asimismo, en Chile, mediante reglamento a su Código de Trabajo se regula lo relativo a la propina en el artículo 64:

> **Art. 64.** En los establecimientos que atiendan público a través de garzones, como restaurantes, pubs, bares, cafeterías, discotecas, fondas y similares, el empleador deberá sugerir, en cada cuenta de consumo, el monto correspondiente a una propina de a lo menos el 10% del mismo,

[102]Ibíd.

la que deberá pagarse por el cliente, salvo que éste manifieste su voluntad en contrario.

Los trabajadores tendrán derecho a percibir todas aquellas sumas que por concepto de propinas entreguen los clientes de dichos establecimientos, sea en forma directa y en dinero en efectivo al trabajador, como también y a su elección a través de los medios de pago aceptados por el empleador, tales como tarjetas de crédito, de débito, cheques u otros títulos de crédito. El empleador no podrá disponer de ellas, deberá entregarlas íntegramente a los trabajadores y no podrá efectuar descuentos de ninguna naturaleza sobre las mismas. Tampoco podrá distribuir las propinas, facultad que sólo recae en los trabajadores que las reciben del cliente, las que se entenderán de su propiedad.

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

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

Las normas contenidas en los incisos segundo, tercero y cuarto de este artículo serán también aplicables, en lo pertinente, en aquellos establecimientos de atención al público en los que se deje propina, como las estaciones de expendio de combustibles u otros. Los establecimientos que acepten medios electrónicos de pago deberán permitir que la propina también pueda ser pagada por los mismos medios" [103].

De la norma anterior se desprende la obligación para los patronos de los patronos de establecer el porcentaje por el consumo, pero también la propina voluntaria, en ambos casos la propina voluntaria, en ambos casos la propina corresponde al trabajador, pero no señala si la misma tiene carácter salarial.

[103]CODIGO DEL TRABAJO de Chile, disponible en https://www.dt.gob.cl/portal/1626/articles-95516_recurso_2.pdf

Así también, en la Legislación de la República Dominicana encontramos que el Código de Trabajo (promulgado 29 de mayo1992), regula lo pertinente a la Propina, estableciéndola de forma obligatoria:

> Art. 228.- En los hoteles, restaurantes, cafés, barras y en general, en los establecimientos comerciales donde se expende par a su consumo en esos mismos lugares comidas o bebidas, es obligatorio para el empleador agregar un diez por ciento por concepto de propina en las notas o cuentas de los clientes, o de otro modo que satisfaga dicha percepción, a fin de ser distribuido íntegramente entre los trabajadores que han prestado servicio.
> Art. 229.- Los empleadores deben adoptar los métodos pertinentes para que las percepciones obligatorias por concepto de propinas sean liquidadas semanalmente o en cualquier oportunidad convenida, para ser repartidas en partes iguales entre el personal.
> Art. 230.- La liquidación de las sumas a que se refiere el artículo precedente debe ser justificada por los empleadores, así como su reparto y entrega.

Posteriormente decreto N° 258- 93 se promulga el "Reglamento para la aplicación del Código de Trabajo", que prescribe acerca de la propina lo siguiente:

> Artículo 39. "Se establece que la percepción del diez por ciento por concepto de propina ya establecida en el Código de Trabajo, para distribuirla entre los trabajadores que presten ese servicio directo al público, así como el área de servicio donde se origina la propina; excluyendo de esta al personal administrativo de estos establecimientos. Esta distribución será convenida entre patrones y trabajadores, pudiendo ser modificada, la distribución porcentual y dentro de las diferentes áreas de servicio del establecimiento."
> Artículo 40. "La obligación de los dueños, gerentes, representantes, encargados, o cajeros especificar diaria, clara y separadamente, la suma a que ascienda el diez por ciento correspondiente a la propina."
> Artículo 41. "Los dueños, gerentes, representantes o encargados están obligados llevar un registro de notas o cuentas percibidas por concepto de propinas que podrán ser fiscalizadas por los trabajadores"

Como se observa de los anteriores artículos se permite al trabajador fiscalizar las cuentas que sobre la propina lleve a cabo su empleador o la persona designada por esté al efecto, estableciendo que a su vez la propina no goza de carácter salarial. Así lo establece expresamente el artículo.

> Art. 197.- La propina obligatoria prevista en el artículo 228 y la propina voluntaria pagada por el consumidor directamente al trabajador no se consideran parte del salario

Asimismo, permite que sea el empleador quien previo acuerdo con sus trabajadores realice la distribución correspondiente, entre el sector de trabajadores que tienen contacto directo con el cliente, o bien que estos montos sean repartidos entre todo el personal, con una excepción clara del personal administrativo

Capítulo III

Antecedentes Normativos

A través del desarrollo del presente apartado, se abordará lo contemplado en la documentación normativa internacional y nacional vigente, que guarda relación, así sea de manera indirecta, con la propina como elemento del salario, para que de esta manera queden establecidos de algún modo, los antecedentes normativos que le dan fundamento a la mencionada temática, objeto de estudio de la investigación en curso.

Se describirán para tal fin, algunos elementos plasmados en los documentos promulgados por la Organización Internacional del Trabajo, la Convención Internacional de Derechos Humanos, esto en el ámbito internacional y; en el nacional, lo establecido en la Carta Magna, así como lo definido al respecto en la Ley Orgánica del Trabajo, los trabajadores, las Trabajadoras (2012)[104].

Normas Internacionales

Declaración de los Derechos Humanos (ONU, 1948)

La Declaración de los Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948, fue promulgada como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, según establece su preámbulo, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente

[104]Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, Gaceta Oficial N°6.076 del 7/05/2012.

en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados Miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción[105].

Así pues, si bien dicho documento normativo no puntualiza tópicos inherentes a detalles en los aspectos laborales de los pueblos, y por tanto no menciona temas relacionados a elementos puntuales tales como el de la propina como elemento salarial dentro de lo establecido en el ámbito laboral, sin embargo; dentro de dicha declaración, sin embargo particularmente en su artículo 23 el derecho al trabajo, se establece que toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo.

Igualmente, establece que toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual y que toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social. Puntos tales que pueden y deben ser base e insumo para el debate y discusión sobre la temática abordada atinente a la propina como elemento del salario.

Organización Internacional del Trabajo

[105]CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. Ley No. 4534 de 23 de febrero de 1970.

Desde su creación en 1919 la Organización Internacional del Trabajo viene adoptando un sistema de normas internacionales que tiene como objetivo “la promoción y oportunidades de hombres y mujeres, con el fin de que estos consigan trabajos decentes y productivos, en condiciones de libertad, igualdad, seguridad y dignidad”[106].

En referencia al tema de la presente investigación, son relevantes, en primer lugar, el Convenio sobre la protección al salario (núm. 95) adoptado por la Organización Internacional del Trabajo en 1949 y ratificado por la República Bolivariana de Venezuela en 1982 establece en cuanto al termino salario lo siguiente:

> Artículo 1: “A los efectos del presente Convenio, el término”salario”significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar”.

De acuerdo trabajos preparatorios del convenio 95 se evidencia que la “intención de los redactores era utilizar el término «salario» no en un sentido técnico, tal como puede existir en el marco de la legislación nacional, sino en un sentido genérico que comprendiese la totalidad de las diversas formas y componentes de la remuneración del trabajo"[107]

Se puede inferir del instrumento que el salario es la remuneración valorada en efectivo, la cual es debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo. Dicho convenio no hace mención a la

[106] ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2009) Las Reglas del Juego. Una breve introducción a las Normas Internacionales de Trabajo. Suiza., p.7

[107] INFORME DE LA COMISIÓN DE EXPERTOS EN APLICACIÓN DE CONVENIOS Y RECOMENDACIONES. Estudio general de las memorias relativas al Convenio (núm. 95) y a la Recomendación (núm. 85) sobre la protección del salario, 1949. Disponible en: https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663(2003-91)361.pdf

propina y solo hace referencia al salario como una remuneración que es debida por el empleador al trabajador en virtud de un contrato de trabajo.

El otro Convenio significativo para la presente investigación es número 172 “Sobre las condiciones de trabajo en los hoteles, restaurantes y establecimientos similares de 1991 adoptado por la OIT y aún no ratificado por la República Bolivariana de Venezuela, señala en lo referente a la propina:

> Artículo 6: “1. El termino propina significa el dinero que el cliente da voluntariamente al trabajador, además del que debe pagar por los servicios recibidos. 2. Independientemente de las propinas, los trabajadores interesados deberán recibir una remuneración básica que será abonada con regularidad.”[108]

En relación a los anterior cabe destacar que la OIT, define el término propina como el dinero que el cliente da voluntariamente al trabajador, además del que debe pagar por los servicios recibidos; hacemos la aclaración que independientemente de las propinas, los trabajadores deberán recibir una remuneración básica que será abonada con regularidad[109].

De lo citado, se observa que dicho Convenio establece que la propina como tal no forma parte de las prestaciones laborales que un trabajador debe percibir con ocasión a su actividad laboral. Lo anterior marca un precedente a nivel internacional respecto a la manera en que la propina debe ser tratada en los países ratificantes de dicho convenio.

[108]Ibíd.

[109]ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Convenio Sobre las condiciones de trabajo (Hoteles y Restaurantes)*, 1991. No. 172, artículo 6.

Pudiéndose ratificar entonces, que la propina de acuerdo con el texto normativo, se trata de una gratificación monetaria por la satisfacción de un servicio eventual que un cliente otorga voluntariamente. Así pues, observando lo mencionado por la OIT en el convenio 172, en relación con la propina, los trabajadores deberán recibir una remuneración básica: una retribución que debe pagar el patrón al trabajador por su trabajo, motivo de la prestación de un servicio personal subordinado, es decir, un salario.

Ahora bien, los países que han adoptado dicho convenio y lo han ratificado como ley formal en sus legislaciones son consecuentes en considerar que la propina como tal, no forma parte del salario que debe percibir todo trabajador del sector gastronómico y afines a dicha actividad comercial. Aun así, es importante mencionar que, en una gran parte de la legislación laboral a nivel mundial, no ha considerado a la materia de la propina como una de las principales cuestiones a resolver, pese al gran impacto que sobre las condiciones de vida de un importante sector de la población pueda repercutir.

Normas Nacionales

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela

Al igual que ocurre con lo analizado en la Declaración de Derechos Humanos, la Carta Magna venezolana vigente (2009)[110], si bien no contempla o menciona en sus artículos, a la propina como elemento salarial, sirve de base para el análisis de la tal temática, si se parte de los

[110]GACETA OFICIAL DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. (2009). Extraordinario Nº 5.908. Asamblea Nacional. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, con la Enmienda Nº 1 aprobada 15/02/2009.

artículos que promulgan lo relacionado al salario y a los aspectos salariales del trabajador y trabajadora venezolano.

Así, el Artículo 91, establece:

> "Todo trabajador o trabajadora tiene derecho a un salario suficiente que le permita vivir con dignidad y cubrir para sí y su familia las necesidades básicas materiales, sociales e intelectuales. Se garantizará el pago de igual salario por igual trabajo y se fijará la participación que debe corresponder a los trabajadores y trabajadoras en el beneficio de la empresa. El salario es inembargable se pagará periódica y oportunamente en moneda de curso legal, salvo la excepción de la obligación alimentaria, de conformidad con la ley.
> El Estado garantizará a los trabajadores del sector público y el sector privado un salario mínimo vital que será ajustado cada año, tomando como referencias el costo de la canasta básica. La ley establecerá la forma y el procedimiento."

Ley Orgánica del Trabajo, los trabajadores y los trabajadores

La Ley Orgánica de los Trabajadores y las Trabajadoras como se expuso el capítulo I define el salario en el artículo 104:

> "Se entiende por salario la remuneración, provecho o ventaja, cualquiera fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en moneda de curso legal, que corresponda al trabajador ola trabajadora por la prestación de su servicio y, entre otros, comprende las comisiones, primas, gratificaciones, participación en los beneficios o utilidades, sobre sueldos, bono vacacional, así como recargos por días feriados, horas extras o trabajo nocturno, alimentación y vivienda"
>
> Los subsidios o facilidades que el patrono o patrono otorgue al Trabajador o trabajadora, con el propósito de que éste o ésta obtenga bienes o servicios que le permitan mejorar su calidad de vida y la de su familia tienen carácter salarial
>
> A los fines de esta Ley se entiende por salario normal la remuneración devengada por el trabajador o trabajadora en forma regular y permanente por la prestación de su servicio.
>
> Quedan excluidos del mismo las percepciones de carácter accidental, las derivadas de las prestaciones sociales y las que

> este considere que no tienen carácter salarial. Para la estimación del salario normal ninguno de los conceptos que lo conforman producirá efectos sobre el mismo”

Asimismo, el legislador patrio se encarga de establecer que elementos no tienen carácter salarial los cuales ha denominado beneficios sociales no remunerativos en el artículo 105, tratado anteriormente:

> Se entienden como beneficios sociales de carácter no remunerativo:
> 8. Los servicios de los centros de educación inicial.
> 9. El cumplimiento del beneficio de alimentación para los trabajadores y las trabajadoras a través de servicios de comedores, cupones, dinero, tarjetas electrónicas de alimentaciones y demás modalidades previstas por la ley que regula la materia.
> 10. Los reintegros por gastos médicos, farmacéuticos y odontológicos.
> 11. Las provisiones de ropa de trabajo.
> 12. Las provisiones de útiles escolares y de juguetes.
> 13. El otorgamiento de becas o pagos de cursos de capacitación, formación o de especialización
> 14. El pago de gastos funerarios.
> Los beneficios sociales no serán considerados como salario, salvo que, en las convenciones colectivas o contratos individuales de trabajo, se hubiere estipulado lo contrario.

En referencia a la propina nuestro legislador, la establece y regula en el artículo 108 que prescribe:

> **Carácter salarial de la propina**
> En los locales en que se acostumbre cobrar al cliente por el servicio un porcentaje sobre el consumo, tal recargo se computará en el salario, en la proporción que corresponda a cada trabajador o trabajadora de acuerdo con lo pactado, la costumbre o el uso. Si el trabajador o trabajadora, recibiera propinas de acuerdo con la costumbre o el uso local, se considerará formando parte del salario un valor que para él o ella representa el derecho a percibirlas, el cual se estimará por convención colectiva o por acuerdo entre las partes. En caso de desacuerdo entre el patrono o patrona y el trabajador o trabajadora la estimación se hará por decisión judicial.
> El valor que para el trabajador representa el derecho a percibir la propina, se determinará considerando la calidad del servicio, el nivel profesional y la productividad del trabajador o trabajadora la

categoría del local y los demás elementos derivados de la costumbre y el uso[111]

Así, de esta manera, el valor que para el trabajador o trabajadora representa el derecho a percibir la propina, se determinará según la legislación venezolana, considerando la calidad del servicio, el nivel profesional y la productividad del trabajador o la trabajadora, la categoría del local y demás elementos derivados la costumbre o el uso.

En este sentido, vale recordar, que en América Latina los códigos consagraron la propina, pero no se contempla el prohibir que ella sirva de argumento para presionar de algún modo al personal. El enfoque seguido por la mayoría de ellos al parecer necesita ser revisado. Parece oportuno rodearla de condicionantes y limitaciones que le impidan ser un obstáculo a la percepción de salarios en los sectores interesados.

En todo caso, una fórmula sencilla ha sido ya prevista en algunos Códigos (Brasil y Panamá), que, al referirse en general a los suplementos, dispone que sólo pueden pactarse por encima de los mínimos. La propina es, en conclusión, una de las pocas disposiciones de los Códigos (y del Derecho del Trabajo en general) que es de beneficio económico directo para los empleadores. Su existencia alivia al empleador de la obligación de pagar un salario justo a sus empleados, y repercute en perjuicio de la masa inerme del público consumidor de la que hoy forman parte muchos trabajadores.

[111]Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, Gaceta Oficial N°6.076 del 7/05/2012.

Capítulo IV

Consideraciones Jurisprudenciales en referencia a la propina

A continuación, se presentan algunos resúmenes de los criterios jurisprudenciales recabados en algunas sentencias emanadas de la Sala de Casación Social en referencia a la interpretación de la institución de la propina:

1. Sentencia N° 190 del 25 de febrero de 2014 dictada en el caso David Márquez Márquez y otros vs. Terraza Steak House S.A; de Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia con ponencia de la Magistrada Sonia Coromoto Arias Palacios[112]: se puede inferir de la sentencia lo siguiente:

> "De acuerdo con las normas citadas, el salario nunca debe ser menor al salario mínimo, el importe del mismo dependerá de la cantidad y calidad del servicio; y, forma parte del salario normal el valor que para el trabajador represente el derecho a recibir las propinas y no las cantidades pagadas voluntariamente por los clientes, cuyo valor será estimado por convención colectiva o por acuerdo de las partes. El valor que represente para el trabajador el derecho a percibir las propinas será fijado, de común acuerdo, entre el empleador y el trabajador y ese porcentaje formará parte del salario. En caso de desacuerdo entre las partes, la estimación se hará por decisión judicial, tomando en cuenta los criterios señalados para su cuantificación, entre los cuales se destacan: la calidad del servicio; el nivel profesional, la productividad del trabajador, la categoría del local y demás elementos derivados de la costumbre o el uso".

De lo anterior podemos inferir, que si el salario que percibe el trabajador, aun cuando forme parte del mismo el porcentaje al

[112] TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. Sala de Casación Social. Disponible en : http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/febrero/161590-0190-25214-2014-11-1339.HTML

consumo y valor que represente el derecho a percibir la propina, este no puede ser inferior al salario mínimo.

Además, considera la Sala, que el si el trabajador percibe como salario el porcentaje sobre el consumo tanto este, como el valor que representa para el trabajador el derecho a recibir la propina forma parte del salario normal. Lo que implica que deberá tomarse en cuenta en el cálculo de los derechos derivados de la relación de trabajo que se pagan con este tipo de salario entre estos tenemos, vacaciones, días feriados, días descanso trabajados, horas extras.

2. Sentencia N° 1266 del 12 agosto del 2014 dictada en el caso del ciudadano Alonso García Dávila vs sociedad mercantil **INVERSIONES 24836 (**explotadora del comercio denominado Restaurant Steak House de Lee Hamilton) de Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia con ponencia de la Magistrada Carmen Esther Gómez Cabrera[113]

en esta sentencia resultan relevantes dos aspectos:

> (…), en consecuencia no pueden tomarse como ciertas las cantidades alegadas por el demandante n su libelo, por cuanto son sumas totales que incluyen el total de las propinas que alega haber percibido más lo correspondiente al porcentaje por consumo, lo que no resulta correcto, pues está adicionando lo percibido por propinas de los clientes, que no constituye salario, ya que lo que la ley especial prevé como salario es la estimación por las partes o de forma judicial, del derecho a percibirlas.(…)

[113]TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. Sala de Casación Social. Disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/agosto/168393-1266-12814-2014-11-1398.HTML

Con respecto a lo anterior la sala ratifica lo previsto por legislador, no se considera salario la propina pagada directamente por el cliente al trabajador, lo que tiene carácter salarial es valor del derecho a recibirlas, valor que debe ser fijado por las partes o su defecto por el juez.

> (…) Ahora bien, en el presente caso, el demandante devengaba un salario mixto, cuya porción fija no superaba el salario mínimo establecido por el Ejecutivo Nacional, según quedó establecido del análisis de los recibos de pago promovidos, razón por la cual, se considera procedente el reclamo por diferencia salarial planteado por el accionante desde enero de 2005 hasta febrero de 2010; dicha diferencia deberá ser establecida mediante experticia complementaria del fallo (…)

De acuerdo con lo previsto en este caso, el salario del trabajador estaba conformado por una parte fija y por una parte variable, esta última conformada por el porcentaje del consumo y las propinas pagadas por los clientes, para este caso Sala decidió que la parte correspondiente a la porción fija no puede ser inferior al salario mínimo nacional.

Sin embargo, en la misma sentencia se advierte el cambio de criterio respecto del salario mínimo y el salario mixto:

> "Ahora bien, dicha norma al aludir al salario no hace distinción ni salvedad alguna, y es un aforismo jurídico que donde no distingue el legislador no debe hacerlo el intérprete, cuya aplicación resulta pertinente en este caso, puesto que, al no hacer diferencia la norma entre salario fijo, variable o mixto, debe entenderse que no cabe la diferenciación, y esto puede atender a que cualquier elemento que tenga naturaleza salarial, en virtud de que sus características encuadran en la definición contenida en el artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo o porque así haya sido denominado por la propia Ley, que sea percibido por el trabajador, debe tomarse en consideración a los fines de comparar el monto total devengado con el salario mínimo establecido por la autoridad competente, pues en su totalidad cumple con el fin social de permitir al trabajador y a su familia una existencia digna, que aplicando el método teleológico de interpretación se infiere que es

lo que persigue el legislador que sea garantizado con la previsión contenida en el artículo 129 de la Ley Orgánica del Trabajo.

En este sentido se pronunció esta Sala de Casación Social, en sentencia dictada el 10 de junio de 2013 (caso: Marcial Antonio Navarro Delgado vs Representaciones Andover de Venezuela, C.A.), en la que se resolvió sin lugar la denuncia analizada, pues se consideró que, al haber declarado improcedente e l"*ad quem*" el pago del salario mínimo desde el inicio hasta la fecha de finalización de la relación laboral, no incurrió en el vicio alegado por el recurrente, ya que tal y como se apreció de las pruebas aportadas a los autos, el actor devengaba salario variable conformado por comisiones y otras percepciones de carácter laboral, además que el monto por comisiones devengadas en cada mes de prestación de servicios, era superior al salario mínimo fijado por el" Ejecutivo Nacional." La citada decisión de la Sala, fue ratificada en sentencia de fecha 17 de diciembre del mismo año, con votos salvados de los Magistrados Dr. Luis Eduardo Franceschi y Dra. Sonia Coromoto Arias Palacios, (caso Mayra Alejandra Añanguren Peláez vs Representaciones Venuscol, C.A.); "cambiándose" el criterio sentado en sentencia proferida el 01 de octubre de 2009 en el caso: Carlos Eduardo Chirinos vs Desarrollos Hotelco, C.A."

3. Sentencia N° 0778 del 3 agosto del 2016 dictada en el caso del ciudadano Luis Alfredo Hernández vs sociedad mercantil Representaciones CAPCANA 2006 C. A. de Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia con ponencia de la Magistrado Danilo A. Mojica Monsalvo [114]. De la sentencia resalta lo siguiente:

> "La demandada rechazó que las propinas recibidas por el demandante tenga naturaleza salarial con el argumento que el derecho a percibirlas fue tasado en dos (2) Unidades Tributaria (U.T.), que dicho elemento de cálculo (Unidades Tributarias) se actualiza anualmente y por ello, en su decir, el haber tasado el derecho a percibir propinas determinan: 1) que las propinas no son una parte variable del salario, 2) que el pago, de la incidencia salarial del valor del derecho a percibir propina en los días de descanso semanal está comprendido dentro del valor tasado y, 3) que el valor tasado del derecho a percibir las propinas no tiene naturaleza salarial y por ello no causan incidencia salarial en la

[114]TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. Sala de Casación Social. Disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/enero/195505-020-26117-2017-15-1420.HTML

> base de cálculo de ningún concepto. Sin duda el argumento de defensa de la demandada es errado, pues, el hecho que se haya tasado el derecho a percibir propinas no desvirtúa la naturaleza salarial legal (atribuida por la Ley) del referido pago por propinas, ni le atribuye una naturaleza distinta. Así mismo, el valor tasado del derecho a percibir propina no se constituye en un valor paquete, es decir, que en su valor estén contenido la incidencia salarial de dicho elemento en todos o algunos de los conceptos causados con motivo de la existencia de un contrato de trabajo y, finalmente, tampoco determina que el ingreso tasado por la propina se constituya en un elemento fijo del salario, pues, el valor tasado del derecho a percibir propina o la propina tasada mantienen su naturaleza salarial legal y el valor que hayan acordado las partes (trabajador y patrono) se integra al salario normal como elemento base de cálculo de los derechos del trabajador. **Así se declara."**

Aclara la sentencia que el hecho que se haya tasado el derecho recibir lo propina no desvirtúa su naturaleza salarial, sino por el contrario mantiene su naturaleza salarial y ratificando el criterio que el mismo se integra al salario normal y debe tenerse en cuenta para el cálculo de todos los elementos que le corresponden al trabajador.

De la misma manera ratifica que el porcentaje sobre el consumo forma parte del salario y debe tomarse en cuenta para la determinación de otros derechos como es el caso de los días de descanso semanales trabajados:

> **PORCENTAJE SOBRE EL CONSUMO**: La demandada rechaza la naturaleza salarial de dicho pago, por cuanto en su decir; los elementos base de cálculo que ella usó para determinar el monto a pagar por dicho porcentaje están comprendidas las cantidades que le puedan corresponder al demandante por concepto de la incidencia salarial en los descansos semanales. Ahora bien, el elemento base de cálculo al cual hace referencia la demandada y por el cual considera que no se adeudan incidencias, es el número de días de la semana en el que se toman las ventas totales, esto es, que se toman las ventas completas del total de días de la semana trabajados por la empresa sin excluir los días de descanso que haya disfrutado cada trabajador. Así las cosas, dicha base de cálculo del porcentaje sobre el consumo no libera a la demandada de su obligación de considerar lo pagado por dicho concepto como elemento integrante del salario normal para el cálculo de los días de descanso semanales trabajados. **Así se declara.**

4. Sentencia N° 0142 del 3 marzo del 2017 dictada en el caso del ciudadano Luis Eduardo Arrieta Jiménez vs sociedad mercantil INVERSIONES 0209 C.A. de Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia con ponencia de la Magistrado Danilo A. Mojica Monsalvo[115] De la sentencia resalta lo siguiente:

> "Por tanto,el recargo sobre el consumo es un componente del salario que paga el empleador al trabajador de acuerdo con un sistema de puntos o porcentajes que el uso y la costumbre han establecido; es parte integrante de la remuneración periódica del trabajador y, por el contrario, "**la propina depende por completo de la voluntad del cliente**; "**de allí que se considere salario la totalidad de lo que percibe el trabajador por concepto de porcentaje sobre el consumo, en el primer caso**, **y**, **en el segundo** ,**la suma que estimen convencionalmente el empleador y el trabajador como valor del derecho a percibir la propina**."
> Visto así, no debe entenderse que el patrono deba pagar al trabajador suma alguna por concepto de propina, pues no es a este concepto al que el legislador le atribuye el carácter de salario, que como supra se apuntó consiste en una retribución graciosa que recibe el trabajador directamente de los clientes del establecimiento donde presta sus servicios; lo que es reconocido como salario es el valor que para él representa el derecho a percibirla. Obviamente, es por esta especial característica que debe entenderse que la naturaleza salarial del valor estimado del derecho a percibir propinas es sólo a los efectos de la determinación de los beneficios derivados de la relación de trabajo, vale decir, debe considerarse sólo formando parte de la base de cálculo de los referidos beneficios, pero nunca como un concepto que el patrono deba cancelarle al trabajador.

Hace hincapié la Sala al ratificar que el porcentaje sobre el consumo tiene carácter salarial, y aclara que el patrono no debe pagar al trabajador suma alguna por concepto de propina, pues a esta no se considera salario,

---

[115] TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. Sala de Casación Social. Disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/marzo/196638-0142-7317-2017-16-578.HTML

lo que se reconoce como salario es valor que él representa el derecho recibirla.

5. Sentencia N° 0262 del 23 marzo del 2018 dictada en el caso del ciudadano Edigio Jóse Padrón Querales vs contra las sociedades mercantiles **EL CARRETÓN VENTA DE PARRILLA Y POLLOS EN BRASA, S.R.L**. Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia con ponencia de la Magistrada Mónica Gioconda Misticchio Tortorella[116]: en la presente decisión la Sala reitera el criterio que el porcentaje sobre el consumo forma parte del salario:

> "Por otra parte, en lo que respecta al porcentaje sobre el consumo, se observa de las facturas fiscales cursantes a los autos (*Vid*. folio 96 de la pieza N° 1 de expediente), que la entidad de trabajo demandada cobraba a sus clientes el diez por ciento (10%) sobre el consumo, por lo que efectivamente dicho concepto debe computarse como parte del salario"

[116] TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. Sala de Casación Social. Disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/marzo/209196-0262-23318-2018-17-967.HTML

CONCLUSIONES

Una vez analizada la noción de salario, se ha verificado que cada legislación, prescribe su definición de salario estableciendo los elementos que los conforman, pero a todo evento, cuando se examina el concepto, el salario en el sentido más amplio es la remuneración que recibe el trabajador de su empleador con ocasión del trabajo efectuado.

Cada legislación y la doctrina no solo se encargan de definirlo sino también de señalar los elementos que no constituyen parte del mismo.

La propina es un elemento que se hace presente en la relación de trabajo, pues se trata de una cantidad voluntaria que otorga un tercero beneficiario de un servicio, al trabajador por el servicio recibido,

De acuerdo con lo anterior la propina es ajena a la relación de trabajo, ya que se trata de una cantidad realizada por un tercero ajeno a los sujetos de la relación de trabajo, razón por la que no se considera formando parte del salario por la mayoría de la doctrina y las legislaciones como se evidencia en la presente investigación.

Sin embargo, se presentan excepciones, legislaciones que incluyen la propina como parte del salario. En este sentido es importante diferenciar los tipos de propina: propina obligatoria y la propina voluntaria. La propina obligatoria, consiste en el recargo sobre el servicio, pues se trata de un porcentaje que paga el cliente sobre el precio de final del consumo y la propina voluntaria, las cantidades que voluntariamente otorga el cliente al trabajador que ha prestado un servicio. Algunas legislaciones establecen de manera

obligatoria el recargo sobre el consumo, la obligación de entregarlo a los trabajadores, pero no le reconocen carácter salarial.

En cuanto a la naturaleza salarial de la propina no es conteste la doctrina, un sector amplio considera que no tiene carácter salarial, fundamentado en el hecho de que la misma proviene de un tercero ajeno a la relación de trabajo, una liberalidad de usuario y no de retribución por el trabajo que debe pagar el empleador.

Los que aceptan el carácter salarial de la propina se fundamentan desde un punto de vista económico, pues el salario base de los trabajadores de la propina no es remunerador y para serlo se requiere que la propina se integre al mismo.

Otros aceptan el carácter salarial solo de la propina obligatoria o recargo del servicio, y el salario estaría conformado por una cantidad fija, pagada por el empleador y un porcentaje por los servicios prestados.

Un último criterio se aparta de los anteriores, pues considera que es parte del salario, no la propina, sino la posibilidad de recibirlas.

Es importante destacar que el trabajador hoy en día no puede recibir como ingreso únicamente las propinas, debe pactarse un salario, así lo ha establecido la Organización Internacional del Trabajo al adoptar el convenio N° 172 sobre las condiciones de trabajo en los hoteles, restaurantes y establecimientos similares de 1991, que señala que los trabajadores deben recibir una retribución básica abonada con regularidad.

En el caso de la Legislación de la venezolana, tenemos consagrados dos supuestos al respecto; el primero se refiere al recargo en el consumo, este

se considera formando parte del salario, en la proporción que le corresponda a cada trabajador, de acuerdo con lo pactado, la costumbre o el uso. En este caso nuestro legislador patrio, reconoce como parte del salario, el recargo sobre el consumo o la llamada propina obligatoria que se debe distribuir por acuerdo entre las partes o la costumbre o el uso.

El otro supuesto se refiere a la propina voluntaria, pero debemos aclarar, que no es la propina la reconocida como parte del salario, lo que el legislador reconoce como salario es “un valor que representa el derecho a percibirlas”, dicho valor se estimará en la convención colectiva o por acuerdo entre las partes, en caso desacuerdo se hará por decisión judicial. Este valor se determinará considerando la calidad del servicio, el nivel profesional y la productividad del trabajador o trabajadora categoría del local la costumbre y el uso.

No se trata de que el patrono deba pagar propina al trabajador, ya que lo que forma parte del salario legal establecido, es totalidad de lo que percibe el trabajador por concepto de porcentaje sobre el consumo, y la suma que estimen convencionalmente el empleador y el trabajador como valor del derecho a percibir la propina.

El patrono de acuerdo con lo señalado con las sentencias, debe asumir los impactos de estos montos, en otros derechos derivados de la relación de trabajo, ya que como se ha podido evidenciar, la Sala de Casación social ha determinado que tanto el porcentaje sobre el consumo y la suma que estimen convencionalmente el empleador y el trabajador como valor del derecho a percibir la propina, son parte salario normal, por lo tanto de asumir su impacto en el pago de días descanso, días feriados, bono nocturno, vacaciones y utilidades.

Así las cosas, vemos que nuestro legislador le ha dado un trato sui generis a la propina, reconociendo como parte del salario, al porcentaje sobre el consumo (propina obligatoria) y al valor del derecho a percibirla (propina voluntaria).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABARCA Justo; AGUILAR Gerardo; ALONSO Rubén (2015) *Embargabilidad del Salario básico y del salario mínimo.* Universidad Francisco Gavidia. El Salvador.

AMAYA GALEANO, Miguel. (2013) *Administración de salarios e incentivos. Teoría y práctica*. Bogotá: Escuela Colombina de Ingeniería.

ARANGO, Rodolfo. (2005) *El concepto de los derechos sociales fundamentales.* Legis. Bogotá.

ASAMBLEA NACIONAL. *Ley Orgánica del Trabajo de los Trabajadores y Trabajadoras (LOTTT).* (2012) Gaceta Oficial Nº 6.076.

BALESTRINI, M., (2007) *Estudios documentales, teóricos, análisis de discurso y las historias de vida, una propuesta metodológica para la elaboración de sus proyectos*, edición 2003 Editorial BL consultores, segunda primera reimpresión

BAYÓN C., y PÉREZ E. (1964) *Manual de derecho del trabajo*, 5ª. Ed.; Madrid, España. (s.e.).

BOLÍVAR Marcial (2013) *Análisis Del Servicio A La Mesa Y Su Naturaleza Extra Salarial A La Luz De La Ley Para Proteger El Empleo De Los Saloneros Y Meseros, Ley N° 9116.* Tesis De Grado Para Optar Por El Título De Licenciado En Derecho. Universidad de Costa Rica.

CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. (2000) *Diccionario jurídico elemental*, 14ª. Ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta S.R.L.

CARDONA, Doris y AGUDELO Héctor. (2005). *Construcción cultural del concepto calidad de vida*. Revista Facultad Nacional de Salud Pública, vol. 23, núm. 1, enero-junio, pp. 79-90.

CASTAÑO, Juan, MONTOYA, Luz y RESTREPO, Luz (2009). *Compensación salarial y calidad de vida*. Scientia Et Technica, vol. XV, núm. 43, diciembre, pp. 89-94.

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. Ley No. 4534 de 23 de febrero de 1970. art.26.

CORADO Angélica (2017) *Necesidad De Regular El Contrato Especial De Trabajadores Menores De Edad En La Legislación Laboral Guatemalteca.* Universidad De San Carlos De Guatemala.

CÓRDOVA, Efrén. (2011) *La propina en su contexto sociojurídico*. Gaceta Laboral, vol. 17, núm. 1, enero-abril, 2011, pp. 85-95. Universidad del Zulia. Maracaibo, Venezuela.

DE BUEN, N., Derecho del Trabajo, Editorial Porrúa. México, 2007.

FALLAS Carolina (2011) *Carácter Salarial De Las Propinas.* Revista Jurídica de Seguridad Social. Consultoría Jurídico Administrativa.

GACETA OFICIAL DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. (2009). Extraordinario Nº 5.908. Asamblea Nacional. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, con la Enmienda Nº 1 aprobada 15/02/2009.

GONZÁLEZ Andrés y MORALES Edna (2011). *El trabajo a través de la historia. 1810 -1991.* Prolegómenos - Derechos y Valores: Bogotá – Colombia. Volumen XIII - No. 25.

HERNANDEZ, O.,(1999) «De la Remuneración» en AA.VV. (Hernández, O. coordinado). Comentarios a la Ley Organiza del Trabajo. Tipografía y Litografía Horizonte, Barquisimeto,

KOONTZ, Harold y WEIHRICH, Heinz. (2011) *Elementos de Administración*. 5ª ed. Mexico: McGraw Hill, 1991. 565p.

LONGA, J. *Ley Orgánica del Trabajo Comentada*. Volumen I, Artículos 1 al 184, primera edición Distribuciones Jurídicas Santana, San Cristóbal, Venezuela. 1999,

LÓPEZ Justo (s/f) El salario. *En Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social.* Academia Interamericana del Derecho del trabajo y de la Seguridad Social; Universidad Autónoma de México [libro en línea], fecha de consulta: 23 de noviembre de 2018. Disponible en: https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/139/29.pdf.

Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, Gaceta Oficial N°6.076 del 7/05/2012.

MENDEZ ALVAREZ, Carlos Eduardo, (2001) *Metodología, Diseño y Desarrollo de Procesos Administrativos*, 3ra Edición, Mc Graw Hill.

MONTOYA. A, (1993) *Derecho del Trabajo*. Editorial Tecnos. Madrid.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Convenio Sobre las condiciones de trabajo (Hoteles y Restaurantes)* No. 172, artículo 6.

OIT (2000). *Su voz en el trabajo*. Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, Ginebra, Pág. VII.

PACHECO, Luz. (2012). *Los elementos esenciales del contrato de trabajo*. Revista de Derecho, 13, 29-54.

REYES Libia. (2012) *Derecho Laboral*. Primera Edición. Red Tercer Milenio. Estado de México.

RODRÍGUEZ Rosiris; PERNÍA Nuvia; MONTILLA Leticia (2016) *El Contrato de Trabajo y la Relación De Trabajo: Tendencias Jurisprudenciales.* Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas Nº 5, 2017. ISSN 1856 – 7878. pp. 217-268.

RODRÍGUEZ, José Carlos. (2014) *Orígenes racistas del Salario Mínimo.* Prensa Digital. Mayo, 2014. Disponible en: www.juandemariana.org.

RONDON DE SANSO, Hildegard. (1976) *El Procedimiento Administrativo. Editorial Jurídica Venezolana.* Caracas, Venezuela.

SÜSSEKIND, A; DÉLIO, M; SEGADAS, V; LIMA, T; Instituções de Direito do Trabalho. Editora LTr, São Paulo,1999

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, Sala de Casación Social. Sentencia N° 190 del 25 de febrero de 2014.

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, (2016) Sala de Casación Social, Ponencia de la Magistrada D. M. C. Guerrero, Caso Gourmet Med Restaurant.

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA (2016) Sentencia nº 0778 Sala de Casación Social de 3 de Agosto de 2016.

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA (2016) Sentencia nº 0904 Sala de Casación Social de 27 de Septiembre de 2016.

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, Sala de Despacho de la Sala de Casación Social, R. C. N° AA60-S-2016-000578 07 de marzo de 2017.

VARELA Ricardo, CUEVAS Tomás, SALMERÓN Sergio (2016) *Efectos de la propina en la socio-economía y en el ser humano.* Revista de Ciencias Sociales y Humanidades. Volumen 20: 40-68.

VELANDIA HERRERA, Néstor Fernando, y MORALES ARRIETA, Juan Antonio. (2009) Salarios. Estrategia y Sistema Salarial o de Compensaciones. Bogotá: Editora Lily Solano Arevalo. P-114.

VERA Héctor (2010) *Sociología de la propina.* [Artículo en línea] Fecha de consulta: 18 de diciembre de 2018. Disponible en: http://www.uam.mx/difusion/casadeltiempo/67_vi_may_2013/casa_del_tiempo_eIV_num_67_30_32.pdf

VILLASMIL BRICEÑO, Fernando (1991). Comentario a la Ley Orgánica del Trabajo". Primera Edición. Volumen I. Editorial Roberto. Caracas, Venezuela.