



**UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE MÉXICO
FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES
ACATLÁN**

**ANÁLISIS DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS
PROFESIONALES, COMO UN ACTO FRAUDULENTO, ANTE EL DERECHO
LABORAL SIENDO ESTE UN DERECHO SOCIALMENTE EXIGIBLE.**

T E S I S

**QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO**

PRESENTA:

DIEGO CORTÉS ZÚÑIGA.

Asesor: Maestro Alivar Hernández Ramírez.

FEBRERO 2010



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

Dedico el presente trabajo:

A mis padres: Luis Cortés Urban y María Felicitas Zúñiga Romero, los que me dieron el ser, quienes con su ejemplo y nobleza me han encauzado siempre en forma positiva.

A mis hermanos: Alfredo Laurentino, José Luis y Sandra, por sus consejos y comprensión, con todo mi cariño.

A mis amigos: Laura Yessica y Enrique Inti por brindarme su apoyo, comprensión y compañía, en los momentos malos y buenos que nos hacen crecer.

Al Maestro Alivar Hernández Ramírez: por ser un guía en este proyecto, por sus acertados consejos y su compañía en el desarrollo de este objetivo.

A la Universidad Nacional Autónoma de México campus Acatlán, casa de estudios que me permitió crecer y fortalecer mis conocimientos, a través de todos y cada uno de los profesores, que con su paciencia y sabiduría supieron encaminarme.

ÍNDICE

	Pags.
OBJETIVO.....	1
JUSTIFICACIÓN.....	2
 CAPITULO PRIMERO	
1. ANTECEDENTES JURÍDICOS DERECHO DEL TRABAJO EN MÉXICO.....	3
1.1 ÉPOCA PREHISPÁNICA.....	3
1.2 CONSTITUCIÓN DE 1824.....	6
1.3 CONSTITUCIÓN DE 1857.....	7
1.4 CONSTITUCIÓN DE 1917.....	8
1.5 LEYES REGLAMENTARIAS AL ARTÍCULO 123 DE LA CONSTITUCIÓN DE 1917.....	9
1.5.1 LEY DEL TRABAJO DE 1918 DEL ESTADO DE VERACRUZ.....	10
1.5.2 LEY FEDERAL DEL TRABAJO DE 1931.....	11
1.5.3 LEY FEDERAL DEL TRABAJO DE 1970.....	13
 CAPITULO SEGUNDO	
2. RELACIONES INDIVIDUALES OBRERO-PATRONALES.....	16
2.1 RELACIONES PREVIAS AL CONTRATO DE TRABAJO.....	18
2.1.1 CONCEPTO DE CONTRATO DE TRABAJO.....	19
2.1.2 CONTRATO DE APRENDIZAJE.....	21
2.1.3 CONTRATO DE PRUEBA.....	23
2.1.4 CONTRATO POR VEINTIOCHO DÍAS.....	25
2.2 CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO.....	26
2.2.1 DEFINICIÓN DE CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO.....	27
2.2.2 ELEMENTOS ESENCIALES.....	47
2.2.3 ELEMENTOS DE VALIDEZ.....	48
2.2.4 TERMINACIÓN DEL CONTRATO INDIVIDUAL DEL TRABAJO.....	52

CAPITULO TERCERO

3.	DISTINCIÓN ENTRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES Y EL CONTRATO DE TRABAJO.	59
3.1	CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES. .	59
3.1.1	ANTECEDENTES.	60
3.1.2	DEFINICIÓN.	61
3.1.3	NATURALEZA JURÍDICA.	62
3.1.4	CLASIFICACIÓN.	63
3.1.5	ELEMENTOS PERSONALES.	64
3.1.5.1	PROFESOR.	65
3.1.5.2	CLIENTE.	69
3.1.6	ELEMENTOS DE EXISTENCIA.	70
3.1.6.1	OBJETO.	70
3.1.6.2	CONSENTIMIENTO.	72
3.1.7	ELEMENTOS DE VALIDEZ.	72
3.1.7.1	CAPACIDAD.	73
3.1.7.2	VICIOS DEL CONSENTIMIENTO.	74
3.1.7.3	LICITUD.	75
3.1.7.4	FORMALIDAD.	76
3.2	DISTINCIÓN ENTRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES Y EL CONTRATO DE TRABAJO.	77
3.2.1	DISTINCIÓN ENTRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES Y EL CONTRATO DE TRABAJO POR OBRA DETERMINADA.	86
3.2.2	DISTINCIÓN ENTRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES Y EL CONTRATO DE TRABAJO POR TIEMPO DETERMINADO.	90
3.2.3	DISTINCIÓN ENTRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS Y EL CONTRATO DE TRABAJO POR TIEMPO INDETERMINADO.	92

CAPITULO CUARTO

4.	CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES, COMO UN ACTO FRAUDULENTO, ANTE EL DERECHO LABORAL SIENDO ESTE UN DERECHO SOCIALMENTE EXIGIBLE.	96
4.1	EL TRABAJO COMO UN DERECHO CONSTITUCIONAL Y DEBER SOCIAL DEL ESTADO Y DE LOS CIUDADANOS MEXICANOS, NO COMO ACTO UNILATERAL DE LOS PATRONES EN SU CONTRATACIÓN.	106
4.2	CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS, UTILIZADO COMO UN MEDIO LEGAL PARA EVADIR DERECHOS Y OBLIGACIONES EN LA RELACIÓN LABORAL.	113
	CONCLUSIONES.	127

LEGISLACIÓN

- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS DE 1917.
- LEY FEDERAL DEL TRABAJO.
- LEY REGLAMENTARIA DEL ARTÍCULO 5° CONSTITUCIONAL LEY DE PROFESIONES.
- CÓDIGO CIVIL FEDERAL.
- CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.
- JURISPRUDENCIA.

Objetivo:

El propósito de este trabajo, es analizar la desprotección que impera en nuestra legislación laboral mexicana, en particular la prestación de servicios profesionales como el medio para evadir una relación laboral y obligaciones del patrón.

JUSTIFICACION DEL TEMA:

El presente tema se sustenta en la base del derecho del trabajo, destaca la necesidad de velar el correcto cumplimiento de la norma de trabajo, es el caso de la relación laboral concepto que alude al acto que realiza la persona física que ofrece su fuerza de trabajo, pudiendo ser física o intelectual, y el que la recibe denominado patrón, destacando que este hecho conlleva diversas cargas imputables al patrón, por ello busca disminuir tal carga haciendo pasar una relación laboral por otra de índole civil, logrando con esta simulación una evasión de sus múltiples obligaciones que tiene con el trabajador, por ello se enfatiza en la desprotección en que se encuentra el trabajador frente al patrón que tiene por política la contratación por la vía civil; esto es, el contrato de prestación de servicios profesionales, contrato totalmente inaplicable debido a que el obrero en muchas ocasiones la actividad que realiza no requiere de la calidad de profesionista; en esta polémica el trabajador denominado así, depone las prestaciones que legalmente le son reconocidas por la Ley Federal del Trabajo para poder tener una actividad que satisfaga sus necesidades básicas.

CAPITULO PRIMERO

1. ANTECEDENTES JURÍDICOS DERECHO DEL TRABAJO EN MÉXICO.

El derecho del trabajo en México, nació de manera formal, en la primera revolución social del siglo XX, teniendo como primer precedente legal nuestra Constitución Mexicana de 1917.

Previo a la constitución de 1917, se realizaron esfuerzos que procuraron el nacimiento y dignificación de las condiciones laborales, no obstante a que no se concretaron en sus primeros intentos, sentaron un importante precedente, que permitió regular más adelante la desigualdad entre la clase obrera y la patronal, resguardando así la dignidad de los trabajadores que se perdiera en siglos de esclavitud por la que atravesó nuestro país.

Asociado con el hecho, de que el derecho del trabajo se encontraba supeditado al derecho civil, es decir un derecho de la clase burguesa, a lo que el Doctor Mario de la Cueva opina que: “El conocimiento del pasado es un punto de partida necesario, por que explica el malestar y la inquietud sociales y las causas que llevaron a la revolución y transformación política, social y económica que se inició en 1910 para virar treinta años más tarde al neo-porfirismo cuasi-totalitario que vivimos; siglos del pasado en los que encontramos elementos, doctrinas y aun ordenaciones jurídicas que tuvo que romper el derecho del trabajo para poder nacer”¹.

1.1 ÉPOCA PREHISPÁNICA

El trabajo, surgió desde los principios de la humanidad, encontrando sus inicios en la agricultura, ganadería, pesca, entre otras, para que con posterioridad se formaran grupos o clanes de trabajo que se convirtieron al paso

¹ Cueva, Mario de la, El nuevo derecho mexicano del trabajo, 11ª. Ed., T. I, Edit. Porrúa, México 1988, pág. 38

del tiempo en gremios; en donde existía el aprendiz, el oficial y el maestro quien normalmente era el dueño.

En los inicios de ésta época el derecho del trabajo aún no era concebido, debido a que se trataba de un auto-consumo de mercancías producidas por el núcleo familiar, quienes en caso de existir excedente se realizaban intercambio (trueque) con los demás integrantes de la sociedad prehispánica, intercambios realizados dentro de la misma comunidad.

Durante la vida del imperio Azteca, se reglamento la contratación de servicios, que se fundó sobre la libertad de trabajo y el derecho a la retribución, de igual forma, se hizo dentro de la función pública, en la actividad que realizaban los sacerdotes, guerreros y los principales gremios; en lo concerniente al régimen de los trabajos forzados, se regularon tres géneros: los macehuales o gente común eran aquellos que no habían logrado distinguirse en ninguna acción; trabajaban las tierras de sus respectivos calpullis, educando a sus hijos de acuerdo a estrictas instrucciones, hasta que estuviesen en edad de ingresar a la escuela de calpulli. Algunos eran muy pobres y se vendían como esclavos a los pillis, el de los siervos mayeques (que trabajaban la tierra al servicio de sus dueños), y de los cargadores o tamemes.

En el norte de Mesoamérica y en la parte central de México, se desarrollaron artesanos y alfareros que se dedicaban a la pesca, a la agricultura de humedad en las orillas del lago y de temporal en las terrazas de las laderas bajas; a la llegada de los tarascos se dieron una serie de cambios en la organización social y política de los grupos humanos que habitaban la zona; el uso de metales específicos para la elaboración de herramientas de trabajo, objetos suntuarios y domésticos, el comercio y la alfarería ceremonial; lo que provocó con el paso del tiempo se formarán algunas estructuras sociales, a raíz de las cuales surgieron nuevos problemas, con las jornadas excesivas y mal pagadas, que enriquecieron al dueño y empobrecían al trabajador, esta situación provoco inquietudes entre las masas trabajadoras.

En los tiempos de la conquista Española sobre México, el antecedente de interés respecto al derecho del trabajo se encuentra en las Leyes de Indias, reglamentación de los reyes católicos, en especial de la reina Isabel, leyes que procuraban: asegurar a los indios la percepción efectiva de su salario, jornada de trabajo, salario mínimo y prohibición de las tiendas de raya; otra reglamentación de importancia en la colonia lo fueron las ordenanzas, que regulaban de manera rigurosa los oficios de los gremios, en algunas de ellas se llegó a hablar de libertad de trabajo.

No obstante sus sublimes propósitos, las leyes de indias llevan el sello del conquistador: “Si bien es cierto que estas leyes contenían disposiciones protectoras de los indios, también lo es que era una creación de los conquistadores y que en la realidad existía una gran desigualdad, en todos los aspectos, entre el indio y el conquistador”²; de acuerdo con Fray Bartolomé de las Casas, “se reconoció a los indios su categoría de seres humanos, pero en la vida social, económica y política, no eran los iguales de los vencedores”³.

Trueba Urbina menciona al respecto: “si un servicio administrativo y una previsión rigurosa que han encaminando sus esfuerzos a encontrar la eficacia de las leyes del trabajo, no han logrado en nuestro tiempo eliminar infracciones que frecuentemente quedan impunes con grave perjuicio para el trabajador, puede calcularse cuál sería el respeto que merecieron las Leyes de Indias a los poderosos de aquella época que seguramente no habían asimilado del cristianismo, el espíritu ardiente de caridad limitándose a su ejercicio seco y rutinario”⁴.

En 1810 se gestó el movimiento revolucionario Mexicano, con fines políticos y económicos, como consecuencia del incumplimiento en las normas dictadas por la Corona que tendían a proteger a los indios, aunado a la formación de castas: las privilegiadas, formadas por españoles residentes que poseían todo, y las integradas por masas indígenas y criollas que nada poseían

² Dávalos, José, Derecho del Trabajo I, 3^a. Ed., Edit. Porrúa, México, 1990, Pág. 53

³ Cueva, Mario de la, op. cit. Pág. 39

⁴ Dávalos, José, Idem, pág. 53, cita que hace del autor Trueba Urbina, Alberto: Pág. 76.

y eran explotadas; aún con posterioridad a la consumación de Independencia el gobierno Mexicano no se ocupó de reglamentar la prestación de servicios.

Un paso muy importante para el derecho del trabajo se dio el 19 de Octubre de 1810, con la abolición de la esclavitud decretada por el cura Don Miguel Hidalgo y Costilla en Valladolid. “Es de gran trascendencia porque ni siquiera podía hablarse de derecho frente a seres o cosas como los esclavos, de quienes se desconocía toda calidad humana, sin personalidad ni titularidad de derechos”⁵.

1.2 CONSTITUCIÓN DE 1824

De acuerdo con José Dávalos, “la constitución de 1824 fue la expresión de las condiciones difíciles y dramáticas en que fue alumbrada la Nación Mexicana, con nuevas fuerzas productivas que de un modo espontáneo habían aparecido en el seno de una vieja sociedad”⁶.

Posterior a la guerra de independencia, las condiciones laborales continuaron regulándose por los ordenamientos jurídicos de la Colonia: las Leyes de Indias, Las Siete Partidas y la Novísima Recopilación; la independencia política que hasta el momento se había logrado en nada mejoró las condiciones laborales y de vida de la clase campesina y obrera pues por el contrario sufrió la crisis política, social y económica que atravesó el país, situación que golpeó aun más las condiciones de la clase trabajadora, lo que se reflejó en su jornada de trabajo aumentando a 18 horas, dos más que durante la colonia, el salario se redujo, las mujeres y los niños recibían un salario inferior en la industria textil.

Los salarios raquíticos se veían reducidos aún más debido a los precios de los artículos y alimentos de primera necesidad, mismos que el trabajador

⁵ Garrido Ramón, Alena, Derecho individual del trabajo, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2004, Pág, 14.

⁶ Dávalos, José, op. cit. pág. 56

estaba obligado a comprar en las tiendas de raya al doble o al triple de su valor en el mercado.

1.3 CONSTITUCIÓN DE 1857

En estos años de la historia, México cruzaba el desarrollo de una de las tres grandes luchas que vivió el país para lograr la conquista de su independencia y libertad.

Teniendo como objetivo el primero de los tres importantes movimientos, es decir la Revolución de Ayutla, derrocar la dictadura de Santa Anna, con la finalidad de obtener el reconocimiento de los derechos fundamentales del hombre, el triunfo del pensamiento individualista y liberal.

Una vez depuesto Santa Anna, los soldados Juan de Álvarez e Ignacio Comonfort convocaron al pueblo para que eligieran representantes a un Congreso Constituyente, que se reunió en la Ciudad de México entre los años de 1856 y 1857, donde se logró el primer paso, “la declaración de derechos de este Congreso es de sentido individualista y liberal y tuvo importantes disposiciones relativas al derecho del trabajo; y los artículos 4° y 5° que consignaron las libertades de profesión, industria y trabajo, el principio de que nadie puede ser obligado a prestar trabajos personales sin una justa retribución y sin su pleno consentimiento”⁷.

Es importante apuntar que ya constituido el Congreso Constituyente, se propuso ante éste el reconocimiento del derecho del trabajo, por el constituyente Ignacio Ramírez, quien reprochó de la comisión dictaminadora el olvido de los grandes problemas sociales “pugnó porque se legislara para evitar la miseria y el dolor de los trabajadores, que éstos recibieran un salario justo y participaran de los beneficios de la producción, idea antecesora de la participación de los trabajadores en las utilidades de las empresas; planteamiento que fue rebatido por otro constituyente Ignacio L. Vallarta, quien tenía un arraigado pensamiento

⁷ Dávalos, José, op. cit. Pág. 57.

liberal y manifestó que nuestro país estaba en pañales, y si se trata de proteger al trabajador se está arruinando a la industria apenas en su nacimiento, además declaró que estas cuestiones no pueden entrar en la Constitución, sino que son problemas que se deben dejar a las leyes reglamentarias”⁸; manifestación que provocó que no se volviera a discutir el tema propuesto por Ignacio Ramírez ante el Congreso Constituyente.

Posteriormente al elaborarse el Código Civil de 1870 se procuró dignificar el trabajo “declarando que la prestación de servicios no podía ser equiparable al contrato de arrendamiento, pues el hombre no es ni podría ser tratado como las cosas; el mandato, el ejercicio de las profesiones y el contrato de trabajo, formaron un solo título, aplicable a todas las actividades del hombre”⁹.

1.4 CONSTITUCIÓN DE 1917

Es también conocida como la primera Constitución Socialista del mundo, la cual se vio influenciada en gran medida por el manifiesto y programa del Partido Liberal que presidía Ricardo Flores Magón, documento en el que prevalecía la postura creciente del derecho del trabajo, donde delimitó gran parte de los derechos sociales que fueran más tarde elevados a grado constitucional.

El citado manifiesto analizó las condiciones en que se encontraba el país, en particular la clase obrera y campesina, de ahí que se recalcó el partido liberal la necesidad de crear “las bases generales para una legislación humana del trabajo: mayoría de trabajadores mexicanos en todas las empresas e igualdad de salario para nacionales y extranjeros, prohibición del trabajo de los menores de catorce años, jornada máxima de ocho horas, descanso semanal obligatorio, fijación de los salarios mínimos, reglamentación del trabajo a destajo, pago del salario en efectivo, prohibición de los descuentos y multas, pago semanal de las retribuciones, prohibición de las tiendas de raya, anulación de las deudas de los campesinos, reglamentación de la actividad de los medieros, del servicio doméstico y del trabajo a domicilio, indemnización por los accidentes de trabajo,

⁸ Dávalos, José, *Idem*. Pág. 57.

⁹ Cueva, Mario de la, *op. cit.* Pág. 42.

higiene y seguridad en las fábricas y talleres, habitaciones higiénicas para los trabajadores”¹⁰.

La declaración de los derechos sociales de 1917, nace de la revolución constitucionalista, con el derecho del trabajo y agrario, “para que el derecho del trabajo pudiera nacer fue preciso que la revolución constitucionalista rompiera con el pasado, destruyera el mito de las leyes económicas del liberalismo y derrumbara el imperio absolutista de la empresa”¹¹, por lo que el reconocimiento del naciente derecho del trabajo fue crear nuevas ideas y valores, expresión distinta al Código Civil, logrando convertirse en la manifestación de las necesidades que proclamaba el hombre, elevando al trabajador a la categoría de persona ante la comunidad, lo que fue la garantía del hombre a la satisfacción de las necesidades materiales y le confirió la dignidad de persona humana.

1.5 LEYES REGLAMENTARIAS AL ARTÍCULO 123 DE LA CONSTITUCIÓN DE 1917

El nacimiento del derecho del trabajo estimuló el surgimiento de federaciones y confederaciones de trabajadores, la realización de huelgas y la celebración de contratos colectivos en toda la República. El proyecto constitucionalista consignó en su artículo 73 fracción X y en el párrafo introductorio del 123 la facultad de los Estados de legislar en materia del trabajo, facultad que provocó múltiples controversias por la diversidad de tratamiento que daba cada Estado en su Ley Laboral, “la idea de derecho del trabajo: defensa de la persona humana que entrega a la sociedad su energía para que se construya la civilización y la cultura, es una conquista de la historia que tiene una pretensión de eternidad; pero sus formas y medios de realización cabían al mismo ritmo de las transformaciones sociales y económicas”¹²; es por eso, que el poder ejecutivo expidió el 27 de septiembre de 1927 el decreto creador de la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje y de las Juntas Federales de Conciliación, mismo que se declaró reglamentario de las leyes ferrocarriles,

¹⁰ Garrido Ramón, Alena, op. cit. Pág. 21.

¹¹ Cueva, Mario de la, op. cit. Pág. 44.

¹² Cueva, Mario de la, Idem. Pág. 53

petróleo y minería, lo cual hacía imposible la intervención de las autoridades locales; para que con posterioridad, es decir, el 6 de septiembre de 1929 se modificaran los artículos constitucionales mencionados, para adoptar como solución una sola Ley del Trabajo, que sería expedida por el Congreso de la Unión, y su aplicación correspondería a las autoridades Federales y Locales según correspondiera a su esfera de su competencia.

1.5.1 LEY DEL TRABAJO DE 1918, DEL ESTADO DE VERACRUZ

En el proyecto de constitución que presento Don Venustiano Carranza ante el congreso de 1916, facultó exclusivamente al Congreso de la Unión para dictar leyes sobre trabajo. Sin embargo, “al aprobarse el artículo 123 se facultó al Congreso solamente respecto del Distrito Federal. Cada legislatura estatal habría de dictar sus propias leyes”¹³.

En el Estado de Veracruz el 14 de Enero de 1918, expidió para sí la Ley del Trabajo, siendo está la primera de la República y de nuestro continente, promulgada por el general Cándido Aguilar Vargas; formo parte del modelo para las demás entidades federativas y sirvió de precedente en la elaboración de la Ley Federal del Trabajo de 1931; en la exposición de motivos señalo que “urgía remediar las graves injusticias que en épocas pasadas se cometieron y que fueron una de las principales causas de la revolución”¹⁴.

Consignó entre sus líneas el reconocimiento pleno de la libertad sindical y del derecho de huelga, situación que impulsó el desarrollo del movimiento obrero; además de disposiciones relativas al salario y en general sobre las condiciones de trabajo, bases que permitieron un gran salto y elevaron la forma de vida de la clase obrera.

¹³ Buen Lozano, Néstor de, El desarrollo del Derecho del trabajo y su decadencia, 1ª Ed., Edit. Porrúa, México 2005, Pág. 20

¹⁴ Cueva, Mario de la, op. cit. Pág. 51.

1.5.2 LEY FEDERAL DEL TRABAJO DE 1931

Con la facultad que delegó el Congreso de la Unión a las legislaturas de los estados, para expedir su propia ley laboral, se generaron diversas controversias, debido al “tratamiento diferente a los trabajadores, y los conflictos colectivos y las huelgas muchas veces comprendían a dos o más Estados y ninguno de ellos intervenía para solucionarlas, por carecer de eficacia sus decisiones fuera de su jurisdicción”¹⁵.

Se da este nombre a la Ley Laboral de 1931, reglamentaria del artículo 123 Constitucional, debido a la federalización que sufrió, planteada por los conflictos que surgieron en las crecientes huelgas de trabajadores, la falta de jurisdicción de uno o del otro estado donde se suscitaba un conflicto; así como la variedad de tratamiento del trabajador en las diferentes leyes de los estados; razones que sugirieron una sola Ley Laboral que rigiera en todo el país; “con ese motivo el presidente Portes Gil presentó a consideración del Congreso y al proemio del art. 123 (26 de julio de 1929) que al ser aprobada condujo a la necesidad de redactar una Ley Federal del Trabajo”¹⁶.

Se formaron varias propuestas de creación de la Ley Federal del Trabajo de 1931 destacándose tres de ellas, la primera surgió previo al envío de la iniciativa de reforma constitucional necesaria para la creación de la Ley Laboral Federal, con la secretaría de gobierno del entonces presidente Emilio Portes Gil, quien convocó a una asamblea obrero-patronal, que se reunió en la ciudad de México el 15 de Noviembre de 1928 y presentó para su estudio el proyecto del Código Federal del Trabajo, publicado por la C.T.M. con observaciones de los empresarios.

El 6 de Septiembre de 1929 se publicó la reforma constitucional que permitía la federalización de la Ley del Trabajo, determinando inmediatamente el presidente Emilio Portes Gil, el envío al poder legislativo su proyecto de Código Federal del Trabajo, que fue rechazado por el Congreso de la Unión y la clase

¹⁵ Dávalos, José, op. cit. Pág. 72.

¹⁶ Buen Lozano, Néstor de, op. cit. Pág. 20.

obrero, al establecer el principio de la sindicación única; el tercer nuevo proyecto corrió a cargo de la Secretaria de la Industria, Comercio y Trabajo, dando como innovación la denominación de Ley Federal del Trabajo que difería de los proyectos antecesores de Código, se discutió ante el Consejo de ministros y se remitió al Congreso de la Unión, donde fue ampliamente debatido; previo a un gran número de modificaciones, se aprobó y promulgo el 18 de Agosto de 1931; el presidente Pascual Ortiz Rubio declaró derogadas todas las leyes y decretos expedidos con anterioridad por las legislaturas de los Estados y por el Congreso de la Unión en materia de trabajo.

Al respecto manifiesta el maestro Néstor de Buen: “No puede dudarse de las bondades de esa ley, pionera y modelo en el mundo latinoamericano, quizá con la excepción del Código chileno de trabajo expedido el mismo año. Por supuesto que la Constitución mexicana precedió a cualquier otra y en particular a la chilena que consagró la libertad y el derecho de huelga hasta 1964”¹⁷.

Es de reconocerse “la humanidad” de esta ley, donde resalta la regulación de las relaciones individuales de trabajo, con sentido tutelar a favor de los trabajadores, se da el establecimiento de instituciones oficiales encargadas de la fiscalización y del cumplimiento de las normas laborales, particularmente la inspección de trabajo y las diversas comisiones integradas para la determinación de los salarios mínimos y otras que se fueron incorporando a lo largo de los años; el único problema que se encontró se dio en la regulación de la libertad sindical, del derecho de huelga y de la contratación colectiva que siguen un modelo corporativo y fascista, con clara influencia de la carta del Lavoro Italia, ya que pone en manos del Estado el otorgamiento de la personalidad jurídica a los sindicatos a través del registro; la toma de nota de sus directivas; el control de la huelga y el monopolio sindical para la formación de contratos colectivos de trabajo.

Las reglas procesales de la ley de 1931 son prácticamente la transcripción del reglamento de 1926, lo que quiere decir que se diseña un procedimiento

¹⁷ De Buen Lozano, Néstor de, Idem. Pág. 21.

fundado en la idea de la igualdad de las partes en el proceso aunque atenuada por el principio de resolución en conciencia de los conflictos de trabajo; fue una ley eficaz, mejorada en la década de los años cincuenta y sesenta, por las interpretaciones integradoras de la Suprema Corte de Justicia que señalaron caminos de expansión del derecho del trabajo, aprovechados en parte por la Ley Federal del Trabajo de 1970.

1.5.3 LEY FEDERAL DEL TRABAJO DE 1970

La Ley Federal del Trabajo de 1970, nació de un proceso democrático, de estudio y preparación con tendencia a formar una ley social, con un objetivo de mayor trascendencia en el ejercicio de la función legislativa, pues la Ley Laboral es el punto de partida en el desenvolvimiento de los principios de justicia social que brotan del artículo 123 Constitucional, su consulta y discusión con las fuerzas activas de la vida nacional, que representaban los intereses nacionales, fueron necesarias para constituir una autentica consulta al pueblo, que generó una legislación próxima a la conciencia del pueblo, titular único de la soberanía y de todos los poderes públicos.

Nuestra vigente Ley Federal del Trabajo tiene como antecedente dos proyectos en su creación; el primero se dio en 1962, elaborado por la Comisión nombrada por el Presidente de la República Adolfo López Mateos, integrada por los licenciados Salomón González Blanco, Secretario de Trabajo y Previsión Social; María Cristina Salmorán de Tamayo, Presidenta de la Junta de Conciliación y Arbitraje; Ramiro Lozano, Presidente de la Junta de Local Conciliación y Arbitraje del Distrito Federal y el maestro Universitario Doctor Mario de la Cueva. Proyecto que consignó la edad mínima de admisión al trabajo de 14 años, una mejor reglamentación del establecimiento de los salarios mínimos que sea más justa y eficaz, el procedimiento aplicable para determinar el porcentaje de los trabajadores en las utilidades de la empresa; la corrección de la interpretación de las fracciones XXI y XXII sobre la estabilidad de los trabajadores en el empleo y la definición de la competencia de las autoridades federales y locales del trabajo, modificaciones que motivaron la reforma aprobada en Noviembre de 1962, en las fracciones II, III, VI, IX, XXI, XXII, y

XXXI del apartado “A” del artículo 123 constitucional; “ el anteproyecto de ley quedó en el escritorio del presidente de la República” .¹⁸

En el segundo anteproyecto se realizó por una nueva comisión nombrada por el Presidente Gustavo Díaz Ordaz, formada por las mismas personas, agregando al licenciado Alfonso López Aparicio, profesor de la Facultad de Derecho de la UNAM; el proyecto se concluyó en el año de 1968, fue divulgado entre los sectores interesados para su estudio y posterior opinión, el 1 de Mayo se invitó a las clases sociales a que nombraran representantes para que se reunieran a intercambiar puntos de vista, en diciembre de 1968, el ejecutivo presentó ante la Cámara de Diputados, la iniciativa de la nueva Ley Federal del Trabajo, la cual se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 1 de abril de 1970 entrando en vigor a partir del 1 de mayo del mismo año.

Esta Ley Federal del Trabajo, concluyó introduciendo en el ámbito individual la prima de antigüedad, la prima vacacional, prima dominical y el aguinaldo, un par de días de descanso obligatorio (1 de Enero y 5 de Febrero) y algo más de vacaciones; elimina el contrato de aprendizaje sustituyéndolo por una obligación de capacitación excesivamente flexible. Define con resultados negativos a los empleados de confianza a los que ya había privado del derecho a la estabilidad en la reforma constitucional de López Mateos.

Introduce un mecanismo convencional para proporcionar a los trabajadores habitaciones, sujetos a un plazo de espera de tres años, califica de laborales a una serie de situaciones de frontera: deportistas profesionales, artistas, músicos, agentes de comercio y otros semejantes y auto transportistas, integrando un título VI de “Trabajos especiales” cuya función era modificar condiciones generales de trabajo pero no evadir cuestiones colectivas; en el ámbito colectivo, se suprimió un artículo de la ley anterior el 237 que prohibía formar sindicatos a los trabajadores domésticos.

¹⁸ Dávalos, José, op. cit. pág. 73.

La Ley Federal del Trabajo de 1931 reglamentaria del artículo 123 Constitucional estableció el derecho protector de la clase social por tanto “fue una ley eficaz, notablemente mejorada en la década de los cincuenta y sesenta por las interpretaciones integradoras de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que señalaron caminos de expansión del derecho del trabajo aprovechados en parte en la Ley Federal del Trabajo de 1970 y que hoy, en pleno neoliberalismo, empieza a padecer los achaques de un ataque continuo por parte del sector empresarial con la evidente complacencia, sino es que complicidad, del sistema político¹⁹”.

¹⁹De Buen, Néstor, op. cit. pág. 22.

CAPITULO SEGUNDO

2. RELACIONES INDIVIDUALES OBRERO-PATRONALES

Son aquellas que en un contexto individual, forman el primer vínculo jurídico que se establece, entre el hombre que ofrece su capacidad de trabajo y aquel que va a aprovecharla, a cuya autoridad quedará sometido para el desarrollo del trabajo que le sea encomendado; “basta con que se preste el servicio para que nazca la relación entre el obrero y el patrón, esto quiere decir que puede existir relación de trabajo sin que exista previamente un contrato de trabajo, pero no al contrario”²⁰, es decir, aún cuando exista un contrato éste no supone de modo necesario la relación laboral, ya que para que esta se de se requiere la prestación de un trabajo personal y subordinado. (énfasis agregado).

El concepto de relación de trabajo surgió en respuesta al sometimiento en que se encontraba el derecho del trabajo frente al derecho Civil, pues en sus inicios se tomaron conceptos del derecho privado, sin embargo gracias a los acontecimientos mencionados en el capítulo anterior se impulsó la autonomía del derecho del trabajo, considerando al trabajo “como una fuerza que requiere un estatuto jurídico que asegure su salud y su vida y le proporcione una existencia decorosa, por el solo hecho de su prestación, esto es, por que el trabajo no varía su esencia por la distinta naturaleza del acto o de la causa que le dio origen”²¹.

El contrato de trabajo dejó de ser el único medio jurídico de creación de derechos y obligaciones laborales, entre el prestador de servicio y el patrón, “la prestación de servicio que implica la relación del trabajo predomina sobre el contrato y lo hace, en muchos casos, innecesario, sin perjuicio de imputar al patrón la falta de documento, ya que en caso de duda sobre el particular, se da por cierto lo que diga el trabajador”²².

²⁰ Dávalos, José, Derecho del Trabajo, 3ª Ed., T. I, Edit. Porrúa, México 1990, Pág.105.

²¹ De la Cueva Mario, El Nuevo Derecho del Trabajo, 11ª ed., T. I, actualizada por Urbano Frias., Edit. Porrúa, México 1988, Pág.186.

²² Garrido Ramón, Alena, Derecho individual del trabajo, Universidad Nacional Autónoma de México, México 1999, Pág. 54.

Según lo dispuesto por el artículo 20 de la Ley Federal del Trabajo, se entiende por relación de trabajo, cualquiera que sea el acto que le dé origen, la prestación de un trabajo personal subordinado a una persona, mediante el pago de un salario..., es decir existe relación laboral individual entre el trabajador y el patrón cuando se reúnen los siguientes elementos a saber: la prestación de un trabajo personal subordinado a una persona, mediante el pago de un salario. Al existir subordinación en la prestación de un servicio “estamos frente a un elemento característico de una relación de trabajo y por ende frente a las obligaciones derivadas de la Ley Federal del Trabajo, del Seguro Social y el Infonavit”²³.

Nuestra legislación laboral protege la existencia de la relación de trabajo, disponiendo en su artículo 21 lo siguiente: se presume la existencia del contrato y de la relación de trabajo entre el que presta un servicio y el que lo recibe. Al respecto Néstor de Buen señala que “trata de conceder a quien presta un servicio personal una ventaja: salvo que el patrón demuestre lo contrario, toda prestación de servicio será laboral”²⁴. Por lo tanto para la existencia de la relación de trabajo se deben reunir cuatro características “personal, debe prestarlo la persona que se entrevista y contrata para ello; subordinado, es la dependencia técnica del trabajador al patrón, relacionada con el deber jurídico de respeto y obediencia; remunerado, es la contraprestación que otorga el patrón traducida en el pago al trabajador por su servicio prestado; adicionalmente estar sujeto a un horario”²⁵.

La relación laboral es el parte-aguas en nuestra legislación del trabajo, ya que su concurrencia da a la persona que desempeña una labor, amparo dentro de la Ley Federal del Trabajo, y por consecuencia se hace acreedor a los derechos mínimos que tal disposición protege, como ejemplo de ello, lo es la estabilidad en el empleo y de la cual se retomara en el siguiente capítulo.

²³ Cervantes Nieto, Héctor, Consejos prácticos sobre el contrato individual de trabajo, Ediciones Fiscales ISEF, México 1997 Pág. 15.

²⁴ Buen L., Néstor de, Derecho del trabajo, 10ª ed. actualizado, T. II, Editorial. Porrúa, México 1994, Pág. 42.

²⁵ Lemus Raya, Patricia, Derecho del Trabajo, Editorial McGRAW-HILL, México 1997, Pág. 15.

2.1 RELACIONES PREVIAS AL CONTRATO DE TRABAJO.

En este capítulo se hablara lo concerniente a las relaciones previas al contrato, no debiendo confundir el tema que se va a tratar con aquellas relaciones que surgieron previas a la regulación del derecho del trabajo, si no todo lo contrario, estas relaciones a las que se hará mención se encuentran reglamentadas con posterioridad al reconocimiento del derecho del trabajo, siendo tales el contrato de aprendizaje, el de prueba y el llamado de veintiocho días, se dice que son previos al contrato de trabajo debido a que son considerados la antesala para el otorgamiento y firma de un contrato de trabajo donde se reconoce la calidad de trabajador; esto es, ha gozar de los derechos que se adquieren con dicha calidad como es la de crear antigüedad, derecho a un salario fijo, seguridad social y en general todos aquellos derechos inherentes al trabajador, pues antes de esto tienen únicamente la calidad de aprendiz como en el caso del contrato de aprendizaje.

En estas relaciones previas como se explicara a detalle mas adelante, la persona que desarrolla una actividad material o intelectual no es considerado trabajador, debido a la naturaleza jurídica y fin que le son propios, los dos primeros contratos tienen por finalidad demostrar al patrón que el trabajador cuenta con las capacidades requeridas para desarrollar la actividad en que el mismo patrón requiere se desarrolle, debiendo considerarse con preferencia a estos trabajadores al concurrir varios aspirantes a una vacante disponible.

Con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, se inicio la regulación del trabajo y con ello la búsqueda de medios de evasión de las recientes obligaciones de los patrones, a través de formas de contratación que no generen una relación laboral, utilizados para obstaculizar el nacimiento de una relación laboral entre el patrón y “el trabajador”.

Con anterioridad a la Ley Federal del Trabajo de 1970, ya se utilizaban los contratos que señalaban periodos de aprendizaje, de prueba o de capacitación, así como la fijación de términos precisos a la duración de la relación, situación que otorgaba al patrón la posibilidad de dar por terminada en cualquier momento

y sin costo alguno la relación de trabajo; logrando con esta interpretación trastornar la intención del constituyente respecto de la estabilidad y permanencia del trabajador en el empleo.

Es decir se otorgo un mal uso a este tipo de contratos por parte de la clase patronal, al emplearlos como medios de escape en el cumplimiento de sus obligaciones, pues su deseo es que “la relación naciente no lo comprometa más allá de sus posibilidades económicas y que en cualquier momento y sin mayores responsabilidades, pudiera dar por terminada la relación a su capricho”²⁶.

La lucha de clases se orientó en dos sentidos contradictorios, “por parte de los trabajadores, en el establecimiento irrestricto de la estabilidad en el empleo; por parte de la clase patronal, en el señalamiento de periodos de aprendizaje, de prueba o de capacitación; en la fijación de términos precisos a la duración de la relación laboral²⁷”. La solución que pretendía la clase patronal es la posibilidad de dar por terminada en cualquier momento y sin costo alguno la relación de trabajo.

2.1.1 CONCEPTO DE CONTRATO DE TRABAJO

El concepto de contrato tiene su origen en el Derecho Civil y se encuentra regulado en el Código relativo, del cual han derivado una serie de contratos de diferente naturaleza: civiles, mercantiles y laborales; se define el contrato como “el acto jurídico a través del cual hay un acuerdo de dos o más voluntades para crear y modificar derechos y obligaciones”²⁸; definición de donde se desprenden los requisitos necesarios para su existencia, el consentimiento y el objeto, el primero se refiere a la manifestación de la voluntad por parte de los contratantes de realizar el acto jurídico propuesto, el segundo consiste en la obligación que se debe de dar o el hecho que el obligado debe hacer o no hacer; teniendo estos dos elementos como finalidad, expresar la manifestación de la voluntad del bien o derecho sobre el cual se celebra, debiendo estar en acuerdo las partes en la

²⁶ Buen L., Néstor de, op. cit. Pág. 27.

²⁷ Buen L., Néstor de, Idem. Pág. 27.

²⁸ Cervantes Nieto, Héctor, op. cit. Pág. 13.

intención que pretende cada una de ellas y que se hallan estipulado en el contrato.

En ambas relaciones la Civil y la Laboral hay un acuerdo de voluntades “La esencia del contractualismo en el derecho del trabajo radica en la afirmación de que el vínculo que se establece entre el trabajador y el patrón estará necesariamente originado por un acuerdo de voluntades, aunque ese vínculo en algunos casos sea expreso y en otros tácito o aun supuesto”²⁹. Es decir en el derecho del trabajo no es obligatorio que se estipule por escrito el acuerdo de voluntades, debido a que la falta de formalidad es suplida por los derechos y obligaciones que se encuentran consignados en la Ley Federal del Trabajo.

La definición del Contrato Civil dista en la actualidad de lo que se comprende por Contrato de Trabajo, debido a que este último, el legislador le agregó un tinte socialista y humanitario, quedando el trabajador como una persona y no como cosa, tratamiento que en un principio le dio el código civil. Ahora bien la necesidad de determinar la esencia del concepto de contrato de trabajo nació debido a “la tendencia patronal a ocultar, de manera formal, las relaciones laborales, dándoles la apariencia de relaciones de otra índole”³⁰.

Se conceptualiza al contrato de Trabajo en la Ley Federal del Trabajo, por el artículo 20 como: aquel por virtud del cual una persona se obliga a prestar a otra un trabajo personal subordinado, mediante el pago de un salario; colocando el derecho del trabajo como presupuesto que asegura el cumplimiento de las prestaciones laborales pues “el contrato es el origen de la relación de trabajo, es el contenido de las condiciones de la prestación del servicio”³¹.

De la definición se desprenden los elementos del mismo, como son: a) las partes, b) el objeto, y c) los derechos y obligaciones que emanan de él, elementos de los cuales hablaremos mas adelante. Cabe hacer notar que en nuestro derecho, la naturaleza del contrato no depende del nombre que se le

²⁹ Dávalos, José, op. cit. Pág. 108.

³⁰ Buen L., Néstor de, op. cit. Pág. 44.

³¹ Garrido Ramón, Alena, op. cit. Pág. 28.

adjudique, si no de la forma en que se va a ejecutar su objeto, por lo que no se debe de confundir los casos en que no existe contrato de trabajo, ya que de concurrir los elementos de la relación laboral, se debe regir dicha relación en términos de la Ley Federal del Trabajo, por haberse acreditado los vínculos esenciales de la relación laboral subordinación y la prestación personal.

La ley trata de evitar se violen los derechos de los trabajadores, pues plasma la presunción de que toda persona que preste un servicio personal, está bajo la protección de la legislación laboral, presunción que es atacada por los patrones “para anular esa ventaja de los trabajadores y lo han hecho de diversas formas: el caso de la contratación de los servicios de los agentes de comercio, bajo contratos de comisión mercantil, el de trabajadores del volante cuya relación laboral a veces trata de encubrirse con el contrato de arrendamiento; el de los profesionistas a quienes pretende someter a contratos civiles de servicios profesionales”³².

2.1.2 CONTRATO DE APRENDIZAJE

Éste contrato se encontraba regulado en el artículo 218 de la Ley Federal del Trabajo de 1931, estipulando que: “es aquel por virtud del cual una de las partes se compromete a prestar sus servicios personales a otra, recibiendo en cambio, enseñanza en un arte u oficio y la retribución correspondiente”³³.

El objeto del contrato de aprendizaje, era la enseñanza que compartía el patrón, así como el pago de una retribución, elementos ambos esenciales del contrato; la obligación del aprendiz consistía en la prestación de un servicio personal, su retribución no estaba reglamentada, por lo que generalmente era inferior al mínimo, variando de acuerdo con el tiempo de aprendizaje el cual debía de señalarse en el contrato, tal retribución podía consistir en que el patrón proporcionara al aprendiz alimentos y vestido.

³² Dávalos, José, op. cit. Pág. 107.

³³ Buen L., Néstor de, op. cit. Pág. 28.

En este contrato el patrón tenía la obligación de admitir en cada empresa, aprendices en un número no menor del cinco por ciento de la totalidad de los trabajadores de cada profesión u oficio que le prestaran sus servicios y habiendo menos de veinte trabajadores de cada oficio podía haber un aprendiz.

La celebración del contrato de aprendizaje, generaba el derecho de preferencia respecto de las vacantes que pudieran presentarse, por lo que constituía la antesala de la celebración de los contratos de trabajo y en caso de despido el maestro o patrón debía cubrirle, a título de indemnización, un mes y medio del importe de la retribución convenida. “Constituía esto otra forma de explotación, pues no estaba regulada la retribución del aprendiz, que era ínfima, ni las indemnizaciones”³⁴.

Este contrato de aprendizaje se contempló y reguló únicamente en la Ley Federal del Trabajo de 1931, pues la actual legislación laboral lo ha suprimido, debido a que fue un instrumento de explotación del trabajador, por parte del patrón, teniendo un mínimo de obligaciones que cumplir para con el trabajador.

“Los patronos recurrieron al aprendizaje para evitar las responsabilidades derivadas de los contratos de trabajo y éste se convirtió por ello, en un fácil instrumento de fraude legal, esto es, en una fórmula de explotación que encubría auténticas relaciones de trabajo disfrazadas, solo formalmente, de contratos de aprendizaje”³⁵, debido a que en este contrato no se señalaban límites, ni edad, ni un número máximo de aprendices, lo que generó el abuso de la institución, “se les explotaba y cometía fraude a la ley, pues se trataba, en la mayoría de los casos, de verdaderos trabajadores y no de aprendices”³⁶.

El contrato de aprendizaje y su abuso generó como lo señala Néstor de Buen “medidas ilegales que intentan colmar una necesidad indiscutible: la de que el empresario, al contratar a un trabajador, tenga oportunidad de apreciar por un tiempo razonable, sus aptitudes técnicas como morales, sin que de

³⁴ Dávalos, José, op. cit. Pág. 113.

³⁵ Buen L., Néstor de, op. cit. Pág. 29.

³⁶ Dávalos, José, Idem. Pág. 113.

resultar éstas objetivamente inaceptables, incurra en responsabilidad al prescindir del candidato. Para satisfacer esa necesidad los empresarios recurren a otras soluciones, próximas al fraude legal”³⁷.

Los contratos de aprendizaje en su mayor parte eran un instrumento que permitía, a pretexto de enseñanza, dejar de pagar los salarios a que tenían derecho los trabajadores o pagarles salarios reducidos “La ley de 1970 enterró aquella institución fraudulenta. Desde entonces toda relación laboral produce los efectos jurídicos consignados en la Constitución, en la Ley o en los contratos”³⁸.

2.1.3. CONTRATO DE PRUEBA

Es aquel contrato por virtud del cual una de las partes se compromete a prestar sus servicios personales a otra, por un tiempo determinado de 30 días, lapso en el que el prestador de servicios queda a evaluación en el conocimiento técnico de la labor para la que se contrata, dando la posibilidad al patrón de dar por terminada la relación durante el tiempo fijado por no cumplir el trabajador con las cualidades que se requieren para el trabajo contratado; “en la práctica es común su celebración a través de contratos por tiempo determinado es decir, por 28, 30 o más días, para poder conocer si en dicho período el trabajador tiene la capacidad y la aptitud que manifiesta tener para ejecutar el trabajo”³⁹.

La prueba que se realiza en este contrato se considera que es una condición suspensiva al contrato de trabajo, cuyos efectos quedan enteramente subordinados al cumplimiento del resultado futuro e incierto en que aquella puede consistir, así como a la apreciación que haga de ella el patrón.

En nuestro país este tipo de contrato ha sido objeto de polémica, por “el uso y abuso del mismo, en cuanto a su aplicación en la vida practica, llegó a

³⁷ Buen L., Néstor de, op. cit. Págs. 29 y 30.

³⁸ Dávalos, José, Idem. Pág. 113.

³⁹ Cervantes Nieto, Héctor, op. cit. Pág. 82.

ocasionar inseguridad e incertidumbre con relación a la estabilidad del trabajador en la empresa”⁴⁰.

El contrato de prueba tiene como característica el término al que es sometido, pues en nuestro derecho se consagra parcialmente el periodo de prueba, al respecto cabe señalar que la duración tan corta es un factor a favor del patrón quien tiene la facultad “en cualquier momento y antes de su vencimiento, prescindir del trabajador sin responsabilidad, pero si transcurre el término, automáticamente queda realizada la condición y nace, con efectos retroactivos, la relación laboral definitiva”⁴¹.

La Ley Federal del Trabajo de 1970, no reguló como tal el contrato de prueba, sin embargo existen casos excepcionales donde en apariencia se puede observar, como por ejemplo al iniciar la relación de trabajo y cuando se ocupan vacantes de la empresa; de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 47 fracción I, que consagra el derecho del patrón para rescindir la relación de trabajo, sin responsabilidad, cuando el trabajador, o en su caso el sindicato que lo hubiere propuesto o recomendado, hubieren engañado al patrón con certificados falsos o referencias inexactas acerca de las cualidades del trabajador; siendo de 30 días el periodo de prueba que comienza a correr a partir de la fecha en que se inició la prestación de servicios; existe otro supuesto con un periodo de prueba es el caso de los domésticos, que señala el artículo 343, donde se permite al patrón dar por terminada la relación de trabajo sin responsabilidad, dentro de los treinta días siguientes a la iniciación del servicio.

Otro ejemplo lo entendemos en los ascensos por vacantes definitivas, vacantes con duración mayor de treinta días o por la creación de nuevos puestos, donde los trabajadores más antiguos de la categoría inmediata anterior de la respectiva profesión u oficio tienen un derecho preferente para ocupar el puesto, para el caso de que el trabajador haya sido capacitado por la empresa, el trabajador ascendido quedara sometido a una prueba temporal no mayor de treinta días y si el resultado no le favorece, regresará a su lugar de origen y será

⁴⁰ Dávalos, José, *Idem*. Pág. 113.

⁴¹ Buen L., Néstor de, *op. cit.* Pág. 31.

llamado al que le siga en antigüedad, acorde a lo dispuesto por el artículo 159 del ordenamiento laboral que autoriza a las partes a reglamentar el procedimiento en los contratos colectivos de trabajo.

El conflicto con el contrato de prueba se encuentra, en la calificación de la aptitud técnica y moral que otorga el empleador al trabajador, casos en que se aplica la facultad rescisoria prevista en la fracción I del artículo 47 de la Ley Federal del Trabajo, pues le corresponde al patrón acreditar en juicio la falsedad de los certificados y referencias o falta de aptitudes o facultades del trabajador; razón que motivó a la corte a emitir la siguiente ejecutoria al respecto dictada en el amparo Directo 867/79. Bernabé Terán Román, 17 de marzo de 1980 (informe Cuarta Sala, 1980), y que se transcribe:

“CONTRATO A PRUEBA, INEXISTENCIA LEGAL DEL, Los contratos de trabajo en que se deje al criterio del patrón calificar las aptitudes del trabajador durante un periodo determinado, para otorgar o negar la contratación definitiva, o sea los llamados “a prueba”, no están reconocidos en nuestra legislación laboral y deben entenderse celebrados por tiempo indefinido al no existir causa legal que motive la limitación en su duración.”

2.1.4 CONTRATO POR VEINTIOCHO DÍAS

Es un contrato que en la actualidad se utiliza en la práctica, empleado en la contratación de los trabajadores, es un instrumento más de la clase patronal que busca evadir el nacimiento de la relación laboral que lo pueda unir o atar a cualquier tipo de compromiso permanente, en nuestro país esta situación se ha fomentado inclusive por los organismos descentralizados de la administración pública, esto es, celebran con los nuevos trabajadores contratos por tiempo fijo, específicamente por veintiocho días, y que a su conclusión pueden derivar o no en la celebración de nuevos o análogos pactos, en casos excepcionales la celebración de contratos por tiempo indeterminado.

En esta fórmula se encubre un auténtico contrato de prueba o por lo menos nació con esa intención, “dado su éxito inicial fue convirtiéndose en un

instrumento de contratación frecuente con el que los patronos, con eficacia práctica, pero sin fundamento legal, resolvían los problemas de personal”⁴².

Como se puede observar se da una mala interpretación de los artículos 121 de la ley laboral de Veracruz de 1918, del 122 en la ley laboral de 1931 y el artículo 47 fracción I de la Ley Federal del Trabajo vigente, acerca de la celebración de contratos por veintiocho días; interpretación que provocó se desvirtuara el espíritu que expresó el legislador, ya que de manera premeditada el patrón se planteó que “si podía prescindir del trabajador durante el primer mes de servicios, la solución sería en contratar a los trabajadores sólo por un mes y se eligió el periodo de veintiocho días que corresponde al más corto; el de Febrero, de tal manera que siempre existiera la posibilidad de hacer uso de ese derecho rescisorio sin compromiso”⁴³.

Esta forma de operar, en la actualidad se sigue empleando en nuestro país, debido a la admisión del hecho por parte de los trabajadores al ser separados de su trabajo al termino de veintiocho días, aceptando tal situación como legítima y no promover acción alguna en contra de la empresa ante la Junta Local de Arbitraje correspondiente; otra circunstancia “es la condición técnica exigida por la Corte que no es observada, por regla general, por los representantes de los trabajadores, generalmente legos en derecho. Consiste en la acción procedente es la de prorroga de los contratos y no la indemnizatoria o de reinstalación por despido”⁴⁴.

2.2. CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO

Es un primer nexo jurídico que existe entre el hombre que ofrece su fuerza de trabajo y aquel que va a aprovecharla, de acuerdo a lo que dispone el artículo 20, en concordancia con el 21 de la Ley Federal del trabajo, si se da la obligación de prestar un trabajo personal subordinado a otra persona y esta a su vez se obliga a pagar un salario, no importando qué denominación se le dé a

⁴² Buen L., Néstor de, op. cit. Pág. 34.

⁴³ Buen L., Néstor de, Idem. Pág. 34.

⁴⁴ Buen L., Néstor de, op. cit. Pág. 35

aquella, existe el relación de trabajo y estará sujeto a las normas laborales; “en el derecho del trabajo se designó con el nombre de contrato de trabajo al convenio celebrado entre el patrón y su trabajador, para la prestación de los servicios de éste”⁴⁵.

El contractualismo del derecho laboral afirma que el vínculo que se establece entre el trabajador y patrón se origina por el acuerdo de voluntades, pudiendo ser tal acuerdo expreso y en algunos casos tácito, se presume la existencia del contrato si concurren los supuestos tales como, una subordinación, trabajo personal y una retribución llamada salario, por lo cual la omisión de está formalidad se imputará al patrón, criterio que es avalado por José Dávalos al manifestar en su obra Derecho del Trabajo I “el contrato surte todos sus efectos legales, independientemente de que por culpa del patrón no se lleve a cabo la prestación del servicio”⁴⁶.

El derecho del trabajo establece que no es necesaria la existencia de un contrato donde se plasme la voluntad de las partes, ya que esta nace desde el momento en que el trabajador acepte voluntariamente laborar, “en ese caso el patrón no ha manifestado expresamente su voluntad, pero desde el momento en que ha permitido que ese trabajador realice sus trabajos dentro de su propiedad, tácitamente ha aceptado recibir los beneficios del trabajo, con ese consentimiento tácito se formaliza el contrato entre trabajador y patrón”⁴⁷.

2.2.1 DEFINICIÓN DE CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO

La Ley Federal del Trabajo en su artículo 20 segundo párrafo establece: “Contrato individual de trabajo, cualquiera que sea su forma o denominación, es aquel por virtud del cual una persona se obliga a prestar a otra un trabajo personal subordinado, mediante el pago de un salario”.

⁴⁵ Guerrero, Euquerio, Manual de derecho del trabajo, 24ª Ed. Rev. Por Alejandro Guerrero Givka, Edit. Porrúa, México 2006.

⁴⁶ Dávalos, José, op. cit. Pág. 108.

⁴⁷ Garrido Ramón, Alena, op. cit Pág. 29.

En el contrato de trabajo no es aplicable en su integridad el principio de la autonomía de la voluntad, por que la misma Ley protege a la parte más débil en la relación contractual, estableciendo condiciones mínimas donde “las partes no tienen libertad para convenir tales extremos y cualquier acuerdo entre ellas que disminuya o restrinja las disposiciones legales, adolece de nulidad”⁴⁸.

Se desprende de la definición antes expuesta, elementos característicos del contrato individual del trabajo: trabajador y patrón elementos personales, el elemento característico es la subordinación, la contraprestación a la labor desempeñada se denomina salario, elementos que se definen de la siguiente manera:

Trabajador. El concepto de trabajador es genérico, por que atribuye a todas aquellas personas que con apego a las prescripciones de la Ley, entregan su fuerza de trabajo al servicio de otra, no admitiendo distinciones. “existen diferentes tipos de trabajadores; el trabajador en sí, el trabajador de confianza, las funciones que realiza se entenderán de confianza como son la dirección, inspección, vigilancia y fiscalización, así como la de trabajos personales del patrón dentro del centro de trabajo que cuentan con la fe y la confianza del patrón, el trabajador sindicalizado es aquel afiliado a un sindicato y lo rige el contrato colectivo de trabajo”⁴⁹.

La definición que contemplaba nuestra Ley Laboral Mexicana de 1931 en su artículo tercero establecía que trabajador “es toda persona que presta a otra un servicio material, intelectual, o de ambos géneros, en virtud de un contrato de trabajo”; la Ley Federal del Trabajo vigente en su artículo 8° establece que “es la persona física que presta a otra, física o moral, un trabajo personal y subordinado”; protegiendo a los profesionistas al establecer la ley que no debe de haber distinción por la actividad desarrollada para poder clasificar a un trabajador, “pues al agregar que para los efectos del precepto, se entiende

⁴⁸ Buen L., Néstor de, op. cit. Pág. 30.

⁴⁹ Lemus Raya, Patricia, op. cit. Pág. 23.

por trabajo toda actividad humana, intelectual y material, independientemente del grado de preparación técnica requerida por cada profesión u oficio”⁵⁰.

De ahí que se deduzca que es aquella persona que vive preponderantemente de su esfuerzo físico o intelectual, con independencia del grado de preparación técnica requerido por cada profesión u oficio y que, al carecer de capital para allegarse de algún ingreso, debe de contratarse con otra que a cambio de la prestación de un servicio personal y subordinado reciba un salario.

Nuestra legislación laboral dispone que el trabajo es una actividad humana y que por consiguiente únicamente se puede ejecutar por personas físicas, se excluye a las personas morales por lo que “se desprende de inmediato que un sindicato no puede ser sujeto de un contrato de trabajo, con el carácter de trabajador, puesto que el sindicato es una persona moral”⁵¹.

Es imposible que se de una relación de trabajo entre dos personas morales, razonamiento que conduce a utilizarse como medio para evitar el nacimiento de una relación laboral, como por ejemplo el caso de la contratación de un profesionista independiente o de un comisionista, al celebrarse solo cuando estén constituidos en sociedad, “ya que a veces, aun cuando se tenga celebrado el contrato correspondiente, es decir, el de prestación de servicios profesionales o de comisión mercantil, si al momento de ejecutar el objeto se desprende una subordinación, que es el elemento esencial del contrato de trabajo, estaríamos frente a un contrato de esa naturaleza y no civil o mercantil”⁵².

Respecto a la persona que presta el servicio es condición indispensable que “sea desempeñado por él mismo, en forma personal y no por conducto de

⁵⁰ Guerrero, Euquerio, op. cit.

⁵¹ Buen L., Néstor de, op. cit. Pág. 33.

⁵² Cervantes Nieto, Héctor, op. cit. Pág. 18.

otra persona; ya que si se presta por otra estaríamos frente a la figura del intermediario”⁵³.

Señala Manuel Alonso García “que la condición de trabajador desde el punto de vista de la relación contractual, no es una realidad antecedente, si no que sigue la celebración del contrato”⁵⁴. Concluyendo con tal afirmación que no es trabajador por sí mismo, sino en la medida en que participa como sujeto de una relación de trabajo, además dice Alonso García que no hay, un status permanente de trabajador: la condición se adquiere con la de sujeto de contrato de trabajo.

Al respecto el maestro Doctor Mario de la Cueva indica que para determinar si una persona tiene o no el carácter de trabajador puede recurrirse a dos soluciones; la primera será trabajador quien pertenezca a la clase trabajadora, la segunda, que coincide con el concepto de Manuel Alonso García, la condición de trabajador resultará del dato objetivo de ser sujeto de una relación de trabajo.

La Ley Laboral estipula lo que se debe de entender por trabajador de confianza, y de acuerdo a su artículo noveno, la categoría de trabajador de confianza depende de la naturaleza de las funciones desempeñadas y no de la designación que se dé al puesto.

Las funciones del trabajador de confianza son las de dirección, inspección, vigilancia y fiscalización, cuando tengan carácter general, y las que se relacionen con trabajos personales del patrón dentro de la empresa o establecimiento; debiendo hacer hincapié en la naturaleza de las funciones que realiza.

La formula objetiva que determina la condición de trabajador como un resultado y no un antecedente de la relación de trabajo podría ser hoy puesta en tela de juicio en función del concepto de “trabajador independiente” o trabajador

⁵³ Dávalos, José, op. cit. Pág.91.

⁵⁴ García Manuel Alonso, Curso de derecho del trabajo, Edit. Ariel, Barcelona 1973.

“no asalariado” que las nuevas disposiciones legales y una parte importante de la doctrina empiezan a considerarla seriamente.

La Nueva Ley del Seguro Social, en su parte relativa a la incorporación voluntaria al régimen obligatorio, menciona a los trabajadores independientes, como profesionales, comerciantes en pequeño, artesanos y demás trabajadores no asalariados; por lo que de dicha disposición se puede concluir que la condición de trabajador puede depender de dos factores, el primero resultará del dato objetivo de la existencia de la relación subordinada, en cuyo caso no importará el espíritu con que el trabajador participe en la relación, esto es, más o menos inclinado a favor de la clase empresarial y sólo se tiene en cuenta la prestación de servicios sin embargo en el segundo de los casos, la condición de trabajador dependerá sólo de la actividad, sin tener en cuenta la existencia o inexistencia de un patrón determinado; de acuerdo a lo anterior parece que puede aceptarse que existen trabajadores subordinados, pero sólo respecto de éstos operará la legislación laboral.

Una distinción más de los trabajadores se establece en nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el artículo 123 apartado “A” y “B”, los que están al servicio del Estado y los demás que se encuentran en la iniciativa privada.

El apartado A regula la relación laboral que nace entre trabajador y patrón en general de la iniciativa privada, siendo esta relación jurídica generadora de obligaciones tales como el pago de cuotas obrero patronal al Seguro Social establecido en la fracción XXIX de su Ley.

El apartado B regula la relación laboral de los Poderes de la Unión y el Gobierno del Distrito Federal para con sus trabajadores, siendo el régimen social que los protege la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado mejor conocida por sus siglas (LISSSTE).

La Ley Federal del Trabajo, reglamentaria del apartado "A" del artículo 123, divide a los trabajadores, dependiendo de la temporalidad del contrato, en trabajadores de planta y eventuales.

Trabajador de temporal, es aquel que una empresa o patrón requiere en determinadas épocas del año, por la naturaleza de la actividad que llevan acabo, como es el caso de la cosecha en los ingenios azucareros, la cosecha en ciertos cultivos, la afluencia de turistas a una región en verano, entre otros; trabajador eventual es aquel que una empresa o patrón requiere por un tiempo u obra determinados, debido a que la actividad a desempeñar es esporádica, por tanto carece de continuidad y depende de una contingencia.

Habiendo desarrollado el tema de trabajador, vertiendo el concepto que contempla nuestra actual Ley Federal del Trabajo, así como el que se contemplo en otros dispositivos que han venido siendo derogados, se ha agotando el tema, por lo que procedemos a seguir con el desarrollo de la otra parte que interviene en el contrato individual de trabajo, el patrón.

Patrón. "es toda persona física o moral que emplee el servicio de otra persona, en virtud de un contrato de trabajo", concepto que era contemplado en la Ley de 1931 en su artículo 4°. El trabajador en todo caso tiene que ser persona física, pero el patrón puede ser persona física o moral (sociedades mercantiles, asociaciones, etc.), y en lugar de prestar sus servicios como lo hace el trabajador, los recibe de otra persona, mediando siempre el contrato de trabajo; el mismo artículo cuarto establece, que se considerarán representantes de los patronos los directores, gerentes, administradores, capitanes de barco, y todas las personas que en nombre de otro, ejerzan funciones de dirección o administración.

La ley de 1970 establece en su artículo 10°, lo que debemos de entender por patrón, "es la persona física o moral que utiliza los servicios de uno o varios trabajadores; si el trabajador, conforme a lo pactado o a la costumbre, utiliza los servicios de otros trabajadores, el patrón de aquél, lo será también de éstos".,

“patrón es quien puede dirigir la actividad laboral de un tercero, que trabaja en su beneficio, mediante retribución”⁵⁵.

Como se puede observar la actual Ley acepta al igual que la anterior como patrón a una persona moral, como puede ser una sociedad civil o mercantil, lo que resulta normal, a diferencia de un trabajador que forzosamente debe de ser persona física; lo que interesa es el dato objetivo de recibir un servicio subordinado.

Lo que refiere el citado precepto en su última parte, acerca de que los trabajadores que presten servicios por medio de un tercer trabajador se consideran sometidos al mismo patrón, “puede parecer alarmante; pero si se considera la condición de que la ley señala que tales actos deben de realizarse conforme a lo pactado o a la costumbre, desaparece el peligro que pudiera avizorarse y solamente encontramos un deseo de proteger a trabajadores que aparentemente estuvieran desligados del verdadero patrón”⁵⁶.

La Ley del Seguro Social, establece en su artículo 12 fracción I, lo que debe de entenderse por patrón, “es la persona que se encarga de supervisar y dirigir el trabajo, todos los patronos se encuentran obligados a contribuir a la seguridad social y no se excluyen de la misma por el hecho de gozar de alguna exención en materia de impuestos o derechos, como sería el caso de personas morales no contribuyentes que, en su calidad de patronos, están sujetos al pago de cuotas al Seguro Social”, circunstancia que es trascendental, ya que no existe causa que justifique dejar de cubrir las cuotas obrero patronales por parte del patrón, por tanto aquel que omita tal obligación, estaría contrariando el supuesto que prescribe la norma de carácter obligatorio y de orden público.

La Ley Federal del Trabajo de manera enunciativa describe los cargos en que se representa al patrón, artículo 11º: Los directores, administradores, gerentes y demás personas que ejerzan funciones de dirección o administración en la empresa o establecimiento, serán considerados representantes del patrón

⁵⁵ Buen L., Néstor de, Derecho del trabajo, 10ª ed. Actualizada, T. I, Edit. Porrúa, México 1994.

⁵⁶ Guerrero, Euquerio, Idem.

y en tal concepto lo obligan en sus relaciones con los trabajadores. “Esta disposición resulta completamente lógica y necesaria, dado que en una persona moral, siendo los integrantes de la misma, como en el caso de los accionistas, personas a veces ignoradas, la representación de ellas entre los trabajadores debe de ser ejercida por medio de los funcionarios que ejemplifica el legislador, como directores, gerentes, administradores”⁵⁷ y demás personas que ejerzan funciones de dirección o administración en la empresa o establecimiento.

En una empresa encontramos invariablemente que los funcionarios van actuando, todos, en representación de su superior común, que en último análisis, viene a ser el gerente, quien puede ser o bien el dueño genuino patrón, o bien, a su vez, un representante de éste; tal es el caso de las personas morales que actúan como patronos, pero al llegar a niveles muy inferiores en los que predominan las actividades técnicas sobre las de administración, propiamente ya no se puede hablar de un genuino representante del patrón.

Los representantes del patrón tienen la facultad de crearle obligaciones a éste frente a sus trabajadores; “cualquier decisión que tome en lo personal algún representante, lo va a obligar con los trabajadores y sin que el patrón pueda desconocer tal situación, ya que solo basta que el representante ocupe uno de los puestos señalados en el artículo 11 de la ley laboral, para que se represente al patrón”⁵⁸.

Se advierte que los patronos en general responden por todas las obligaciones correlativas al complejo de derechos constitucionales, legales del trabajo y extra legales; los que se comprenden en la expresión Estatuto de los trabajadores y cuya aplicación se determina en su beneficio, en automático, con la iniciación de la prestación de servicios.

Se ha establecido que no es necesario que la representación para efecto de regular las relaciones laborales se encuentre por escrito, ya que es suficiente con que el empleado ejerza algunas de las funciones citadas en el artículo 11;

⁵⁷ Guerrero, Euquerio, Idem.

⁵⁸ Cervantes Nieto, Héctor, op. cit. Pág.17.

“la representación del patrón no se va a dar con base en la confianza que tenga depositada en sus empleados, sino por el puesto o las funciones que se ejercen”⁵⁹; los representantes del patrón generan obligaciones a éste frente a sus trabajadores, “cualquier decisión que tome en lo personal algún representante, lo va a obligar con los trabajadores y sin que el patrón pueda desconocer tal situación”⁶⁰.

Estos dos conceptos, trabajador y patrón, surgen como consecuencia de la relación jurídica bilateral que celebraron los mismos, generando un conjunto de obligaciones y derechos recíprocos, regulados de manera sistemática en el derecho del trabajo; con miras a la realización de la justicia social entre los factores de la producción.

Las normas que reconocen de manera pormenorizada derechos en favor de los patrones, se encuentran expresamente en el título cuarto de la Ley Federal del Trabajo y constituyen, según De la Cueva, una solución transaccional y perentoria asumida por los trabajadores, frente a los reclamos esenciales de una sociedad de clases.

Haber pretendido instaurar el Estado socialista como algunos autores sostienen, hubiera acarreado el sacrificio de las reivindicaciones obreras alcanzadas en nuestro ordenamiento laboral vigente y que en principio se encuentran orientadas a garantizar y promover un nivel decoroso de vida para el trabajador y su familia. Por lo tanto, siendo eventual la fórmula adoptada, su reglamentación no desvirtúa la naturaleza tutelar y clasicista del derecho mexicano del trabajo, cuya esencia se define con otros atributos típicos como su irrenunciabilidad, proyección expansiva y carácter programático.

El derecho de mayor relevancia para los patrones frente a su obligación de cubrir el salario, es aprovechar el servicio personal, subordinado y eficiente de los trabajadores, vinculados con ellos a través de las relaciones de trabajo.

⁵⁹ Cervantes Nieto, Héctor, Idem. Pág. 17.

⁶⁰ Cervantes Nieto, Héctor, Idem. Pág. 17.

Los derechos derivados o inherentes al patrón, serían las prerrogativas que operan como contrapartida a las obligaciones y prohibiciones de los trabajadores, recogidas en los artículos 134 y 135 de la Ley Federal del Trabajo; así como el derecho a que se le considere para la determinación del porcentaje de utilidad repartible, la obtención de un interés razonable y la necesaria reinversión de capitales (artículo 123, apartado A, fracción IX de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 118 de la Ley Federal Trabajo).

Continuando con los elementos que se recopilaron del concepto de contrato individual de trabajo, se prosigue a la comprensión y delimitación de la relación laboral.

Relación de trabajo, su reconocimiento constituye uno de los aspectos centrales, en la batalla por la autonomía del derecho del trabajo; se admitió la aparición de una rama jurídica que no era ni derecho público ni derecho privado, “pero la inclusión de una especie nueva en la clasificación no destruía por sí sola la subordinación del derecho del trabajo al privado, ya que podía quedar viva la idea del contrato como el acto jurídico infranqueable para la creación de derechos y obligaciones de los hombres”⁶¹.

La relación de trabajo surgió del planteamiento de que sí el derecho del trabajo había de ser el estatuto de los hombres que entregan su energía física e intelectual a la economía, sería precisa la extensión de su manto protector sobre el trabajo, considerándolo en sí mismo, en su realidad objetiva como una fuerza que requiere un estatuto jurídico que asegure su salud y vida, y le proporcione una existencia decorosa, por el solo hecho de su prestación, esto es, por que el trabajo no varía su esencia aunque sea distinta la naturaleza del acto o de la causa que le dio origen.

Al respecto nuestra Ley Federal del Trabajo establece dentro de su normatividad lo que debe de entenderse por relación laboral, primer párrafo artículo 20: se entiende por relación de trabajo, cualquiera que sea el acto que le

⁶¹ De la Cueva Mario, op. cit. Pág. 186.

dé origen, la prestación de un trabajo personal subordinado a una persona, mediante el pago de un salario.

El trabajador se considera la parte mas débil en la relación patrón- obrero por lo que el legislador subsana posibles omisiones que se puedan cometer en perjuicio del trabajador ya que para el caso de haber omitido celebrar escrito alguno acerca de la relación obrero patronal, la misma Ley protege al trabajador previendo en su dispositivo 26, que la falta del escrito a que se refieren los artículos 24 y 25 no priva al trabajador de los derechos que deriven de las normas de trabajo y de los servicios prestados, pues se imputará el patrón la falta de esa formalidad.

Aunado a lo anterior el derecho laboral busco proteger a la clase trabajadora, a través de disposiciones que velaran el interés del trabajador, además de las mencionadas, encontramos el caso del artículo 21 de la Ley Federal del Trabajo, donde se establece que se presumirá la existencia del contrato y de la relación de trabajo entre el que presta un trabajo personal y el que lo recibe.

Se observa que la relación de trabajo, es una situación jurídica objetiva que se crea entre un trabajador y un patrón, por la prestación de trabajo subordinado, no importando el acto o la causa que le dio origen, en tal virtud se aplica al trabajador un estatuto objetivo, integrado por los principios, instituciones y normas de la declaración de derechos sociales, de los contratos colectivos y contratos-ley y de sus normas supletorias, “es suficiente con que se dé la prestación de un trabajo personal y subordinado para que exista la relación de trabajo, al presentarse ésta, se aplica al trabajador un estatuto objetivo que es el derecho del trabajo, un ordenamiento imperativo, independientemente de la voluntad de los sujetos de la relación de trabajo”⁶².

De lo manifestado en el párrafo que antecede se deducen consecuencias de la relación laboral: en primer lugar, el hecho constitutivo de la relación esto es

⁶² Dávalos, José, op. cit. Pág. 105.

la prestación de un trabajo personal subordinado, prestación que nace por el solo hecho de su iniciación, con independencia del acto o causa que le dio origen, produciendo por sí misma derechos y obligaciones, efectos que derivan de las normas de trabajo, esto es, deviene una fuerza productora de beneficios para el trabajador; determinando inevitablemente la aplicación del derecho del trabajo, por que se trata de un estatuto imperativo cuya vigencia y efectividad no dependen de la voluntad del trabajador y mucho menos del patrono, sino, exclusivamente, de la prestación del trabajo; prestación que crea una situación jurídica objetiva que no existe con anterioridad, a la que se da el nombre de relación de trabajo.

Analizando la naturaleza jurídica del contrato que contempla el Derecho Civil se puede observar, que el nacimiento de los derechos y obligaciones de cada una de las partes depende del acuerdo de voluntades, mientras que en la relación de trabajo, iniciada la actividad del trabajador se aplica automáticamente e imperativamente el derecho objetivo, (derecho social).

Entre la relación laboral y el contrato de trabajo existe distinciones, consistentes: en que la relación se inicia en el preciso momento en que se empieza a prestar el servicio, en cambio, el contrato de trabajo se perfecciona por el simple acuerdo de voluntades, por lo que se afirma que la relación laboral es la actualización del contrato individual de trabajo.

La relación de trabajo hace que se presuma la existencia del contrato, ya que entre el que presta un servicio personal y el que lo recibe, se presume la vinculación laboral y la falta de contrato escrito es imputable al patrón, en caso de conflicto siempre la carga probatoria acerca del contrato y de las condiciones de trabajo contenidas en él, será de la parte patronal.

Los elementos que integran la relación laboral son los siguientes:

Elementos objetivos, son la prestación personal del servicio, la subordinación del mismo y el pago de un salario;

1. La prestación personal del servicio o trabajo consiste en un esfuerzo humano, bien sea material o intelectual, o bien de ambos géneros, dedicado a la producción de riqueza.
2. La subordinación consiste en la relación jurídica que se origina entre dos personas cuando una presta un servicio personal y autoriza a la otra a dar instrucciones, lineamientos u órdenes para el mejor desarrollo de la actividad que produce la riqueza, quedando obligada la primera a obedecer.

Elementos subjetivos, son la existencia de dos personas, el patrón y el trabajador, elementos que ya mencionamos con anterioridad.

La Ley Federal del Trabajo y la doctrina, concuerdan que nace la relación laboral al existir dos elementos, uno de ellos es la subordinación por parte del trabajador hacia el patrón, esta subordinación puede devenir de la contratación del trabajador por el patrón en estricto apego a lo dispuesto por el artículo 25 de la ley de la materia, o bien puede carecer de la formalidad de escrito que establece el citado precepto, sin que esto afecte la existencia de la subordinación, debido a que la falta de forma es imputable al patrón tal y como lo dispone la ley laboral en sus artículos 21 y 26, así como la presunción que dice en caso de duda se resolverá a favor del trabajador. El salario es otro de los elementos que forman parte de la relación laboral, apareciendo como contraprestación económica de los servicios prestados por el trabajador, este elemento se retomara mas adelante.

La relación jurídica nace por el solo hecho de la prestación de trabajo personal subordinado, al respecto opina el Doctor Mario de la Cueva que “para su existencia es suficiente la presencia de un trabajador y un patrono, y el inicio de la prestación de un trabajo, aunque no se halla determinado el monto y la forma de pago del salario. De lo que deducimos que el salario, si bien en el campo de la teoría es un elemento constitutivo de la relación, en la vida de ella aparece a posteriori, como una consecuencia de la prestación de trabajo”⁶³.

⁶³ De la Cueva Mario, op. cit. Pág. 204.

El **salario** desde el punto de vista socialista, “es el estipendio que contra su voluntad económica el explotador entrega al explotado por los servicios que recibe de éste”⁶⁴; el trabajador al carecer de capital para allegarse de algún ingreso, debe de contratarse con otra que a cambio de la prestación de un servicio personal reciba un salario; de ahí que se diga que es utilizado como mercancía de cambio económico, “por medio del cual el empresario adquiere la fuerza de trabajo suficiente para hacer producir su fuente de explotación o negocio. Esta mercancía, como cualquier otra, se encuentra sujeta a las más rígidas leyes de la economía política; la ley de la oferta y la demanda siempre le han impuesto su destino: en el derecho burgués invariablemente se da una determinada cantidad de trabajo; en algunas ocasiones la ley del más fuerte económicamente hablando impone que al asalariado se le cubra alguna suma apenas suficiente para que sobreviva y él, con los miembros de su familia no se mueran de hambre”⁶⁵.

El salario en el capitalismo, es un factor de las relaciones de explotación a que los capitalistas someten a los obreros; quienes al trabajar durante cierto tiempo en una empresa, reciben una determinada suma de dinero en calidad de salario, cantidad que aparentemente cubre el monto de todo el trabajo; pero, como quiera que el trabajo, fuente de todo valor, no posee valor, tampoco puede tener precio, lo que se paga en forma de salario no es toda la jornada, sino únicamente la parte en que se reproduce lo equivalente al valor de la fuerza de trabajo, mientras que la otra parte, no pagada, de la jornada de trabajo, el proletario crea la plusvalía, de la que se apropia el capitalista.

Marx expresó respecto del salario, que era el precio de una determinada mercancía, de la fuerza de trabajo; hallándose determinado por las leyes que “determinan” el precio de cualquier otra mercancía; lo que explicaba diciendo el salario no es parte del obrero en la mercancía por él producida; el salario es la parte de la mercancía ya existente, con la que el capitalista compra una determinada cantidad de fuerza de trabajo productiva, la fuerza de trabajo es,

⁶⁴ Delgado Moya Rubén, El derecho social del presente: Derecho al trabajo, al capital y a los instrumentos de producción distribución y consumo, Edit. Porrúa, México 1977, Págs. 447 y 448.

⁶⁵ Delgado Moya Rubén, Idem. Pág. 447.

pues, una mercancía que su propietario, el obrero asalariado, vende al capital”

⁶⁶.

El valor de la fuerza de trabajo es determinado por el de los medios de vida, indispensables para la subsistencia del obrero y de los miembros de su familia, para la reproducción de la fuerza de trabajo. En su afán de obtener beneficios, los capitalistas procuran disminuir el salario por debajo del valor de la fuerza de trabajo.

El salario tal y como lo establece la Ley Federal del Trabajo en su artículo 82: es la retribución que debe pagar el patrón al trabajador por su trabajo. Esta retribución de acuerdo al artículo 83 puede fijarse por unidad de tiempo, por unidad de obra, por comisión, a precio alzado o de cualquier otra manera.

Cuando el salario se fije por unidad de obra, además de especificarse la naturaleza de ésta, se hará constar la cantidad y calidad del material, el estado de la herramienta y útiles que el patrón, en su caso, proporcione para ejecutar la obra, y el tiempo por el que los pondrá a disposición del trabajador, sin que pueda exigir cantidad alguna por concepto del desgaste natural que sufra la herramienta como consecuencia del trabajo.

Nuestra legislación mexicana, considera de suma importancia el salario, razón por la cual plasmó en el artículo 5° Constitucional: Nadie puede ser privado del producto de su trabajo, sino por resolución judicial.

Por su parte la Ley Federal del Trabajo, se ocupó de regular el salario en uno de sus apartados denominado normas protectoras y privilegios del salario.

En su primera parte, se refiere a la protección del salario en contra de posibles abusos del patrón; nos dice que el salario debe ser pagado en efectivo, en moneda de curso legal, y que no se permite como pago de salario, mercancías, vales ni cualquier otro signo representativo con que se pretenda

⁶⁶ Delgado Moya Rubén, op. cit. Págs. 447 y 448.

sustituir la moneda. Por otra parte el artículo 103 de la Ley Federal del Trabajo permite la creación por convenio entre los trabajadores y los patrones, de almacenes y tiendas en que se vendan diversas mercancías útiles; de donde se advierte que su adquisición será libre, sin que se pueda ejercer coacción sobre los trabajadores, ejemplo de ello son las: Tiendas del IMSS y Tiendas del ISSSTE.

También nos hace mención de cuando y donde se le debe pagar al trabajador artículos 108 y 109 de la Ley Federal del Trabajo; el pago de su salario debe efectuarse en el propio lugar de trabajo, en día laborable, y durante las horas de trabajo, al finalizar la jornada laboral o el último día de trabajo.

Asimismo indica que cualquier deuda contraída por un trabajador con su patrón, no devengara intereses y la cantidad exigible nunca podrá ser mayor del importe del salario de un mes.

La obligación del patrón de pagar el salario no se suspende salvo en los casos y con los requisitos establecidos por la ley, como pudieran ser causas de fuerza mayor o casos fortuitos que produzcan como consecuencia necesaria, inmediata y directa la suspensión de labores por circunstancias especiales que afecten el desarrollo de la empresa.

La segunda parte, considera la protección del salario en contra de los acreedores del patrón. Aquí se menciona que los trabajadores no entraran a concurso, cuando el patrón este en quiebra, ni mucho menos se le debe suspender su salario.

La tercera parte, es sobre la protección del salario contra posibles abusos del propio trabajador; nos menciona que el trabajador tiene el derecho a percibir su salario ya que ese derecho es irrenunciable y por consecuencia es nula toda cesión que el trabajador haga de su salario, ya sea en favor del patrón o de terceras personas.

El patrón en su carácter de retenedor debe efectuar los descuentos pertinentes del salario del trabajador, para posteriormente, entregar y cubrir dichos abonos; esos descuentos no podrán exceder de los porcentajes que las leyes determinan con el objeto de que al trabajador siempre le quede alguna cantidad razonable de la que pueda disponer con la libertad para subsistir.

Los mencionados descuentos pueden ser: por créditos obtenidos de los fondos de vivienda, fomento y garantía para el consumo del trabajador, caja de ahorro, cuotas correspondientes al IMSS, impuesto sobre la renta, y algunos otros.

El salario siempre se le pagara al trabajador, no podrá pagársele a un tercero, siempre y cuando el trabajador no lo considere así o este imposibilitado para cobrar. El salario es inembargable a menos de que un juez determine lo contrario, debiendo ser sólo por obligaciones que pueda haber contraído con su familia; como por ejemplo: la pensión alimenticia. No se le pueden cobrar multas, nadie puede realizar un trabajo sin que no se le pague.

Subordinación. La palabra subordinación se emplea como sinónimo de dependencia, es elemento que caracteriza la relación laboral.

La subordinación es la característica más importante de la relación laboral, es el elemento que permite distinguirlo de otras relaciones o contratos jurídicos que guarden una similitud, “un hombre puede prestar a otro servicios personales y no estar ligado por una relación de trabajo como ocurre en comisiones mercantiles, en los de sociedad”⁶⁷.

La Ley Federal del Trabajo de 1931 definió la subordinación como la obligación por parte del trabajador de prestar un servicio personal bajo la dirección y dependencia de otra persona mediante una retribución convenida (artículo 17). La ley vigente considera en cambio que cualquier relación de

⁶⁷ Guerrero, Euquerio, op. cit.

trabajo se caracteriza por la prestación de un servicio personal subordinado a una persona mediante el pago de un salario (artículo 20).

El Doctor Mario de la Cueva opina que “siempre existirá relación laboral cuando una persona, mediante el pago de una retribución convenida, subordina una fuerza de trabajo al servicio de los fines de la empresa. Agrega que tres son los elementos que la constituyen: la prestación de trabajo, el pago de una remuneración y el vínculo de subordinación, a este último corresponde el carácter personal del contrato por el cual todo trabajador se pone a disposición de un tercero, confiriendo a las obligaciones que se establecen una fisonomía particular, que justifica la intervención del legislador para asegurar el respeto de la seguridad y la dignidad del trabajador”⁶⁸.

En la relación laboral se debe establecer el poder de disposición del patrono, osea “como un poder jurídico de mando, correlativo a un deber de obediencia por parte de quién presta el servicio, claro está, siempre sobre trabajo contratado”⁶⁹.

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

La subordinación se refiere con exclusividad al trabajo siempre que esté fundada en esa relación de poder, si se toma en cuenta que los medios de producción no se encuentran en manos del trabajador, sino del propietario, por ser este la persona que necesita de ellos para vivir. La subordinación, en suma, no es un conjunto de derechos del patrono sobre el trabajador sino el presupuesto para la existencia, dentro de la empresa, de una serie de relaciones jurídicas que se resumen en la facultad del empresario de imponer su propia

⁶⁸ De la Cueva Mario, El Nuevo Derecho del Trabajo, 19 ed., Edit. Porrúa, México 2003.

⁶⁹ Martínez, Arturo, Fraude en la contratación laboral”, revista académica, Volumen 1 de Junio del 2003.

voluntad, o en otras palabras, un derecho de mando y una obligación correlativa del trabajador, de sujetar a ella su voluntad en un deber de obediencia.

La facultad de mando y el deber de obedecer están delimitados por el fin que persigue la relación de subordinación, por consiguiente, el empleador no puede extender la facultad de mando más allá de los límites del campo de trabajo y de lo acordado en el contrato de trabajo y solamente durante la jornada de trabajo. Aunque existan otras limitaciones en la relación de trabajo, al hablar de subordinación es necesario atender el género de tareas que desempeñe el empleado con relación a las instrucciones o directivas que el empleador marque para el desarrollo en su empresa.

Como se puede observar la subordinación ha motivado múltiples criterios jurisprudenciales, debido a que es el elemento principal que distingue una prestación de servicios personales de naturaleza laboral de otra de índole civil o mercantil, como lo resolvió el Segundo Tribunal del Cuarto Circuito, en un Amparo directo 45./94 al señor Marcelino Pèrez Rivas el 29 de junio de 1994, y del cual se emitió la siguiente tesis:

RELACION LABORAL. LA SUBORDINACION ES EL ELEMENTO DISTINTIVO DE LA.- El artículo 20 de la Ley Federal del Trabajo establece que por relación de trabajo debe de entenderse la prestación de un trabajo personal subordinado a una persona mediante el pago de un salario. Así pues, la relación laboral tiene como elemento distintivo la subordinación jurídica entre el patrón y trabajador, en virtud de la cual el primero se encuentra en todo momento en posibilidad de disponer del trabajo del segundo, quien a su vez tiene la obligación correlativa de acatar al patrón, y por eso mismo ha sido la litis de numerosos juicios entre trabajadores y patrones y entre patrones y el instituto.

Lo anterior ha permitido que se haya delineado un concepto más preciso; el Poder Judicial de la Federación ha contribuido en forma importante, considerando que la falta del elemento subordinación contaba a la no existencia de la relación laboral, tal y como lo señala la tesis visible en los volúmenes 187-

192, pagina 55, derivada del amparo directo 1362/84, a favor de Aída Díaz Mercado, expedido el 5 de Septiembre de 1984, que a la letra dice:

SUBORDINACION. ELEMENTO ESENCIAL DE LA RELACION DE TRABAJO.- La sola circunstancia de que un profesional preste servicios a un patrón y reciba una remuneración por ello, no entraña necesariamente que entre ambos exista una relación laboral, pues para que surja ese vinculo es necesaria la existencia de subordinación, que es el elemento que distingue al contrato laboral de otros contratos de prestación de servicios profesionales, es decir, que exista por parte de quien presta el servicio, de acuerdo con el artículo 134, fracción III de la Ley Federal del Trabajo, que obliga a desempeñar el servicio bajo la dirección del patrón o de su representante a cuya autoridad estará subordinado el trabajador en todo lo concerniente al trabajo.

Cabe hacer la siguiente aclaración, la colaboración no es subordinación; si una persona desempeña un puesto de confianza o inclusive tiene alguna participación económica en la empresa, pero realiza un trabajo dirigido, la subordinación no desaparece. El trabajo de un profesionista independiente puede ser subordinado y el ejercicio de un mandato puede asimismo coexistir con un contrato individual de trabajo porque no siempre el mandatario pierde su calidad de empleado subordinado si se llenan los requisitos de la subordinación.

Debemos concluir que el concepto de subordinación, en primer lugar es un elemento característico de la relación laboral a que alude el artículo 20 de la Ley Federal del Trabajo, consistente en la facultad que adquiere el patrón en todo momento y dentro del horario de trabajo de la prestación de servicio, de mandar al trabajador para el desarrollo del trabajo y, correlativamente, en la obligación, del trabajador de cumplir con las condiciones y exigencias del trabajo.

Son cuatro características de la subordinación:

1. El poder de carácter jurídico que tiene el patrono sobre el trabajador;

2. Un poder circunscrito a la actividad del trabajador en la prestación laboral comprometida;
3. Un poder como facultad jurídica, conforme a la cual el patrono puede dirigir, fiscalizar o suspender al trabajador; y
4. La mayor o menor intensidad de las tareas que deba desempeñar el trabajador.

2.2.2 ELEMENTOS ESENCIALES

Los elementos esenciales en el contrato individual de trabajo son aquellos que concurren en su nacimiento y sin los cuales no se puede concebir la relación laboral entre trabajador y patrón, son actos jurídicos que consigna el artículo 20 de la Ley Federal del Trabajo, los elementos a saber son dos, el consentimiento y el objeto posible.

El Consentimiento, es la manifestación exterior con que se demuestra la aceptación del contrato, pudiendo ser de manera expresa y formal o tácita; la primera se da cuando se otorga el contrato por escrito donde constan las condiciones de trabajo, el segundo se da cuando no se ha empleado una forma para celebrar el contrato, pero se ejecutan hechos que demuestran que se ha consentido la prestación de servicios; ahora bien como ha quedado establecido las partes que intervienen en la relación laboral son dos: el trabajador, que es la persona física que desempeña el trabajo encomendado de manera personal y subordinada, y el patrón que puede ser una persona física o moral que recibe la prestación subordinada del trabajador, por lo tanto para el caso de ser el patrón una persona moral, “basta que un representante de la empresa otorgue su consentimiento para que nazca el contrato de trabajo con todas sus consecuencias”⁷⁰.

El Objeto, debe de ser posible, en el contrato individual de trabajo se puede dar, un objeto directo y un objeto indirecto, el directo se da por las partes, el trabajador al prestar el servicio de manera personal y de manera subordinada,

⁷⁰ Dávalos, José, op. cit. Pág. 108.

y en el patrón consiste en la obligación de pagar un salario, el indirecto es la prestación efectiva del servicio específico y el pago del salario.

En la celebración del contrato de trabajo puede de manera relativa omitirse el objeto, sin embargo, el contrato existe, “ya que en este caso el trabajador quedará obligado a desempeñar el trabajo que sea compatible con sus fuerzas, aptitudes, estado o condición y que sea del mismo género que forman el objeto de la empresa o establecimiento”⁷¹; de igual manera se puede omitir el señalamiento del salario, sin que esto implique revocación de la obligación del patrón a pagar por lo menos el salario mínimo general o profesional correspondiente, pudiendo ejercitar el trabajador el derecho de equiparación de salarios en virtud del principio constitucional de que a trabajo igual debe de corresponder salario igual. “esta medidas son adoptadas con el fin de que el patrón no tenga motivos para eludir las obligaciones contraídas con sus trabajadores y las que marca la Ley”⁷².

2.2.3 ELEMENTOS DE VALIDEZ.

En el contrato individual de trabajo concurren cuatro elementos de validez a saber:

- 1.- Capacidad,
- 2.- Ausencia de vicios del consentimiento,
- 3.- Licitud en el objeto, y
- 4.- La forma, aunque solo ocasionalmente.

1.- La capacidad, es la calidad con la que cuenta el ser humano por el solo hecho de serlo, se distinguen dos tipos de capacidad, la de goce y la de ejercicio, la primera nace con la calidad de ser humano y es portador de derechos, la segunda nace al adquirir la mayoría de edad pudiendo ser sujeto de derecho y obligaciones.

⁷¹ Buen L., Néstor de, Derecho del trabajo, op. cit. Pág. 45.

⁷² Dávalos, José, op. cit. Pág. 109.

Por lo que respecta a la capacidad de goce, el artículo 123 inciso "A" fracción III Constitucional, así como el artículo 5° fracción I y 22 de la Ley Federal del Trabajo, se determina que está prohibida la utilización del trabajo de menores de catorce años, menciona el ultimo artículo citado que los mayores de catorce años y menores de dieciséis que no hubieren terminado su educación obligatoria, tampoco podrán trabajar por cuenta de terceros, "salvo en los casos de excepción que apruebe la autoridad correspondiente en que a su juicio, haya compatibilidad entre los estudios y el trabajo"⁷³.

Desde la reforma de 1980 se trato de proteger aún más a los menores, al establecer que los menores trabajadores tienen capacidad para comparecer a juicio sin necesidad de autorización alguna, para el caso de no estar asesorados en juicio, la Junta solicitará la intervención de la Procuraduría de la Defensa del Trabajo para tal efecto.

La capacidad de ejercicio laboral, se alcanza a los dieciséis años, lo que significa que podrán por si mismos celebrar un contrato individual de trabajo, y para el caso contrario solo podrán iniciar una relación laboral antes de la mencionada edad por conducto de sus padres o tutores y a falta de ellos, del sindicato a que pertenezcan, de la Junta de Conciliación y Arbitraje, del inspector del trabajo o de la autoridad política, quienes de acuerdo con el artículo 23, deben de suplir su incapacidad.

2.- La ausencia de vicios del consentimiento, es contemplada por la Ley Federal del Trabajo en el artículo 47 fracción I, marcando un supuesto donde se vicia el consentimiento, fijando así las posibilidad del patrón de rescindir la relación laboral sin incurrir en responsabilidad esto es cuando ha sido engañado con respecto a la capacidad, aptitudes o facultades del trabajador, ya sea por éste, o por el sindicato que lo propone; sancionando la ley tal supuesto con la rescisión y no con la nulidad del contrato de trabajo.

⁷³ Buen L., Néstor de, op. cit. Pág. 46.

3.- Licitud en el objeto, significa que la relación laboral debe de regirse conforme a lo preescrito por la ley, esto es la constitución en su artículo 123, la Ley Federal del Trabajo y las demás disposiciones laborales, es ilícito el acuerdo que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres; cuando el objeto del contrato laboral o de la relación laboral se oponga a lo prescrito por la norma general obligatoria, dicho acto no surtirá efecto alguno, pues la oposición a la ley es un hecho ilícito que no puede producir efectos legales, produciendo la nulidad absoluta de tal acto; la Ley Laboral regula algunas de las principales causas de ilicitud en la relación laboral, artículo 5° de la Ley Federal del Trabajo y que a la letra dice:

Las disposiciones de esta Ley son de orden público por lo que no producirá efecto legal, ni impedirá el goce y el ejercicio de los derechos, sea escrita o verbal, la estipulación que establezca:

- I. Trabajos para niños menores de catorce años;
- II. Una jornada mayor que la permitida por esta Ley;
- III. Una jornada inhumana por lo notoriamente excesiva, dada la índole del trabajo, a juicio de la Junta de Conciliación y Arbitraje;
- IV. Horas extraordinarias de trabajo para los menores de dieciséis años
- V. Un salario inferior al mínimo;
- VI. Un salario que no sea remunerador, a juicio de la Junta de Conciliación y Arbitraje;
- VII. Un plazo mayor de una semana para el pago de los salarios a los obreros;
- VIII. Un lugar de recreo, fonda, cantina, café, taberna o tienda, para efectuar el pago de los salarios, siempre que no se trate de trabajadores de esos establecimientos;
- IX. La obligación directa o indirecta para obtener artículos de consumo en tienda o lugar determinado;
- X. La facultad del patrón de retener el salario por concepto de multa;
- XI. Un salario menor que el que se pague a otro trabajador en la misma empresa o establecimiento por trabajo de igual eficiencia, en la misma clase de trabajo o igual jornada, por consideración de edad, sexo o nacionalidad;

XII. Trabajo nocturno industrial o el trabajo después de las veintidós horas, para menores de dieciséis años; y

XIII. Renuncia por parte del trabajador de cualquiera de los derechos o prerrogativas consignados en las normas de trabajo.

En todos estos casos se entenderá que rigen la Ley o las normas supletorias en lugar de las cláusulas nulas.

4.- La formalidad, se debe de entender por la forma en un negocio jurídico, la manera en que éste se realiza, verbalmente, por escrito, por mímica (signos inequívocos) o bien por comportamiento o conducta (tácitamente); respecto del contrato individual de trabajo el legislador estableció en el artículo 24 de la Ley Laboral que debe de otorgarse por escrito y en dos ejemplares para cada parte, exigiendo el artículo 25 contener como mínimo en el escrito que consten las condiciones de trabajo.

“El requisito de formalidad no sólo se manifiesta respecto del negocio jurídico que origina la relación laboral, sino también opera en vida de éste, en ciertas circunstancias”⁷⁴. Así el patrón deberá de entregar anualmente a sus trabajadores una constancia que contenga su antigüedad y de acuerdo con ella el período de vacaciones que les corresponda y la fecha en que deberán disfrutarlo, la falta de formalidad no priva al trabajador de los derechos, que deriven de las normas de trabajo y de los servicios prestados, pues se imputará al patrón la omisión acorde a lo estipulado por el artículo 26 de la Ley Laboral.

Una circunstancia común en nuestro país por parte de la clase obrera, lo es el confundir la existencia del contrato, con la formalidad del otorgamiento por escrito, debido a que “muchos trabajadores afirman que no han celebrado contrato a pesar de que con toda claridad convinieron con el patrón sobre las condiciones en que prestarían su trabajo, solo por el hecho de que no lo hicieron de manera formal”⁷⁵, circunstancia que es errónea por la simple razón de que la falta de tal formalidad solo es imputable al patrón, por lo que tal exigencia para el nacimiento de los derechos laborales es relativa.

2.2.4 TERMINACIÓN DEL CONTRATO INDIVIDUAL DEL TRABAJO

⁷⁴ Buen L., Néstor de, op. cit. Pág. 48.

⁷⁵ Buen L., Néstor de, op. cit. Pág. 45.

En un contrato individual de trabajo la terminación de la relación laboral es la disolución por mutuo consentimiento o como consecuencia de la interferencia de un hecho, independiente de la voluntad de los trabajadores o de los patrones, que hace imposible su continuación.

José Dávalos al hablar de disolución de relación de trabajo se remonta a lo estipulado por la Ley de 1931 dividiendo “las causas justificadas de disolución de las relaciones individuales de trabajo en causas de rescisión y causas de terminación”⁷⁶, denominaciones que no son apropiadas, pero la doctrina y la jurisprudencia las convirtieron en principio técnico de clasificación de las causas disolventes de las relaciones de trabajo.

Por su parte Néstor de Buen refiere que “Se confunden los términos y a veces se contraponen algunos que en realidad podrían ser agrupados dentro de un concepto genérico cual sería el de terminación del contrato de trabajo. Se utilizan como opuestos los de extinción, rescisión, disolución, revocación, despido. Mas aún, se intenta contraponer los términos de extinción y terminación del contrato de trabajo y se consideran como independientes, en sus caracteres, los que corresponden a resolución, rescisión o ruptura del contrato laboral”⁷⁷.

Néstor de Buen plantea el problema etimológico de la terminación de la relación laboral y no del contrato de trabajo por ello explica “que las consecuencias jurídicas se operan cuando la situación de hecho, es decir, la colaboración real existente entre el patrono y el trabajador, cesa definitivamente. El contrato puede terminar pero si es remplazado inmediatamente por uno nuevo entre partes, quedan latentes las consecuencias de la terminación; estas se operan cuando la relación se extingue”⁷⁸.

⁷⁶ Dávalos, José, op. cit. Pág. 169.

⁷⁷ Buen L., Néstor de, op. cit. Pág. 134.

⁷⁸ Buen L., Néstor de, Idem, Pág. 134.

Ahora bien nuestra Ley Federal del Trabajo de manera enunciativa fija las causas individuales de terminación de la relación laboral, establecidas en el artículo 53 y son las siguientes:

I. El mutuo consentimiento de las partes;

II. La muerte del trabajador;

III. La terminación de la obra o vencimiento del término o inversión del capital, de conformidad con los artículos 36, 37 y 38;

IV. La incapacidad física o mental o inhabilidad manifiesta del trabajador, que haga imposible la prestación del trabajo; y

V. Los casos a que se refiere el artículo 434.

I. El mutuo consentimiento de las partes, es una causa de terminación que implica la renuncia del trabajador a su trabajo y la conformidad por parte del patrón. Aun que es de mencionarse que en muchas ocasiones las renunciaciones invocadas en base a esta fracción son en realidad despidos injustificados, se presiona de diversas maneras al trabajador para que renuncie y generalmente se otorgan tales renunciaciones por escrito, a cambio, tan sólo de una gratificación, muy por debajo de las indemnizaciones dispuestas por la Ley, con una imposibilidad relativa y no absoluta de impugnarlas ya que por estar firmadas por el trabajador se supone que fueron hechas conforme a derecho; al respecto la Suprema Corte de Justicia ha establecido el criterio de que corresponde al trabajador la carga de la prueba en el caso de que afirme que fue obligado a renunciar.

Al respecto Néstor de Buen y José Dávalos coinciden con la postura del Doctor Mario de la Cueva al señalar que: “la Comisión comprendió que no era posible la supresión de la causal, si se autoriza al trabajador para separarse del trabajo en cualquier tiempo, no se encontraron argumentos para prohibirle que conviniera con el patrono la terminación y obtuviera algunos beneficios. No ignoró la Comisión que en la vida real se obliga a los trabajadores a que firmen un documento en el que se habla de una terminación por mutuo consentimiento,

pero es igualmente real que suscriben otros en los que declaran que se separaron del trabajo por decisión libre”⁷⁹.

II. La muerte del trabajador, es una causa natural de terminación de la relación laboral, “siendo personalísima la prestación del servicio, es obvio que la muerte del trabajador trae consigo la extinción de la relación de trabajo”⁸⁰; “una de las características del servicio es que es personal, y al no existir el trabajador, que es quien presta el servicio, no puede existir, tampoco, la relación laboral, la cual se da por terminada”⁸¹.

Cuando se presenta la terminación por muerte del trabajador, el patrón está obligado, a cubrir las indemnizaciones correspondientes a los beneficiarios que determina la ley en el artículo 50, el patrón debe de pagar a quien corresponda y de acuerdo con lo que establece el artículo 501 de la Ley Federal del Trabajo, es conveniente que se realice ante la Junta de Conciliación y Arbitraje para que ésta determine cuál beneficiario tiene más derecho.

III. Terminación de la obra o vencimiento del término o inversión de capital, de conformidad con los artículos 36, 37 y 38 de la Ley Federal del Trabajo, de cuya interpretación armónica de lo preceptos citados se observa que se trata de situaciones que derivan de la celebración de contratos por tiempo o por obra determinada o para la explotación de minas que carezcan de minerales costeables o para la restauración de minas abandonadas o paralizadas; por lo que respecta al primero el contrato por tiempo determinado se está en presencia de una modalidad: plazo o condición, del acto jurídico, en tanto que en la obra determinada y en la hipótesis del artículo 38 se advierte la existencia de un objeto temporal, que al extinguirse produce la cesación de la relación, “es obvio que al no existir la materia de la relación laboral, al concluir el plazo determinado en el contrato o al agotarse el capital invertido, la relación laboral se extinga, es decir, se de por terminada”⁸².

⁷⁹ Dávalos, José, op. cit. Págs. 170 y 171, y Buen L., Néstor de, op. cit. Pág. 138.

⁸⁰ Buen L., Néstor de, op. cit. Pág. 138.

⁸¹ Dávalos, José, op. cit. Pág. 171.

⁸² Dávalos, José, op. cit. Pág. 172.

IV. La incapacidad física o mental o inhabilidad manifiesta del trabajador que haga imposible la prestación del trabajo; se presenta cuando un trabajador carece de capacidad física o mental para prestar su servicio, y debido a que dicho servicio es personal la relación se tendrá que dar por terminada, debido a que el trabajador en este supuesto le es imposible desempeñar su trabajo por estar afectada su integridad física y/o mental.

Se presentan dos hipótesis, en la primera “el contrato de trabajo termina cuando el estado de salud del trabajador le haga imposible continuar desempeñando su trabajo. De acuerdo con la segunda será motivo de terminación el hecho de que el trabajador deje de ser apto para realizar la tarea que tiene encomendada”⁸³.

En el caso de incapacidad, si ésta deriva de un riesgo profesional, el trabajador podrá exigir de acuerdo a la Ley Federal del Trabajo a que se le proporcione un trabajo compatible con sus aptitudes, independientemente de cualquier otra prestación a que tenga derecho o bien, a su elección, que se le indemnice con el importe de un mes de salario y doce días por cada año de servicios, a título de prima de antigüedad.

La inhabilidad manifiesta del trabajador constituye una causal de terminación de características muy especiales, en realidad responde a la idea de que el trabajador debe de ejecutar el trabajo con la intensidad, cuidado y esmero apropiados, lo que tiene fundamento en la fracción IV del artículo 134 de la Ley Federal del Trabajo. Se entiende que si no cumple y de manera intencional incurre en la falta de probidad, estipulada en el artículo 47 fracción II, dando pie a que se rescinda la relación de trabajo, pero si no lo hace porque ya no es hábil, el patrón podrá dar por terminado y sin responsabilidad alguna el contrato de trabajo.

Esta causal de terminación evidentemente atribuye al patrón la carga de probar la inhabilidad, ejemplo de ello es que en algunas especialidades como en

⁸³ Buen L., Néstor de, op. cit. Pág. 139.

el trabajo de las tripulaciones aeronáuticas, se exige que los trabajadores que hayan dejado de laborar por un tiempo determinado, en el caso, veintiún días o más, se sometan a pruebas de adiestramiento correspondientes a su categoría y de no pasar los exámenes se puede llegar a la terminación del contrato de trabajo.

La jubilación es una conquista de los trabajadores a través de la contratación colectiva; no esta contemplada en la ley, y por lo mismo las bases para fijarla deben de buscarse en las cláusulas de los contratos colectivos de trabajo, por ello se debe de entender como el derecho al retiro remunerado que tienen los trabajadores, se hace énfasis en que su reconocimiento se encuentra en la contratación colectiva y especialmente en empresas de sólida condición económica. Suele funcionar como complemento de las prestaciones derivadas de la seguridad social, de tal manera que los trabajadores que obtengan las pensiones de cesantía en edad avanzada o por vejez integren su ingreso con una prestación adicional a cargo de la empresa o a cargo, eventualmente, de un plan de pensiones de aportación mixta.

El doctor Néstor de Buen al hablar de la jubilación, manifiesta que debe de ser entendida “como el derecho al retiro remunerado que tienen los trabajadores, cuando habiendo cumplido un periodo de servicios alcanzan una determinada edad”⁸⁴; por lo que la jubilación la entiende como un derecho que forma parte del patrimonio del trabajador.

El derecho a la jubilación no corresponde sólo al trabajador, también puede ejercerlo el patrón, esto es, cuando un trabajador conforme al contrato colectivo de trabajo llegue a la edad de la jubilación, el patrón podrá jubilarlo sin que exista alguna obligación por parte del propio patrón para que mantenga vigente la relación laboral.

Por lo que respecta a la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha emitido criterio en el sentido de señalar que la jubilación es motivo de

⁸⁴ Buen L., Néstor de, op. cit. Pág. 140.

terminación de la relación laboral. Considerando que es factible, que se produzca la liquidación de un trabajador en virtud de un convenio, sin embargo, si la separación ocurre cuando el trabajador ya había generado derecho a la jubilación, la circunstancia de que se haya dado por terminada la relación laboral no debe excluir su derecho a las prestaciones de jubilación.

V. Los casos a que se refiere el artículo 434, se trata de la terminación de la relación individual laboral, derivada de situaciones colectivas y se dan como consecuencia del cierre de las empresas o establecimientos o de la reducción definitiva de su trabajo, el artículo prevé los supuestos de:

I. La fuerza mayor o el caso fortuito no imputable al patrón, o su incapacidad física o mental o su muerte, que produzca como consecuencia necesaria, inmediata y directa, la terminación de los trabajos;

II. La incosteabilidad notoria y manifiesta de la explotación;

III. El agotamiento de la materia objeto de una industria extractiva;

IV. Los casos del artículo 38; y

V. El concurso o la quiebra legalmente declarado, si la autoridad competente o los acreedores resuelven el cierre definitivo de la empresa o la reducción definitiva de sus trabajos.

La diferencia fundamental entre las causas individuales, propiamente dichas y las colectivas, radica en que las primeras encuentran su causa en la incapacidad física o mental del trabajador, no generan ninguna responsabilidad económica, en tanto que en las colectivas siempre queda a cargo del patrón el pago de una indemnización de tres meses de salario, además de la prima de antigüedad a que se refiere el artículo 162(doce días por año) de la Ley Federal del Trabajo, para el caso que contempla el artículo 436 de la misma Ley, cuando se trate de la implantación de maquinaria o de procedimientos de trabajo nuevos, que traiga como consecuencia la reducción de personal, aumenta la indemnización a cuatro meses de salario, más veinte días por cada año de

servicios prestados o la cantidad estipulada en los contratos de trabajo si fuese mayor y a la prima de antigüedad a que se refiere el mencionado artículo 162.

I. En el supuesto de fuerza mayor o caso fortuito, aclarando que la fuerza mayor implica la idea de un accidente que debe su origen a la naturaleza, en cambio, el caso fortuito expresa la idea de un hecho debido al hombre, aunque los dos hechos son imprevisibles para el patrón y por lo mismo, no le son imputables en los casos en que tenga verificativo, para que el patrón pueda dar por terminada la relación de trabajo aduciendo esta causal es indispensable que dé aviso de la terminación a la Junta de Conciliación y Arbitraje para que ésta una vez llevado el procedimiento consignado en los artículos 892 y siguientes de la Ley Laboral, la apruebe o desaprobe, lo que encuentra fundamento en la fracción I del artículo 435 de la Ley Federal del Trabajo.

II. Cuando se presenta el supuesto de incosteabilidad notoria y manifiesta de la explotación, el patrón deberá, antes de dar por terminada las relaciones de trabajo, obtener la autorización de la Junta de Conciliación y Arbitraje, de conformidad con las disposiciones para conflictos colectivos de naturaleza económica.

III. En este supuesto se requiere, para que el patrón pueda dar por terminada las relaciones de trabajo, obtener previamente la autorización de la Junta de Conciliación y Arbitraje, de conformidad con las disposiciones contenidas en los artículos 892 y siguientes de la Ley Laboral.

IV. Para el supuesto que marca el artículo 38 de la Ley Laboral referido a las relaciones de trabajo para la explotación de minas que carezcan de minerales costeables y para la restauración de minas abandonadas o paralizadas. En estos casos las relaciones de trabajo pueden ser por tiempo u obra determinada o para la inversión de capital determinado.

V. En este último supuesto posterior a la declaración legal de concurso o quiebra se tiene que dar aviso de la terminación a la Junta de Conciliación y Arbitraje, para que ésta, previo el procedimiento consignado en los artículos 892 y siguientes de la Ley Federal del Trabajo, la apruebe o desaprobe.

CAPITULO TERCERO

3. DISTINCIÓN ENTRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES Y EL CONTRATO DE TRABAJO.

En el presente capítulo se realizará un análisis comparativo entre el contrato de prestación servicios profesionales y el contrato de trabajo, a partir de sus principales características, se analizarán sus elementos personales, de existencia y de validez que concurren en su composición, concluyendo este capítulo con una comparación del contrato de prestación de servicios profesionales con el contrato de trabajo (expuesto en el capítulo pasado), así como con sus diversas modalidades de duración, con la finalidad de hacer la distinción entre la naturaleza de un contrato civil y un contrato laboral, logrando identificar en que acto jurídico es aplicable la ley laboral o el Código Civil.

3.1 CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES.

El contrato en nuestro Derecho Positivo Mexicano se distingue del convenio, ya que considera al segundo como el género y al primero como la especie; para el Licenciado Sánchez Medal, “contrato es el acuerdo de dos o más personas para crear o transferir derechos y obligaciones.”⁸⁵; el contrato es una fuente creadora de las obligaciones, su regulación sirve de modelo de los principios generales aplicables a todos los actos jurídicos regulados o no por el Código Civil.

El contrato de prestación de servicios profesionales se encuentra regulado en el Código Civil para el Distrito Federal en los artículos 2606 al 2615, así como la Ley Reglamentaria del Artículo 5° constitucional para el Distrito Federal, también conocida como Ley de Profesiones, misma que en su artículo 24 define a la profesión de la siguiente manera: “...la realización habitual a título oneroso o gratuito de todo acto o de la prestación de cualquier servicio propio de cada profesión, aunque sólo se trate de simple consulta o la ostentación del carácter

⁸⁵ Sánchez Medal, Ramón, De los contratos civiles, 5ª Edición, Edit. Porrúa, S.A., México 1980.

del profesional por medio de tarjetas, anuncios, placas, insignias o de cualquier otro modo. No se reputará ejercicio profesional cualquier acto realizado en los casos graves con propósito de auxilio inmediato”.

3.1.1 ANTECEDENTES.

Comenzamos explicando que nuestro Derecho Civil tiene gran influencia del Derecho Francés y Romano, por ello se justifica que en las primeras regulaciones de nuestro Derecho Civil remitido a instituciones del Código Napoleónico influenciado a su vez por el Derecho Romano consideraran a la prestación de servicios profesionales como una especie del contrato de arrendamiento; el Código Civil mexicano de 1870, se considero que era degradante equiparar la actividad del hombre, aún la de carácter material, a los servicios que podían prestar los animales y aún las cosas inanimadas. En vista de ello, estimó dicho ordenamiento que la prestación de servicios en general no debía de considerarse como un arrendamiento de servicios, sino que tenía más semejanza con el mandato, pues aún que en éste la actividad era de un rango moral superior, de todas maneras en uno y en otro contrato se trataba de la actividad humana como objeto de contrato y ambos tenían el carácter de *intuitu personae* por lo que hace al mandatario y al que presta los servicios; asimismo reglamentó la prestación de servicios en general no enseguida del arrendamiento de bienes, sino inmediatamente después del mandato pero no dedicó disposiciones en particular a la prestación de servicios profesionales.

El Código Civil de 1884, dentro de las innovaciones que introdujo, consagro por una parte, una reglamentación especial al contrato de prestación de servicios Profesionales (artículos 2406 a 2415); pero por otra parte ya no sólo lo asemejó al mandato, sino que lo consideró como una especie de él, estableciendo que las disposiciones relativas al mandato serían normas supletorias del Contrato de Prestación de Servicios Profesionales (artículo 2406); estableciendo que “los contratos que tenían por objeto la ejecución de hechos

podían dividirse en dos clases: la prestación de servicios profesionales tenía por objeto servicios que a demás de profesionales, debían de ser científicos”...⁸⁶.

Además distinguió el contrato de prestación de servicios profesionales, como un contrato diferente del mandato, dotando a uno y otro de una especial reglamentación propia, dado que en el mandato el objeto son siempre actos jurídicos y el mandatario actúa en nombre o por lo menos por cuenta del mandante, en tanto que el profesionista realiza ordinariamente actos materiales y no actúa en nombre o por cuenta del cliente, sino simplemente ejerce su profesión, como ocurre con el médico que diagnostica a un paciente.

3.1.2 DEFINICIÓN.

Para tener una definición clara y precisa expondremos en primer término la opinión de diversos juriconsultos que opinan al respecto, con el claro objetivo de tener una definición más completa, comenzamos con:

El profesor Bernardo Pérez quien define al contrato de servicios profesionales como: “un contrato por el cual una persona llamada profesor se obliga a prestar sus servicios profesionales, técnicos, científicos o artísticos en beneficio de otra llamada cliente, quien a su vez se obliga a pagar los honorarios convenidos”⁸⁷.

Al respecto Sánchez Medal expresa que los servicios que debe prestar el profesionista “requieren una preparación técnica y a veces título profesional”⁸⁸; Lozano Noriega y Zamora Valencia coinciden con este concepto y señalan como requisito la posesión de un título para su desempeño; Zamora y Valencia al igual que los anteriores señala que el servicio debe de ser sólo técnico pues lo define como, “un contrato por virtud del cual una persona llamada profesional o

⁸⁶ Rico y Garza, Álvarez Fausto, De los contratos civiles, Edit. Porrúa, México 2008, Pág. 278.

⁸⁷ Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, Contratos civiles, 12ª Ed. corregida y aumentada, Edit. Porrúa, México 2008, Pág. 195.

⁸⁸ Sánchez Medal, Ramón, op. cit. Pág. 278.

profesor se obliga a prestar un servicio técnico a favor de otra llamada cliente, a cambio de una retribución llamada honorario”⁸⁹.

Para Rico y Garza el contrato de prestación de servicios profesionales es: “por el cual una parte con conocimientos especiales llamada profesor o profesionista, se obliga a ejecutar ciertos hechos relacionados con sus conocimientos a favor de otra llamada cliente, a cambio de una retribución”⁹⁰. El Catedrático Rafael de Pina dice que “tiene por objeto la actividad de quienes ejercen las profesiones tradicionalmente denominadas liberales, es decir, médicos, los abogados, los ingenieros”⁹¹.

3.1.3 NATURALEZA JURÍDICA.

El contrato de Prestación de Servicios Profesionales es una fuente creadora de obligaciones para las partes que intervienen en él, su regulación es una figura jurídica de creación voluntaria de derechos y obligaciones, de esta forma siempre que se den sus elementos, se producirán los efectos del contrato de prestación de servicios profesionales.

El profesionista presta un servicio mediante actos técnicos ya sean materiales o intelectuales, actuando en nombre propio y obrando por su cuenta en el ejercicio de una actividad profesional. Algunos tratadistas manifiestan que puede ser gratuito, algunos otros consideran lo contrario, “la prestación realizada por un profesionista no puede ser por menos de ser retribuida, si ha de tener carácter contractual, pues mediando la gratuidad no podrá ser más que un servicio de beneficencia o un servicio amistoso”⁹².

No se debe de confundir este contrato de prestación de servicios profesionales con el contrato de mandato, ya que en aquél los actos que realiza o los servicios que presta el profesionista no son necesariamente actos jurídicos.

⁸⁹ Zamora y Valencia, Miguel Ángel, Contratos civiles, 5ª ed., Edit. Porrúa, México 1994, Pág. 255.

⁹⁰ Rico y Garza, Álvarez Fausto, op. cit. Pág. 278.

⁹¹ Pina Vara, Rafael de, Elementos de Derecho Civil Mexicano (contratos en particular), 7ª Ed., Volumen cuarto, Edit. Porrúa, México 1992, P. 162.

⁹² Pina Vara, Rafael de, Idem. Pág. 162.

Ni los médicos, ni aun los abogados y los notarios, son por fuerza mandatarios de sus clientes, pues no realizan siempre por cuenta de éstos actos jurídicos, ni obran por cuenta de ellos, sino simplemente ejercen su profesión y obran en nombre propio, aunque su trabajo beneficie a otra persona. La coexistencia en ocasiones de estos dos contratos con respecto a la misma persona no autoriza a confundirlos.

3.1.4 CLASIFICACIÓN.

Es un contrato bilateral, con libertad de formalismos, principal, oneroso y conmutativo. Se trata de un contrato consensual, por oposición al formal. Debe considerarse un contrato *intuitu personae* por que el profesionista es elegido por sus cualidades personales y no puede delegar su cargo; por lo que es un contrato que puede terminar entre otras formas con la muerte del profesionista.

Es bilateral ya que ambas partes se obligan en el contrato, una a prestar un servicio de tipo profesional, artístico, científico o técnico; la otra a remunerar mediante el pago, y reembolsar los gastos erogados por el profesional con motivo del servicio prestado. La prestación del servicio de los profesionistas debe de ser eficaz; existen los tratados de ética y deontología, los cuales indican sus deberes y obligaciones en el desempeño de su profesión, mismos que pueden exigirse en el contrato de prestación de servicios profesionales que otorgan.

Es oneroso debido a que hay provechos y gravámenes recíprocos, para el cliente, es el resultado de la prestación del servicio personal; para el profesionista constituye el pago de los honorarios por el servicio prestado.

Se considera que es un contrato libre de formalismos, ya que para su validez la ley no exige que el consentimiento conste en forma escrita o escritura pública, pudiéndose contratar verbalmente.

Es principal por que es un contrato cuya validez y existencia no depende de otro, debido a que tiene un objeto que es la prestación de un servicio, por

parte de un profesor con conocimientos técnicos requeridos en el arte o profesión, quien debe de gozar de la certificación o licencia que acredite la calidad de profesionalista en el área técnica, además cuenta con fines propios, como es el resultado del servicio prestado por el profesionalista y perito en la materia; *Intuitu personae*, se realiza normalmente tomando en cuenta las cualidades inherentes de la persona: seriedad, responsabilidad, alto sentido técnico, las cuales normalmente constituyen el motivo determinante de la voluntad para la celebración del contrato.

Tracto sucesivo por que por regla general las obligaciones se van cumpliendo a través del tiempo, excepcionalmente es de ejecución instantánea; “no agota la finalidad que persiguen las partes con una simple celebración, sino que es un medio para obtener los resultados que en definitiva pretenden las partes y las obligaciones que generan para el profesor deben de cumplirse necesariamente con posterioridad (lapso mas o menos largo) a la celebración del contrato; por lo que, entre el nacimiento de la obligación y su cumplimiento, forzosamente debe de transcurrir un tiempo y no es posible el cumplimiento inmediato”⁹³.

3.1.5 ELEMENTOS PERSONALES.

Son dos a saber, el profesor y el cliente, el primero es una persona física que desempeña un servicio personal de acuerdo a los conocimientos técnicos propios de una profesión, arte u oficio mientras que el segundo elemento puede ser una persona física o moral, que requiere de los servicios del profesor en cierta área técnica, con conocimientos propios de una profesión, sin olvidar que el profesionalista tiene que estar certificado en el arte oficio o profesión que desempeña.

⁹³ Zamora y Valencia, Miguel Ángel, op. cit. Pág. 257.

3.1.5.1 PROFESOR.

El profesionista o profesor, es el que presta el servicio personal al segundo que es el cliente, y debe de tener una calidad especial consistente en poseer determinados conocimientos técnicos, quien debe de contar con la licencia que acredite debidamente estar facultado para ejercer dicha profesión, comprobable a través de las autoridades que le expidieron el título profesional, el profesionista no siempre requiere la capacidad general cuando se trata de menores, sino que basta que se trate de servicios propios de la profesión o arte que sea perito el que presta el servicio de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 639 del Código Civil; pero aún cuando se trata de profesiones que requieren título para su ejercicio y que se especifican en los artículos 2° y 2° transitorio de la Ley Reglamentaria del artículo 5° Constitucional, relativo al ejercicio de las profesiones, en el Distrito Federal, se exige que el profesionista tenga dicho título acorde a lo dispuesto por el artículo 2608 del Código Civil vigente.

Por lo tanto les es requerido a las autoridades judiciales, a las que conozcan de asuntos contencioso-administrativo rechazar cualquier intervención de personas que no tengan título registrado de abogado y, por otra parte, el mandato especial para juicios o asuntos contencioso – administrativo determinados, sólo puede ser conferido a quien acredite poseer título de abogado conforme lo dispuesto por el artículo 26 de la ley de profesiones; además se requiere que el registro del mismo y la expedición de la patente o cédula sea conforme a lo dispuesto por el artículo 25 fracciones II y III de la misma ley, por la Dirección General de Profesiones, ya que su falta acarrea una sanción administrativa contemplada en el artículo 65 del mismo ordenamiento; una sanción civil, la pérdida de honorarios, acorde a lo que dispone el artículo 68 de la Ley de Profesiones así como 2608 del Código Civil en vigor para el Distrito Federal; de igual manera sanciones penales como el delito de usurpación de profesiones regulada en el artículo 323 del Código Penal para el Distrito Federal.

Las obligaciones del profesor son: en primer término prestar el servicio convenido, poniendo sus conocimientos científicos y técnicos al servicio del

cliente en el desempeño del trabajo, en casos urgentes, los servicios deben de prestarse a cualquier hora y en el sitio en que sean requeridos.

Tal y como lo establece el artículo 2615 del Código Civil para el Distrito Federal la negligencia, la impericia o el dolo del profesionista lo hacen incurrir en responsabilidad hacia el cliente, sin perjuicio de las penas que merezca en caso de delito: esta responsabilidad consiste en perder el derecho al cobro de honorarios y obligarle al pago de daños y perjuicios, cuando una sentencia o laudo arbitral declaren que el profesionista incumplió con dicha disposición. “La prestación de los servicios pactados debe ejecutarse con una calidad proporcional a los conocimientos especiales por los que fue contratado el profesor”⁹⁴.

El profesionista esta obligado a prestar el servicio en la forma, en el tiempo y en el lugar convenidos, o en la forma, tiempo, lugar en que se requieran técnicamente conforme a la naturaleza del negocio, utilizando todos sus conocimientos en el desempeño de su actividad y es responsable, por lo tanto, de su negligencia, impericia o dolo.

Al profesor se le exige tener título, cuando vaya a desempeñar las funciones propias de un profesionista, de acuerdo a lo establecido en la ley de profesiones. La carencia de título y cédula trae como consecuencia que no pueda cobrar honorarios. Si alguna persona se ha ostentado como profesionista sin serlo, incurriría en el delito de usurpación de profesiones tipificado en el artículo 323 del Código Penal del Distrito Federal.

En segundo término se le exige desempeñar el trabajo personalmente, al ser la prestación de servicios profesionales un contrato *intuitu personae*, se celebra tomando en cuenta las cualidades profesionales, técnicas, científicas o artísticas del profesor, quien esta obligado a realizarlo personalmente y, en caso de abandonarlo, pagar los daños y perjuicios.

⁹⁴ Rico y Garza, Álvarez Fausto, op. cit. Pág. 281.

Como tercer obligación, guardar secreto sobre los asuntos que sus clientes le confíen, salvo los informes que deba de proporcionar conforme a las leyes respectivas. Como lo establece el Código Civil en vigor para el Distrito Federal en su artículo 2590: el procurador o abogado que revele a la parte contraria los secretos de su poderdante o cliente, o le suministre documentos o datos que lo perjudiquen, será responsable de todos los daños y perjuicios, quedando, además, sujeto a lo que para estos casos dispone el Código Penal del Distrito Federal en su artículo 213 relativo a la revelación de secretos. Y como lo dice Bernardo Pérez en su obra contratos civiles, “En la relación cliente-profesor, existe del primero, la necesidad de revelar confidencias para la adecuada prestación del servicio y la certeza de que éstos serán guardados con discreción por el segundo”⁹⁵.

Esta obligación es respetada por las autoridades judiciales, ya que los profesionistas no pueden ser obligados a declarar como testigos sobre asuntos protegidos por el secreto profesional regulado en el artículo 288 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, sin confundir el caso de juicios mercantiles donde se permite articular posiciones al abogado y al procurador sobre hechos personales y que tengan relación con el asunto.

Una cuarta obligación es erogar las expensas o gastos que sean necesarios para el desempeño del servicio profesional. Sin perjuicio que por un pacto expreso en contrario quede obligado el cliente a anticipar dichas expensas o gastos. “Por regla general es que el profesor no está obligado a realizar los gastos necesarios para la prestación de los servicios concertados. Únicamente asumirá dicha obligación cuando así se hubiere pactado”⁹⁶, cuando el profesionista hace estas erogaciones tendrá derecho a que se les reembolsen por el cliente, con el rédito legal desde el día en que se hicieron hasta que se le reembolsen, sin perjuicio de la responsabilidad por daños y perjuicios cuando hubiere lugar a ella, a menos que se hubiere pactado que tales expensas o gastos quedaran incluidos en el monto de los honorarios.

⁹⁵ Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, op. cit. Pág. 205.

⁹⁶ Rico y Garza, Álvarez Fausto, op. cit. Pág.283.

El pago de los honorarios y de las expensas, cuando las haya, se harán en el lugar de la residencia del que ha prestado los servicios profesionales, inmediatamente que preste cada servicio o al fin de todos, cuando se separe el profesor o haya concluido el negocio o trabajo que se le confió.

Como quinta obligación, dar aviso oportuno al cliente cuando no puede continuar prestando sus servicios, el profesor independientemente de la obligación moral que tiene de realizar personalmente sus servicios, debe prevenir a su cliente, en caso de que no pueda continuar con el servicio para que éste lleve a cabo la oportuna y adecuada sustitución. “El profesor que se obligue a la prestación de los servicios tiene la libertad de continuar o no con el encargo recibido, pero no puede, sin duda, abandonarlo de manera más o menos caprichosa”⁹⁷.

Ahora bien el Código Civil en vigor para el Distrito Federal estipula en su artículo 2589: El procurador o abogado que acepte el mandato de una de las partes, no puede admitir el del contrario, en el mismo juicio, aunque renuncie el primero. En concordancia con el artículo 2614 del mismo ordenamiento que estipula, siempre que un profesor no pueda continuar prestando sus servicios, deberá avisar oportunamente a la persona que lo ocupe, quedando obligado a satisfacer los daños y perjuicios que se causen, cuando no diere este aviso con oportunidad. Además de lo anterior esta obligado a no patrocinar o ayudar a diversos contendientes o a partes con intereses opuestos en un mismo negocio o en negocios conexos, ya que el incumplimiento de esta obligación lo hace incurrir en el delito de **prevaricato** previsto en el Código Penal del Distrito Federal en su artículo 329 fracción II; no debiendo confundir lo anterior con el patrocinio de varias partes que tengan comunidad de intereses y que no sean ellas contrapartes entre sí.

⁹⁷ Pina Vara, Rafael de, op. cit. Pág. 167.

3.1.5.2 CLIENTE.

Es el quien recibe el servicio personal del profesor, siendo además quien lo retribuye, requiere únicamente la capacidad general para contratar conforme a lo dispuesto por el artículo 1798 del Código Civil; por tanto es obligación del cliente pagar los honorarios y gastos que hubiere erogado el profesional, si no quedaron incluidos en el monto de los honorarios.

Son obligaciones del cliente, en primer lugar pagar los honorarios convenidos, pudiendo ser en muy variadas prestaciones, un determinado bien o una cantidad que ha de pagarse única o a base de una iguala periódica; “en un contrato pueden señalarse libremente los honorarios, siempre y cuando no sea obligatoria la aplicación de un arancel”⁹⁸; a falta de convenio sobre el monto de los honorarios, estos deben de tasarse conforme al arancel, si existe en la materia, para el caso de que no exista arancel, se fijarán los honorarios atendiendo a la costumbre del lugar, a la importancia de los servicios y del asunto de que se refiere, a la capacidad económica del cliente y la reputación del profesionista. Es importante señalar que dicha obligación desaparece si el profesionista carece de título o teniéndolo no haya obtenido la cédula profesional o la autorización respectiva de la Dirección de Profesiones siendo los servicios prestados propios de una profesión para cuyo ejercicio la ley exige título.

Ahora bien tal servicio se pagara cuando se preste, independientemente del éxito o buen resultado de éste, pues la obligación principal del profesionista lo es la prestación de sus servicios, que es una obligación de medio o de actividad y no una obligación de resultado, salvo que se haya pactado lo contrario.

Una segunda obligación es rembolsar las expensas o gastos que hubiere erogado el profesionista, con los respectivos intereses legales desde el día en que se desembolsaron, a menos que tales erogaciones hubieran quedado incluidas en los honorarios convenidos con el profesionista. Puede pactarse

⁹⁸ Pérez Fernández del Castillo, op. cit. Pág. 206.

expresamente que estas erogaciones deban anticiparse por el cliente, en cuyo caso el profesionista no está obligado a efectuarlas, sino sólo a solicitar la oportuna provisión de fondos del cliente acorde a lo dispuesto por el artículo 2609 del Código Civil en vigor para el Distrito Federal.

3.1.1 ELEMENTOS DE EXISTENCIA.

Son aquellos elementos que se requieren para la integración del contrato de prestación de servicios profesionales y sin los cuales no se puede concebir su nacimiento, estos son: el objeto y el consentimiento.

3.1.1.1 OBJETO

Para que exista el objeto se requiere reunir dos requisitos, uno de ellos se refiere a que la cosa debe de ser determinada o determinable en cuanto a su especie, el segundo de ellos lo será que la cosa debe de encontrarse dentro del comercio.

Por lo que hace a este elemento la teoría general del contrato contempla que el objeto puede ser directo o indirecto:

Objeto directo del contrato, es crear o transferir derechos y obligaciones, mientras que el Objeto indirecto del contrato, se puede decir que es el centro de las obligaciones engendradas por él, y que consisten en un dar, hacer o no hacer dependiendo de lo expresamente pactado. “el objeto indirecto de este contrato (que es el contenido en las prestaciones de las partes) es doble: Por una parte el servicio profesional y por otra los honorarios”⁹⁹.

En el Contrato de Prestación de Servicios Profesionales “los servicios prestados por el profesor son obligaciones de hacer, que consisten en la realización de hechos física y jurídicamente posibles. Existe imposibilidad física, cuando el hecho a realizar es incompatible con las leyes de la naturaleza,

⁹⁹ Zamora y Valencia, Miguel Ángel, op. cit. Pág. 257.

jurídicamente es imposible cuando el servicio a prestar es irreductible con las normas jurídicas”¹⁰⁰.

El servicio profesional, no se debe de entender únicamente como actos jurídicos, ya que pueden ser también actos materiales o simplemente hechos, pero siempre han de ser propios de una profesión determinada, ya que el profesionalista, según antes se indicó, debe de tener una calidad especial consistente en poseer los conocimientos técnicos o la licencia específica debidamente comprobados a través de las autoridades que le expidieron el título profesional.

Lo relativo a los honorarios estos se pueden fijar con base al arancel y para el caso de no existir se aplicara para determinar el importe de los honorarios: la costumbre del lugar; la calidad de los trabajos prestados; la importancia del asunto en que se presten los servicios; las posibilidades económicas del cliente y, la reputación profesional del profesionalista; en opinión de Rico y Garza “la Ley debió determinar que a falta de arancel, será el órgano jurisdiccional quien fije la cantidad que deba recibir el profesionalista por sus servicios, de manera que pueda utilizarse criterios adicionales a los enunciados”¹⁰¹.

Los honorarios pueden consistir en algún bien o determinado servicio que pague el cliente a cambio de los servicios profesionales, la entrega de una cantidad, la transmisión de propiedad de una cosa o la prestación de servicio, aunque ordinariamente la retribución consiste en una suma de dinero. Para el dado caso de no existir pago, por que las partes convienen en que la prestación de servicios profesionales sea gratuita, se trataría de un contrato innominado similar a la donación y al comodato o a otro que se le asemeje.

¹⁰⁰ Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, op. cit. Pág. 201.

¹⁰¹ Rico y Garza, Álvarez Fausto, op. cit. Pág. 280.

3.1.1.2 CONSENTIMIENTO.

Este se compone por dos emisiones de voluntad sucesivas, de dos declaraciones unilaterales: la oferta o propuesta y la aceptación, la concurrencia de ambas forman el consentimiento, el acuerdo de voluntades nace cuando una oferta vigente es aceptada lisa y llanamente pudiendo ser la exteriorización de dicho consentimiento expresa o tacita; luego entonces determinar el momento en que se logra el acuerdo de voluntades es sumamente trascendental, pues es cuando nace el consentimiento, por ende nace y empieza a producir sus efectos jurídicos pues antes de esta formación no existe obligación alguna.

“Como en todo contrato debe de existir un acuerdo de voluntades y en relación a este contrato el acuerdo debe ser para la realización de ciertos actos de carácter técnico y el pago de una remuneración por parte del cliente que toma el nombre de honorario”¹⁰². Las partes deben de estar de acuerdo respecto del objeto del contrato, por ser el Contrato de Prestación de Servicios Profesionales un “contrato intuitu personae, que se celebra tomando en cuenta las cualidades profesionales, técnicas, científicas o artísticas del profesor, el error en la persona puede provocar la inexistencia, ya que éste es un error obstáculo”¹⁰³.

El consentimiento puede ser expreso o tácito, será expreso cuando la voluntad se manifiesta verbalmente, por escrito, por medios electrónicos, ópticos o por cualquier otra tecnología, o por signos inequívocos, y el tácito resultará de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que por ley o por convenio la voluntad deba manifestarse expresamente.

3.1.7. ELEMENTOS DE VALIDEZ.

El Contrato de Prestación de Servicios Profesionales tiene que reunir, además de los elementos de existencia, los de validez, los cuales son necesarios para producir efectos jurídicos, tales requisitos son: capacidad, la

¹⁰² Zamora y Valencia, Miguel Ángel, Idem. Pág.257.

¹⁰³ Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, Idem. Pág. 201.

voluntad debe de estar exenta de vicios del consentimiento, el objeto del acto y el motivo o fin de su celebración deben de ser lícitos, y revestidos de cierta formalidad en ciertos casos, no siendo aplicable este último requisito al contrato que se analiza.

3.1.7.1 CAPACIDAD.

La capacidad, se entiende que es la aptitud de cada una de las partes para ser titular de derechos y obligaciones así como la facultad para poder ejecutarlos por si mismo, debido a que se requiere que el acto jurídico se perfeccione y tenga validez jurídica. Se divide la capacidad en: Capacidad de goce que es una verdadera vocación para tener derechos, para ser titular de ellos, siendo titular el ser humano por el solo hecho de serlo y, capacidad de ejercicio que se refiere a la aptitud de hacer valer por si mismo sus derechos, en sentido contrario tienen incapacidad los menores de edad, quienes padecen locura, y los interdictos, debido a que podrían ser víctimas de abusos.

La ley establece que son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la ley. Además la incapacidad de una de las partes no puede ser invocada por la otra en provecho propio, salvo que sea indivisible el objeto del derecho o de la obligación común. “La aptitud personal del cliente para la celebración de este contrato debe ser simplemente la general para contratar, pudiendo los incapaces (con la incapacidad de ejercicio) celebrarlo por conducto de sus representantes legales”¹⁰⁴.

En este contrato se requiere la capacidad general para contratar, lo que significa, no estar incluido en los supuestos del artículo 450 del Código Civil Federal que dispone:

Tienen incapacidad natural y legal:

I. Los menores de edad;

¹⁰⁴ Zamora y Valencia, Miguel Ángel, op. cit. Pág. 258.

II. Los mayores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia, aunque tengan intervalos lúcidos; y aquellos que padezcan alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial o por la adicción a sustancias tóxicas como el alcohol, los psicotrópicos o los estupefacientes; siempre que debido a la limitación, o a la alteración en la inteligencia que esto les provoque no puedan gobernarse y obligarse por si mismos o manifestar su voluntad por algún medio.

3.1.7.2. VICIOS DEL CONSENTIMIENTO.

En el Contrato la voluntad debe de exteriorizarse de manera libre y espontánea estando exenta de vicios tales como: el error, cuando la decisión o voluntad que genera el contrato proviene de una creencia equivocada; el dolo, cuando la voluntad es obtenida o mantenida por engaño; la violencia o temor, cuando la voluntad ha sido arrancada con amenaza y la lesión que se origina con la explotación de la suma ignorancia de una de las partes a la otra obteniendo un lucro excesivo.

El error es un concepto falso de la realidad, el error sufrido por el autor de un acto jurídico vicia su voluntad, provocando la nulidad del acto, debiendo aclarar que no todo error produce efectos jurídicos, por lo que se clasifican:

Error indiferente, Este no ejerce influencia alguna sobre el acto; recae sobre circunstancias accidentales o sobre los motivos personales, secretos que no trasciendan en la celebración del acto.

Error nulidad, Este vicia la voluntad produciendo la nulidad relativa del acto jurídico, siendo que este error recae sobre el motivo determinante de la voluntad, por que de haberlo conocido no hubiera realizado el acto jurídico.

Error obstáculo, Este impide la reunión de voluntades, produciendo la inexistencia del contrato por que impide la formación del acuerdo de voluntad entre las partes contratantes y obstaculiza la integración del consentimiento.

Error in corpore, Error en la cosa, produciendo confusión en lo que se quiere contratar.

Error sobre la naturaleza del acto jurídico, Ocurriendo tal, por la confusión en el tipo de contrato que pretende celebrar cada una de las partes.

El dolo en la celebración de un contrato, es la sugestión o artificio que emplea una de las partes para inducir o bien mantener en el al otro contratante.

La mala fe a diferencia del dolo, es una disimulación por parte de uno de los contratantes del error en que se halla el otro, una vez que se halla en conocimiento de éste.

La lesión en nuestra legislación tiene dos aspectos, uno objetivo que se refiere a la desproporción entre la prestación entregada y la contraprestación recibida por una de las partes, el segundo aspecto es de carácter subjetivo que implica el aprovechamiento de ciertas características o circunstancias en que se encuentra la víctima; aspectos que se plasman en nuestro Código Civil Federal en su artículo 17.

3.1.7.3 LICITUD.

Es ilícito el acuerdo que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres; Cuando el objeto del contrato se oponga a lo prescrito por la norma general obligatoria, dicho acto no surtirá efecto alguno, pues la oposición a la ley es un hecho ilícito que no puede producir efectos legales, produciendo la nulidad absoluta de tal acto; también es imposible el hecho que no puede existir porque es incompatible con una ley de la naturaleza o con una norma jurídica que debe regirlo necesariamente y que constituye un obstáculo insuperable para su realización, consecuentemente la licitud en el contrato se da con el cumplimiento de todas las formalidades que la ley exige y que se han descrito en este capítulo.

3.1.7.4 FORMALIDAD.

La forma, depende del contrato en específico de que se trate, puesto que la ley exige en ciertos contratos ritos determinados para que sea un acuerdo jurídicamente válido; se debe entender por la forma de un negocio jurídico la manera en que éste se realiza, verbalmente, por escrito, por mímica (signos inequívocos) o bien por comportamiento o conducta (tácitamente).

Cuando la ley exija determinada forma para un contrato, mientras que éste no revista esa forma no será válido, salvo disposición en contrario; pero si la voluntad de las partes para celebrarlo consta de manera fehaciente, cualquiera de ellas puede exigir que se dé al contrato la forma legal.

En el Contrato de Prestación de Servicios Profesionales, no se requiere de formalidad alguna en su celebración, por lo que es un contrato informal o consensual, situación que se plasma en el Artículo 1832 del Código Civil en vigor para el Distrito Federal, que a la letra dice “En los contratos civiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que para la validez del contrato se requieran formalidades determinadas, fuera de los casos expresamente designados por la ley”.

Al igual que el mandato existe la posibilidad de la aceptación tácita del Contrato de Prestación de Servicios Profesionales por el profesionista que ofrece al público sus servicios, según lo establece el Artículo 2547 del Código Civil en vigor para el Distrito Federal el cual establece “El contrato de mandato se reputa perfecto por la aceptación del mandatario. El mandato que implica el ejercicio de una profesión se presume aceptado cuando es conferido a personas que ofrecen al público el ejercicio de su profesión, por el solo hecho de que no lo rehúsen dentro de los tres días siguientes. La aceptación puede ser expresa o tácita, la aceptación tácita es todo acto en ejecución de un mandato.

3.2 DISTINCIÓN ENTRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES Y EL CONTRATO DE TRABAJO.

Señala Patricia Lemus “que no debe de confundirse el contrato individual de trabajo con el contrato de prestación de servicios profesionales ya que éste último se rige por el Código Civil y es aplicable cuando el profesionista no establece su domicilio dentro del centro de trabajo y además se entiende que cuenta con los medios propios y suficientes para colaborar con la empresa; cuando tiene su oficina, despacho, agencia o cualquier otro domicilio fiscal en que resida, otorgando al patrón asesorías, consultas o cualquier servicio que pacte, extendiendo para el pago de sus servicios, recibos de honorarios o factura”¹⁰⁵.

Con base al desarrollo de los temas planteados, se realiza un análisis comparativo entre el Contrato de Prestación de Servicios Profesionales y el Contrato de Trabajo, partiendo de sus características más representativas y divergentes, comparación que nos servirá para despejar cualquier duda acerca de la naturaleza jurídica entre los dos contratos, que nos ayudará a distinguir cuando es aplicable uno u otro contrato ya sea una relación laboral o civil entre partes. Zamora y Valencia consideran que “si el empresario no se obliga a prestar su trabajo personal en la realización de la obra, ni es propietario de los materiales empleados, ni toma a su riesgo la ejecución de la obra, si no que sólo se obliga a realizar la dirección de la indicada obra, se estará ante un contrato de prestación de servicios profesionales; en caso contrario, ante uno de obra a precio alzado”¹⁰⁶.

1.- El contrato de prestación de servicios profesionales está regulado por el Código Civil y la denominada “Ley de Profesiones”, reglamentaría del artículo 5° Constitucional; el contrato de trabajo está regulado por el artículo 123 de nuestra Constitución Mexicana, así como en la Ley Federal del Trabajo.

¹⁰⁵ Lemus Raya, op. cit. pág. 22.

¹⁰⁶ Zamora y Valencia, Miguel Ángel, op. cit. Pág. 262.

2.- El Contrato de Prestación Servicios Profesionales es un contrato civil típico, el contrato individual de trabajo es de naturaleza laboral; en el civil las cláusulas se estipulan libremente por las partes, una de las cuales, el profesor, no se encuentra sindicalizado ni sujeto a contrato colectivo de trabajo; mientras que en el contrato de trabajo no existe libertad contractual, a demás se presume su existencia cuando hay una relación de dirección y dependencia entre el patrón y su empleado u obrero, el salario, vacaciones, seguro social, y en general todos los derechos y obligaciones se encuentran regulados por la Ley Federal del Trabajo. Don Agustín García López “considera que estamos en presencia de un negocio jurídico, pues la elaboración de un contrato de esta naturaleza se deja en gran parte a la creatividad del redactor y no como en un contrato de trabajo en el que la Ley Federal del trabajo suple y regula la voluntad de las partes”¹⁰⁷.

3.- En la relación contractual de prestación de servicios profesionales no es un requisito indispensable que se preste de manera personal, debido a que no siempre se presta en forma personal, los profesionales se pueden apoyar en aprendices o pasantes que realizan el trabajo sencillo con la supervisión permanente del profesional, o bien se contrata un grupo de profesionales, con lo cual intervendría más de una persona y se despersiona la relación contractual; tal es el caso en la carrera de arquitectura, donde los arquitectos cuentan con dibujantes que llevan a cabo la ejecución, conforme a las indicaciones, del profesor, de los planos, de las perspectivas y de los demás trazos y dibujos con base en un proyecto central, para apoyar al profesional.

La prestación del servicio en el contrato individual de trabajo debe de ser personal, es un requisito necesario para que nazca la relación laboral, existiendo la subordinación que se genera a la par con la relación laboral de la cual se hablara en otro punto de distinción.

4.- En el contrato de prestación de servicios profesionales, el profesionista es la persona que actúa de manera independiente, por tanto no se encuentra

¹⁰⁷ García López, Agustín, Apuntes de contratos, Segunda parte, Publicación mimeográfica, Facultad de Derecho de la UNAM, México, Pág. 347.

bajo de la supervisión del cliente, es también característica del profesor que actúe en base a los conocimientos técnicos que posee sin la necesidad de recurrir a la otra parte de la relación contractual, esto es a recibir ordenes; por tanto es quien toma las decisiones en la encomienda que realiza.

La subordinación se da como elemento característico en una relación laboral, este elemento implica que el patrón se encuentra en todo momento en posibilidad de disponer del esfuerzo físico, mental, o de ambos géneros del trabajador conforme al desempeño del trabajo previamente convenido; el patrón tiene un poder jurídico de mando correlativo a un deber de obediencia por parte del trabajador de manera permanente durante la jornada de trabajo e implica estar bajo la dirección del patrón o de su representante.

Se ha prestado a confusión la subordinación laboral y la libertad de cátedra en el trabajo de la enseñanza; a lo que los tribunales colegiados han vertido su opinión al respecto aclarando que son dos cuestiones distintas. La libertad de cátedra consiste (según el criterio del Séptimo Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Primer Circuito, en el amparo directo 10857/88. Colegio Nacional de Educación Técnica. 14 de Marzo de 1989) en la facultad con que cuentan los profesores para impartir sus clases con los sistemas pedagógicos y el enfoque que se consideren adecuados, circunstancia que de ninguna manera excluye la relación laboral. Los profesores, a pesar de la libertad de cátedra, deberán de sujetarse, en la impartición de su cátedra, a los programas previamente elaborados para el desarrollo del curso, así como a los controles documentales que requiere la institución educativa, lo cual indica la sumisión del trabajador a la dirección, es decir que hay subordinación.

5.- La obligatoriedad y certificación de los conocimientos del profesionista en la profesión contratada; los conocimientos que requiere el trabajador en el contrato de trabajo, en el ejercicio profesional, su principal característica es, precisamente, la realización habitual a título oneroso o gratuito de cualquier acto, o la prestación de cualquier servicio propio de una profesión; debiendo estar certificado por una institución que reconozca los conocimientos que posee el profesionista en el arte, oficio o profesión en que desempeña sus conocimientos,

la SEP (Secretaría de Educación Pública), quien expide la cédula de profesión a través de la Dirección General de Profesiones, al profesionista que acredite tener los conocimientos en una cierta profesión.

En el caso del trabajador, la Ley Laboral establece que se entiende por trabajo toda actividad humana, intelectual o material independientemente del grado de preparación técnica requerido por cada profesión u oficio, cuestión que se robustece al establecer la misma Ley, existe relación de trabajo cuando cualquiera que sea el acto que le dé origen, la prestación de un trabajo personal subordinado a una persona, mediante el pago de un salario, de donde se colige que no requiere una preparación específica para la prestación del trabajo, asimismo se deduce que “no es necesaria la certificación del arte o profesión ha desempeñar”.

6.- en lo referente a los honorarios Manuel Seco manifiesta que “Se entiende por honorarios profesionales la retribución que se da por un trabajo en una profesión liberal”¹⁰⁸. El Código Civil señala que en el Contrato de Prestación de Servicios Profesionales, las partes de común acuerdo determinarán la retribución debida por ellos. Agrega que en caso de no haberse convenido honorarios, éstos se regularán atendiendo a la costumbre del lugar, la importancia de los trabajos prestados, la del asunto o caso en que se prestaren, las facultades pecuniarias del que recibe el servicio y la reputación profesional que tenga adquirida el que lo ha prestado.

Los profesores tienen derecho de exigir sus honorarios, cualquiera que sea el éxito del negocio o trabajo que se les encomiende, salvo convenio en contrario; y para el caso de que varias personas encomienden un negocio, todas ellas serán solidariamente responsables de los honorarios del profesor y de los anticipos que hubieren hecho.

El salario es, según la Ley Federal del Trabajo, el pago que debe de hacer el patrón al trabajador por su trabajo con las prestaciones que genere. No

¹⁰⁸ Seco, Manuel et al., Diccionario abreviado del español actual, España, Aguilar, 2000, Pág. 50.

obstante ser una contraprestación, existe la obligación de pagarlo, sin que corresponda la obligación de trabajar, como es el caso de los días de descanso, vacaciones remuneradas, licencias de embarazo, licencias con goce de sueldo, entre otros.

Señala Néstor de Buen Lozano en su Derecho del Trabajo. que “en esa virtud, entender el salario como derecho recíproco a la obligación de trabajar puede resultar equivocado ya que la obligación de pagar el salario no es, necesariamente, correlativa de la obligación de prestar el servicio así como que puede existir una relación laboral (que no es lo mismo que la prestación del servicio) sin que se actualice la obligación de pagar el salario”¹⁰⁹, por ejemplo en los casos en que el trabajador falta al trabajo; lo que es definitivo es que el salario se paga siempre que se preste el servicio.

El salario se integra con los pagos hechos en efectivo por cuota diaria, gratificaciones, percepciones, habitación, primas, comisiones, prestaciones en especie y cualquier otra cantidad o prestación que se entregue al trabajador por su trabajo.

“En principio, es lógico suponer que cualquier cantidad que se dé al trabajador va a derivar precisamente de su trabajo; se ha considerado que hay prestaciones que tienen otro fundamento y que por tanto no integran el salario. El artículo 84 no menciona excepciones, pero se puede aplicar por analogía el artículo 143, que en forma enunciativa señala alguna las percepciones que integran el salario integrado en términos casi idénticos que el artículo 32 de la Ley del Seguro Social”¹¹⁰; si el trabajador tiene incorporado el tiempo extra a su salario, como un pago que de manera regular se hace, debe de entenderse que forma parte del salario, es decir, todas las percepciones que reciba el trabajador de forma normal y constante serán consideradas como parte del salario e integradas a éste.

¹⁰⁹ Buen Lozano, Néstor de, Derecho del trabajo, 13^a ed., T. I, edit. Porrúa, México 1999, Págs. 202 y 203.

¹¹⁰ Buen Carlos de, Ley Federal del Trabajo comentada, México, Themis, 1990, Págs. 56y 57.

En la relación laboral se da como contraprestación el pago de un salario, mientras que en el Contrato Civil de Prestación de Servicios Profesionales, la contraprestación consiste en el pago de una remuneración denominada honorarios profesionales.

Se concluye, que la remuneración profesional por honorarios respecto de el salario es de diversa naturaleza jurídica, debido a que la primera es una retribución simple, la segunda integra diversos conceptos: los pagos hechos en efectivo por cuota diaria, gratificaciones, percepciones, habitación, primas, comisiones, prestaciones en especie y cualquiera otra cantidad o prestación que se entregue al trabajador por su trabajo, siendo uno de los principales puntos de distinción entre el contrato laboral y el Contrato Civil de Prestación de Servicios Profesionales.

Por lo tanto, los patrones que contratan a sus trabajadores simulando una prestación de servicios profesionales, están privando a éstos de recibir el pago de las gratificaciones, percepciones, habitación, primas, comisiones, prestaciones en especie, seguridad social, entre otras que ya se han mencionado y que son propias de la relación laboral.

7.- Por lo que hace a la Prestación del Servicio Profesional normalmente se realiza en el domicilio del profesor y con sus propios medios; en tanto que la prestación del trabajo en una relación laboral, se realiza en el domicilio del patrón, quien le proporciona los medios al trabajador para desempeñar su labor, los que normalmente son propiedad de la empresa.

El trabajador realiza su trabajo con los medios del patrón y en su domicilio, si ello es posible, o donde el patrón le indique, ya que existen trabajos que se desempeñan en diversos lugares a donde el trabajador por ordenes del patrón se traslada; tal es el caso del trabajo de la construcción y del agente de ventas.

En conclusión, como regla general el trabajo se presta en el domicilio del patrón o en el lugar que se determine en el contrato de trabajo, pudiendo

convenirse la posibilidad de mover al trabajador del domicilio laboral, incluso fuera del país. A diferencia de la actividad profesional en la que comúnmente se realiza en el domicilio o taller del profesor y con sus propios medios; excepcionalmente prestándose en el domicilio del patrón, tal es el caso de los contadores externos, que por temporadas deben de trabajar dentro de las oficinas del cliente, mas no hay subordinación ni deben de someterse a ningún tipo de control de asistencia o similar.

8.- La responsabilidad del profesor es profesional, mientras que la responsabilidad de los actos realizados por el trabajador es de la empresa ante terceros.

Para el caso de los profesionales, el artículo 2615 del Código Civil en vigor para el Distrito Federal señala: el que preste servicios profesionales, sólo es responsable, hacia las personas a quienes sirve, por negligencia, impericia o dolo, sin perjuicio de las penas que merezca en caso de delito, es decir el profesional es responsable de manera personal ante el cliente.

La responsabilidad que deriva de actos ejecutados por obreros y dependientes se encuentra regulada en el Código Civil en vigor para el Distrito Federal en los artículos 1923 al 1925 por lo que respecta a los trabajadores. El artículo 1924 señala claramente "Los patrones y los dueños de establecimientos mercantiles están obligados a responder de los daños y perjuicios causados por sus obreros o dependientes, en el ejercicio de sus funciones. Esta responsabilidad cesa si demuestran que en la comisión del daño no se les puede imputar ninguna culpa o negligencia".

9.- En el contrato de prestación de servicios profesionales, la temporalidad se rige por el trabajo que se ha encomendado; en el caso de que se trate de iguala, estas por lo regular se revisan anualmente y pueden darse por terminadas por voluntad de cualquiera de las partes, y excepcionalmente se extingue por una causa de terminación.

La Ley Federal del Trabajo contempla, que la temporalidad de un contrato puede ser por obra determinada, por tiempo determinado, tiempo indeterminado, dependiendo de la naturaleza del trabajo, debiendo entenderse por tiempo indefinido cuando no se ha hecho algún señalamiento al respecto; las partes tienen la posibilidad de rescindir el contrato sin responsabilidad, sí se encuentran en los supuestos que marca la Ley Federal del Trabajo, artículo 47 para el caso de los patrones y 51 para los trabajadores. Si el trabajador es despedido y no se le entrega el aviso de rescisión que marca el artículo 46, aún y cuando haya sido justificada la causa, se entenderá que el despido fue injustificado, y tendrá la obligación de reinstalar al trabajador o indemnizarlo a elección de éste.

10.- Las controversias que se originen entre profesor y cliente deberán de ventilarse ante los Juzgados Civiles del Poder Judicial, o bien pueden someterse al arbitraje; las controversias laborales se ventilan ante las Juntas de Conciliación y Arbitraje o Tribunales de Conciliación y Arbitraje, del poder ejecutivo, según la naturaleza del patrón.

Las afirmaciones anteriores se encuentran avaladas por el derecho civil; el contrato de prestación de servicios contiene las siguientes características:

a) Cuando un profesionista este sindicalizado, las disposiciones que rijan su contratación serán las establecidas en el respectivo contrato colectivo de trabajo (artículo 2606 del Código Civil vigente para el Distrito Federal);

b) De no existir convenio entre el profesionista y la persona que vaya a recibir el servicio, no existirá tampoco salario: los honorarios fijados por el profesionista se ajustarán únicamente a la costumbre del lugar, a la importancia del trabajo a prestar, a la del asunto o caso en el cual se intervenga, a las facultades pecuniarias de quien recibe el servicio y a la reputación profesional que tenga la persona que lo prestará;

c) El servicio inclusive, se regulará por un arancel, servirá este de norma para fijar el importe de los honorarios reclamados (artículo 2607);

d) En la prestación del servicio profesional es necesario poseer título para prestarlo, título exigido por la Ley de Profesiones (artículo 2608);

e) Los gastos o expensas que deban hacerse por el profesionista podrán pactarse por separado, esto es, fuera de los honorarios que se causen por la prestación del servicio;

f) A falta de convenio sobre el reembolso o de anticipos por concepto de gastos, el profesionista tendrá derecho al pago de un rédito legal por el periodo que transcurra entre la fecha en que se hayan ocasionado los gastos y aquella en que sean reembolsados (artículo 2609 y 2610), y

g) De ser varios los profesionistas que intervengan en un negocio o asunto, podrán cobrar en forma individual sus respectivos honorarios, en relación a los servicios que cada uno haya prestado, sin importar el éxito o resultado del negocio o trabajo que hubieren realizado, salvo pacto en contrario (artículos 2611 a 2613).

Por otra parte, el profesionista puede dejar de prestar el servicio convenido, siempre que de aviso oportuno al contratante del mismo y responda de los daños y perjuicios que su abandono le puedan causar a aquél, pues no sólo adquiere a virtud del contrato celebrado, la responsabilidad del servicio comprometido, sino la que corresponda a terceros, por cualquier afectación de intereses que a éstos resulta por su actitud o negligencia.

Además hacemos mención que el trabajador según la Ley Federal del Trabajo puede ser contratado por tiempo determinado o indeterminado, o bien puede ser contratado por obra, de lo cual se puede observar que en la labor a desempeñar esta bien determinada, corriendo bajo la supervisión de quien ejerza las funciones de administración; por tanto divisa que esta es una diferencia mas con la prestación de servicios, puesto que en la prestación de servicios profesionales no esta determinado el tiempo en que el profesionista elaborara o desarrollara los conocimientos para el caso en particular por el que se contrato; y por cuanto hace a que el profesionista debe de dar aviso al cliente

del abandono del asunto y las consecuencias jurídicas, como el pago de daños y perjuicio que se le ocasionen al cliente por tal situación, difieren de la relación laboral con un trabajador en el sentido que este no puede ser obligado a sujetarse con un trabajo por mas de un año.

3.2.1 DISTINCIÓN ENTRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES Y EL CONTRATO DE TRABAJO POR OBRA DETERMINADA.

Comenzamos desarrollando el contrato de obra determinada, contrato que trata de una idea que expresa la temporalidad del objeto de tal manera que al extinguirse éste, cesa en sus efectos la relación; “atiende a la temporalidad del objeto de la relación laboral, el que, una vez realizado, produce la extinción de la relación laboral y no se entenderá como despido cuando la empresa deje de ocupar el trabajador y tampoco incurrirá en responsabilidad”¹¹¹. La relación perdurará mientras subsista el objeto posible, elemento esencial del negocio jurídico; al quedar realizado el objeto, por falta de este elemento esencial dejará de existir el negocio jurídico. La determinación de la obra depende “también de su voluntad, pero al nacer la relación se produce un elemento objetivo cuya permanencia, cualquiera que sea la temporalidad que se le haya atribuido por las partes, domina la vigencia de la relación”¹¹².

El principio fundamental que regula el contrato de obra determinada se encuentra en el artículo 36 de la Ley Laboral que establece que: el señalamiento de una obra determinada puede únicamente estipularse cuando lo exija su naturaleza. Este dispositivo aún que es el mas cercano a un concepto, es vago por que da pie a confundir a que se esta relacionando con la idea de un tiempo determinado. “En ocasiones las empresas industriales intentan disfrazar de contratos por obra determinada los que celebran con trabajadores distintos de los de “planta”, para atender pedidos importantes. Aquí suele presentarse uno de los clásicos fraudes legales, ya que la producción indiferenciada de ciertos

¹¹¹Dávalos, José, op. cit. Pág.114.

¹¹²Buen L., Néstor de, Derecho del trabajo, 10^a edición actualizada, T. II, Edit. Porrúa, México 1994. Pág. 57.

artículos, en sistemas de trabajo en cadena, hace prácticamente imposible vincular a ciertos trabajadores a una obra concreta”¹¹³.

Previa identificación de los elementos que concurren en el contrato de trabajo por obra determinada, así como su naturaleza jurídica, se puede realizar la comparación correcta, con el contrato de prestación de servicios profesionales.

Cabe advertir que en esta comparación entre el contrato por obra determinada y el contrato de prestación de servicios profesionales se reproducen algunas de las diferencias ya descritas y compradas, en el Contrato de Prestación de Servicios Profesionales con el Contrato Individual de Trabajo; sin embargo se distinguen elementos desiguales que se identifican como puntos de distinción:

1.- La Prestación del servicio en el contrato por obra determinada al igual que en el contrato de trabajo se debe de realizar de manera personal, acatando las ordenes del patrón o su representante, sólo que en éste será, mientras se cumple el objetivo del contrato, en el contrato de prestación de servicios profesionales, aunque se escoge al profesionista por sus cualidades y prestigio, es decir, es *intuitu personae*, también es cierto que puede auxiliarse de ayudantes.

2.- La prestación del servicio en el contrato de obra determinada debe de realizarse de manera personal debido a que la intervención de otra persona (ayudante) “no contratado”, acarrea una carga laboral pues nace también una relación laboral con el patrón, a diferencia del Contrato de Prestación de Servicios Profesionales, que generalmente lo puede realizar un ayudante del profesionista con supervisión de éste sin que tenga obligación el cliente con el ayudante.

3.- En el contrato por obra determinada se da la subordinación del trabajador con el patrón, esto es que el trabajador recibe las indicaciones

¹¹³Buen L., Néstor de, op. cit. Pág. 58.

exactas del patrón o su representante, acerca de la obra que debe realizar el trabajador; en el contrato civil su naturaleza jurídica es la prestación de un servicio profesional carente de el elemento subordinación, debido a que el profesionista ejerce su profesión acorde a los conocimientos técnicos que posee y son propios de su actividad, sin tener que recurrir a las ordenes del cliente acerca de cómo realizar su labor.

4.- En el contrato por obra determinada, se distingue que no es necesario poseer algún conocimiento técnico propio de una profesión, debido a que se puede encomendar al trabajador realice actividades materiales que no requiera de algún conocimiento técnico; para el Contrato de Prestación de Servicios Profesionales se requiere que el profesionista tenga conocimientos técnicos acerca de la labor a desempeñar, así como el estar avalado por una institución educativa (reconocida por la SEP) que confirme que goza de los conocimientos técnicos propios de la profesión.

5.- El obrero carece de autonomía de decisión en la obra, al recibir las ordenes de algún representante del patrón como un arquitecto o ingeniero que es quien dirige la obra; el contrato de prestación de servicios profesionales el profesionista desarrolla su profesión de acuerdo al conocimiento que requiere, es decir, a su leal saber y entender.

6.- La retribución en el contrato obra determinada se denomina salario, el cual se fija en cuota diaria, y se compone de todas aquellas prestaciones que habitualmente perciba; en el contrato civil la retribución se denomina honorarios y consiste en el pago de los servicios prestados, ya que los gastos originados por el servicio se cobraran por separado; si vencido el término que se hubiese fijado a la obra subsiste la materia del trabajo, la relación quedará prorrogada por todo el tiempo que perdure dicha circunstancia, con el pago respectivo del salario.

7.- En el contrato por obra de terminada el patrón debe de otorgar todos los elementos que se requieran para realizar la obra, mientras que en el civil el profesionista puede realizar los gastos necesarios y tendientes al cumplimiento

de lo que se le ha encomendado, para el caso de que no se acordaran los tendrá que cubrir el cliente, devolviendo al profesionalista los gastos con el interés legal.

8.- Lugar en que ha de prestarse el servicio, en el contrato de obra determinada, es preciso que se realice la prestación personal del servicio en el lugar en que se encuentre la obra, a diferencia de la actividad profesional en la que comúnmente se realiza en el domicilio o taller del profesor y con sus propios medios; excepcionalmente prestándose en el domicilio del patrón.

9.- En el contrato por obra determinada la responsabilidad de los actos que se realicen por el obrero serán responsabilidad del patrón o su representante; en cambio en el Contrato de Prestación de Servicios Profesionales el profesionalista es el responsable ante terceros de los actos que realice, teniendo que asumir las consecuencias de su impericia.

10.- La temporalidad de los contratos, por cuanto hace al contrato por obra determinada, su misma naturaleza conduce a establecer que la relación de trabajo entre patrón y trabajador, tendrán la misma duración que la obra encomendada, cabe señalar que si la materia de trabajo que le dio origen al contrato por obra determinada subsiste el contrato tendrá que ser prorrogado mientras subsiste la materia de trabajo.

Por cuanto hace al Contrato de Prestación de Servicios Profesionales, es un contrato de tracto sucesivo, debido a que va ejecutando actos tendientes al cumplimiento del servicio hasta llegar a su conclusión.

11.- El tribunal competente en caso de controversia, en una relación laboral, será las Juntas de Conciliación y Arbitraje o Tribunales de Conciliación y Arbitraje; los conflictos que surjan en la relación entre el profesor y cliente deberán de ventilarse en los Juzgados Civiles del Poder Judicial, o bien si las partes así lo pactaron o deciden con posterioridad pueden someterse al arbitraje que decidan.

3.2.2 DISTINCIÓN ENTRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES Y EL CONTRATO DE TRABAJO POR TIEMPO DETERMINADO.

El contrato de trabajo por tiempo determinado “Es el contrato por virtud del cual se establece en forma precisa la fecha de su duración, entendiéndose que tiene fecha de inicio y de término”¹¹⁴. El contrato por tiempo determinado opera en las modalidades del negocio jurídico, esto es el plazo y la condición; si la duración de la relación depende solamente del transcurso del tiempo, estaremos en presencia del plazo. En cambio se tratará de una condición cuando la duración de la relación esté sujeta a un acontecimiento futuro de realización incierta.

La ley laboral en su artículo 37, señala tres hipótesis para la celebración de trabajo a plazo:

- I. Cuando lo exija la naturaleza del trabajo que se va a prestar;
- II. Cuando tenga por objeto substituir temporalmente a otro trabajador; y
- III. En los demás casos previstos por esta Ley.

En el contrato de temporada, sí estamos en presencia de un contrato de plazo; por el contrario, en la sustitución temporal de otro trabajador se produce la hipótesis del contrato sometido a condición resolutoria ya que no es necesariamente cierto que regresará el trabajador sustituto.

La duración de estos contratos persiste hasta en tanto se cumpla el plazo o la condición, salvo que subsista la materia de trabajo, en cuyo caso procede a prorrogar la relación por todo tiempo necesario, “como quiera que sea y no importando la clasificación que merezcan en estos contratos la duración quedara limitada y sus efectos cesan al producirse el plazo o la condición, salvo que subsista la materia de trabajo”¹¹⁵; es importante señalar que el documento en que se consigne la naturaleza temporal del contrato, será preciso anotar la

¹¹⁴ Lemus Raya, Patricia, op. cit. Pág. 22.

¹¹⁵ Buen L., Néstor de, Idem. Pág. 58.

causa con claridad suficiente y de conformidad con las hipótesis del artículo citado; de otro modo, independientemente de que se haya o no fijado un plazo, deberá entenderse que se trata de un contrato por tiempo indefinido.

Las diferencias que se pueden vislumbrar entre el contrato de tiempo determinado y el Contrato Civil de Prestación de Servicios Profesionales son:

1.- En primer lugar la rama del derecho positivo a que pertenece, el primero se encuentra regulado en el derecho laboral rama del derecho social, regulado dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Ley Federal del Trabajo, Ley del Seguro Social de 1997, así como diversos dispositivos laborales, el segundo es de naturaleza Civil y pertenece al derecho privado, esto es un acto entre particulares, regulado por el Código Civil.

2.- La naturaleza jurídica en ambos contratos; el contrato laboral de tiempo determinado, es un contrato por virtud del cual una persona se obliga a prestar un trabajo personal y subordinado a otra llamada patrón, operando en las modalidades del plazo y la condición según el caso; mientras que el segundo es un acuerdo de voluntades entre particulares, donde ambas voluntades se encuentran en igualdad de circunstancias para poder obligarse en los términos y condiciones que convengan.

3.- El primero tiene su origen en un derecho social cuya finalidad es ser protector de la clase obrera pues se ha considerado de orden público y el segundo es un derecho entre particulares, donde la premisa que impera es la voluntad de las partes, a través de la libertad contractual.

4.- En cuanto al tiempo en que estará en vigor el contrato, por cuanto hace al contrato por tiempo determinado, se toman en cuenta tres hipótesis, cuando lo exija la naturaleza del trabajo que se va a prestar, cuando tenga por objeto substituir temporalmente a otro trabajador, y cuando subsista la materia de trabajo; en el contrato de Prestación de Servicios Profesionales, los servicios prestados por el profesor son obligaciones de hacer, que consisten en la realización de hechos física y jurídicamente posibles, por lo que la duración del

contrato dependerá del servicio que le sea encomendado, siendo su plazo, desde que se le encomienda la actividad al profesor hasta que concluye con la misma, anticipadamente podrá terminar cuando concurra alguna de las causas que justifiquen la misma.

5.- En cuanto a la forma de terminación del contrato de tiempo determinado, se tomarán en cuenta las modalidades del plazo y la condición según el caso, cuando lo exija la naturaleza del trabajo que se va a prestar, cuando tenga por objeto substituir temporalmente a otro trabajador, y cuando subsista la materia de trabajo.

En el Contrato de Prestación de Servicios Profesionales termina con la conclusión del negocio encomendado al profesionista; la imposibilidad objetiva de seguir prestando el servicio (muerte del paciente); la muerte o la declaración de interdicción del profesionista, ya que este contrato se considera en este sentido *intuitu personae*, la imposibilidad subjetiva del profesionista de seguir prestando los servicios, como ocurriría en caso de enfermedad del mismo.

La revocación o el desistimiento del cliente también es posible, pues tiene en este punto concreto cierta semejanza con el mandato; pero en este caso no hay que pagar por dicho cliente sino los servicios prestados hasta entonces, valuados en función del resultado útil de los mismos, y no de la utilidad o ganancia total que hubiere podido conseguir el profesionista en caso de que, si no hubiera habido tal revocación, hubiera terminado de prestar los servicios pactados.

3.2.3 DISTINCIÓN ENTRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS Y EL CONTRATO DE TRABAJO POR TIEMPO INDETERMINADO.

El contrato por tiempo indeterminado se encuentra regulado por la Ley Federal del Trabajo en el artículo 35 que a la letra dice: Las relaciones de trabajo pueden ser para obra o tiempo determinado o por tiempo indeterminado. A falta de estipulaciones expresas, la relación será por tiempo indeterminado; “es el

contrato que se conoce como de “planta”, “base”; tiene fecha de inicio pero no de término y se presume que es por un periodo largo”¹¹⁶.

El establecimiento de la regla general, salvo excepción expresa, atribuye al contrato individual de trabajo una naturaleza jurídica especial, ya que se trata de un contrato puro y simple, esto es, no sujeto a ninguna modalidad. En realidad esa misma idea podría plantearse de la siguiente manera: en el contrato individual de trabajo, por regla general, la temporalidad será paralela a la vida o aptitud física o mental del trabajador.

Esta regla general se funda, en el principio de la estabilidad; si ésta es absoluta, el principio tendrá la misma característica; de la misma manera lo relativo a la estabilidad traerá como consecuencia una duración limitada de la relación.

Existen limitaciones de la relación laboral en cuanto al tiempo indeterminado, que consagra nuestro derecho laboral en el artículo 49 que a la letra dice:

- I. Cuando se trate de trabajadores que tengan una antigüedad menor de un año;
- II. Si comprueba ante la Junta de Conciliación y Arbitraje, que el trabajador, por razón del trabajo que desempeña o por las características de sus labores, está en contacto directo y permanente con él y la Junta estima, tomando en consideración las circunstancias del caso, que no es posible el desarrollo normal de la relación de trabajo;
- III. En los casos de trabajadores de confianza;
- IV. En el servicio doméstico; y
- V. Cuando se trate de trabajadores eventuales.

Limitaciones que se encuentra a favor del patrón, ya que a su capricho, podrá dar por terminada la relación laboral cubriendo las indemnizaciones

¹¹⁶ Lemus Raya, Patricia, Idem. Pág. 22.

correspondientes. Ahora bien el trabajador también puede, en forma unilateral, dar por terminada la relación laboral, sin que el patrón tenga acción alguna a su alcance para obligarlo a continuar laborando, este derecho podrá ejercerse en cualquier momento, pero si el trabajador lo hace valer durante el primer año de prestación de servicios, podrá serle reclamada la responsabilidad civil, que en su caso incurra.

Se distinguen elementos desiguales entre el Contrato Civil de Prestación de Servicios Profesionales y el Contrato por Tiempo Indeterminado, elementos que se identifican como puntos de distinción y son:

1.- La primera distinción que se puede observar se da en el campo de la estabilidad; la temporalidad será paralela a la vida o aptitud física o mental del trabajador, circunstancia que no ocurre en el contrato de prestación de servicios profesionales, pues en este no existe este principio de estabilidad, debido a que el servicio que presta el profesional concluye con la culminación del acto o actos encomendados.

2.- El trabajador puede rescindir con posterioridad al año de nacida la relación sin incurrir en responsabilidad civil, el profesionista podrá abandonar el asunto conferido, pero en este caso tendrá que cubrir los daños y perjuicios que ocasione a terceros.

3.- En el contrato individual de trabajo, donde no se estipuló la temporalidad, se entenderá por tiempo indeterminado, cuestión que no se presenta en el Contrato de Prestación de Servicios Profesionales, ya que este tendrá la duración, que el servicio del profesionista requiera, salvo causa de excepción, como es el caso de la revocación o el desistimiento del cliente del asunto, circunstancia que daría por terminada con la relación que los unía, por tanto no se puede mencionar que el contrato civil pueda ser indeterminado, ya que además de lo apuntado, se observa que en su temporalidad aun que no tiene una fecha fija, tiene un objetivo especial, esto es una condición, que al consumirse se termina el servicio.

4.- La forma de terminación de la relación jurídica, en el contrato laboral pueden concurrir circunstancias favorables al patrón que faciliten el despedir al trabajador sin que incurra en alguna responsabilidad, ya que a su capricho, podrá dar por terminada la relación laboral cubriendo las indemnizaciones correspondientes.

En el Contrato de Prestación de Servicios Profesionales, el cliente podrá revocar o desistirse del asunto, sin tener que pagar sino los servicios prestados hasta entonces, valuados en función del resultado útil de los mismos, y no de la utilidad o ganancia total que hubiere podido conseguir el profesionalista en caso de que hubiera terminado de prestar los servicios pactados.

CAPITULO CUARTO

4. CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES, COMO UN ACTO FRAUDULENTO, ANTE EL DERECHO LABORAL SIENDO ESTE UN DERECHO SOCIALMENTE EXIGIBLE.

El Trabajo es considerado por el derecho social como una de las actividades que requiere la tutela del Estado, “el estado tiene el compromiso de proteger, a partir de la legislación, a la clase trabajadora”¹¹⁷, por ello crea normas legales tendientes a su protección; derecho en constante expansión desde su nacimiento a finales del siglo XIX y principios del XX cuyo nacimiento surge como respuesta a la explosiva cuestión social, producto de las condiciones de trabajo que se establecieron después de la revolución industrial, con una concepción liberal e individualista del Estado y de la economía, con lo que se formalizó y consolidó el derecho del Trabajo, constituyendo una nueva disciplina jurídica, destinada a atender relaciones derivadas de la prestación del trabajo que el derecho Civil, cuya concepción respecto las obligaciones, fundamentada en la piedra angular de la autonomía de la voluntad, no estaba en condiciones de regular adecuadamente.

En efecto, en tales relaciones una de las partes, el trabajador, dada su debilidad económica y su vital requerimiento de obtener un puesto de trabajo que asegure y promueva su subsistencia y la de su familia, se le niega la posibilidad de concertar libremente sus condiciones de trabajo, al verse constreñido a aceptar las que unilateralmente le son impuestas por el patrón, lo cual suele determinar situaciones de injusticia social. De allí, que el derecho laboral, postule la aplicación de una normatividad protectora del trabajador, que se aplica imperativamente a fin de asegurar que el trabajo sujeto a esa disciplina se cumpla en condiciones compatibles con la justicia social y con la dignidad del

¹¹⁷ Dávalos, José, Derecho del Trabajo I, 3ª Ed., Edit. Porrúa, México 1990, Pág. 15.

trabajador, “el ordenamiento laboral tiene por finalidad apoyar y proteger a la clase trabajadora, que es la parte más débil en la relación trabajador-patrón”¹¹⁸.

Es por ello que se “pretende restablecer, con un privilegio jurídico, igualdad social; esta especial protección que constituye un privilegio para el trabajador, supone una correlativa carga para el patrono en cuanto limita su libertad de acción en la empresa y aumenta sus costos de producción”¹¹⁹.

La legislación laboral pretendió asegurar la aplicación de las normas laborales, con el principio de irrenunciabilidad de dichas normas consagrado en la Ley Federal del Trabajo, debido a que priva el principio según el cual sus normas, por considerarse de orden público, son irrenunciables, de modo que tienen un carácter imperativo, que priva aún sobre la voluntad de las partes.

Asimismo la relación de trabajo, concebida como vinculación jurídica existente entre quien presta subordinadamente un servicio y quien lo recibe, estará sujeta a las disposiciones de la legislación laboral y de seguridad social, aún cuando el propio trabajador haya convenido en declarar que dicha relación tiene una naturaleza jurídica diferente a la laboral. Comenta Claude de Buen Unna “que demasiada tutela es contraproducente y a ello, precisamente, le debemos el fraude a la ley a través de las contrataciones civiles, mercantiles o a través de empresas de outsourcing (proveedores externos)”¹²⁰.

Se ha venido desvirtuando el derecho laboral por parte de los “patrones que tratan de escapar de los costos y limitaciones que les acarrea la legislación de trabajo y de seguridad social, para lo cual ocultan relaciones laborales que mantienen con sus trabajadores, bajo el disfraz de una vinculación jurídica de otra naturaleza, generalmente civil o mercantil; encontrándonos, en esas

¹¹⁸ Dávalos, José, op. cit. Pág. 16.

¹¹⁹ Hernández Álvarez, Oscar, El derecho Mercantil y el Derecho del Trabajo: Fronteras y espacios de concurrencia, Revista Gaceta laboral, Vol. 11, Número 1, Enero-Abril 2005 Universidad de Zulian, Venezuela. Págs. 60 y 61.

¹²⁰ Buen Unna, Claudia de, El contrato de prestación de servicios profesionales, vía fraude laboral, Revista latino americana de derecho, año III, numero 5, Enero-Junio de 2006. Pág. 83.

situaciones, ante casos de fraude laboral o encubrimiento de las relaciones laborales”¹²¹.

Claudia Buen Unna afirma que se debe al proteccionismo en favor de los trabajadores lo que “ha llevado a la práctica de los mecanismos fraudulentos señalados para evadir el alto costo de una contratación laboral, que además es en detrimento del propio trabajador, ya que el posible riesgo de indemnizaciones costosas debe de ser tomado en cuenta por el patrón, obstaculizando un aumento en los ingresos de los empleados que encarecerían tales indemnizaciones”¹²².

En un inicio se considero el principio de irrenunciabilidad como garantía para los trabajadores frente a los actos fraudulentos establecidos por los patronos que buscan burlar la aplicación de las normas laborales.

En nuestro país aun con el principio de irrenunciabilidad, ha sido costumbre muy arraigada de los patronos, evadir las cargas laborales contenidas en la Ley Federal del Trabajo, mediante la utilización de diversos instrumentos contractuales civiles o mercantiles, como son los contratos de comisión mercantil , o la creación de las empresas de mano de obra conocidas como outsourcing (su traducción literal es, proveedores externos), cuya característica es la subrogación de servicios, o bien a través de Contratos de Prestación de Servicios Profesionales, en lugar de contratos individuales de trabajo.

Por lo que respecta al Contrato de Prestación de Servicios Profesionales se ha utilizado para cometer actos fraudulentos, actos premeditados por el patrón que buscan simular una situación jurídica por otra, es el caso del contrato de trabajo individual, donde el patrón busca evadir mediante el contrato civil que se menciona las obligaciones y prestaciones que acarrea como son: el pago de vacaciones, prima vacacional, reparto de utilidades, la formación de antigüedad en el empleo, la inscripción al IMSS esto es su aportación de cuota social, generando simultáneamente el derecho de una pensión al llegar a la tercera edad, el acceso al INFONAVIT, así como otros derechos que se pretenden

¹²¹ Hernández Álvarez, Oscar, op. cit. Pág. 61.

¹²² Buen Unna, Claudia de, op. cit. Pág. 83.

evitar, al simular un contrato de naturaleza civil como lo es el Contrato de Prestación de Servicios Profesionales, toda vez que en lugar de contratar al trabajador por medio de un contrato laboral, que protege derechos sociales considerados de orden público, protegidos a su vez por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, La Ley Federal del Trabajo, Ley del Seguro Social, Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, Leyes del Seguro Social de los Estados, el Reglamento Interior de Trabajo, Contrato Colectivo de Trabajo, y demás disposiciones tendientes a la protección del trabajador. “La actitud de los patrones que pretenden eludir sus responsabilidades como tales escudándose tras un contrato de prestación de servicios profesionales constituye una simulación de la relación laboral”¹²³.

El contrato de prestación de servicios profesionales se rige por el Código Civil, “es aplicable cuando el profesionista no establece su domicilio dentro del centro de trabajo y además se entiende que cuenta con medios propios y suficientes para colaborar con la empresa; cuando tiene su oficina, despacho, agencia o cualquier otro domicilio fiscal en que resida, otorgando al patrón asesorías, consultorías y cualquier servicio que se pacte, extendiendo para el pago de sus servicios, recibos de honorarios o facturas”¹²⁴.

Por otra parte el trabajador en su imperante necesidad de subsistencia se ve obligado a celebrar un contrato de prestación de servicios profesionales, que parece más un contrato de adhesión, contrato que “lo priva de todas las prestaciones legales que le corresponden”, no obstante a que el trabajador presta sus servicios tal y como lo estipula la Ley Federal del Trabajo de manera personal y subordinada a un patrón, que es quien establece el horario en que se debe prestar el servicio y ordena el trabajo que debe realizar dentro de la empresa y es quien cubre el salario; “Se da una clara desproporción entre los sujetos de la relación, trabajador y patrón, pues aunque teóricamente dentro del contrato de prestación de servicios profesionales las partes están en igualdad de circunstancias, en la practica ocurre todo lo contrario, pues el patrón es quien

¹²³ Martínez, Arturo, op. cit. pág.164.

¹²⁴ Lemus Raya, Patricia, op. cit. pág. 22.

impone las condiciones y el trabajador no tiene mas remedio que aceptarlas a manera de un contrato de adhesión”¹²⁵.

El derecho laboral, es un derecho proteccionista a favor de la clase obrera, razón por la cual la clase patronal está tentada a buscar mecanismos fraudulentos o de simulación que le permitan eludir el cumplimiento de obligaciones que se imponen a favor de la parte contractualmente débil.

Es necesario identificar lo que se debe de entender por simulación:

Concepto. “Simular etimológicamente proviene del latín *simulare*, forma verbal de *simulis*, semejante”¹²⁶.

El diccionario de la Lengua Española lo define como “representar una cosa fingiendo lo que no es”¹²⁷.

Reconocidos autores nos dan la definición de simulación, y entre los más importantes tenemos a:

Francisco Ferrara. “acto simulado es aquel que tiene una apariencia contraria a la realidad, bien por que no existe en absoluta, bien por que es distinto de cómo parece”¹²⁸.

Borda. “Manifiesta al igual que el autor anterior que la simulación es: un acto que tiene una apariencia diferente a la realidad”¹²⁹.

Connotados civilistas mexicanos dan también su definición de lo que es la simulación.

¹²⁵ Martínez, Arturo, op. cit. Pág. 163.

¹²⁶ Enciclopedia Jurídica OMEBA. Tomo XXV. Retr. Tasa. Ed. Avealo S.A., Argentina 1968, Pág. 504.

¹²⁷ Diccionario de la lengua Española, José Alemany Bolufer y otros, Ramón Sopena Editor. Barcelona España, Pág. 1324.

¹²⁸ Francisco Ferrara, La simulación en los negocios jurídicos, Trad. De Rafael Atard y Juan A. de la puente, Madrid 1926. Pág. 60.

¹²⁹ Enciclopedia Jurídica OMEBA, Idem. Pág. 504.

El Doctor Ernesto Gutiérrez y González en su libro Derecho de las Obligaciones define al acto simulado diciendo que “es el que tiene una apariencia contraria a la realidad, por que no existe en absoluto, o porque es distinto de cómo aparece”¹³⁰.

Manuel Borja Soriano da su definición parecida a la anterior.

De todas estas definiciones la característica que se puede observar, es que todos hablan de un acto para ocultar otro.

Características Generales de la Simulación:

La primera es que es frecuente en los negocios jurídicos, se usa para ocultar bienes o ciertas actividades, para escapar a prohibiciones u obligaciones legales, para burlar a los acreedores, para evadir impuestos, y en otras situaciones, en mayoría de los casos, el fin perseguido es contrario a la ley o a los intereses de terceros, o ambos.

La segunda, los que simulan desean que ante los ojos de terceros aparezca formada entre ellos una relación que en la realidad no debe de existir, pero de la cual se quiere mostrar una exterioridad de engaño, mediante una declaración efímera, vacía, ficticia que no representa una voluntad real.

La simulación en la relación de trabajo, nace cuando el patrón celebra con un trabajador un contrato distinto al de trabajo, aparentando que los une una relación diversa a la laboral; lo que no deja en total estado de indefensión al trabajador por que al estar comprometida la naturaleza de la relación laboral, el trabajador tiene la garantía que le corresponderá al patrón probar ese extremo, con la única dificultad de acudir a la junta de conciliación y arbitraje correspondiente a solicitar se le reconozca tal calidad.

¹³⁰ Ernesto Gutiérrez y González, Derecho de las Obligaciones, Ed. José M. Cajica Jr S.A., Pue, México 1974, Pág. 594.

Normalmente la conducta evasiva del patrón se da mediante un distanciamiento encubierto en contradicción a la Ley Laboral, estando dentro de la simulación y del fraude; el fraude se configura cuando la norma imperativa laboral se pretende violar, utilizando otra que aparente encuadrar en el tipo pretendido bien sea civil o mercantil, obteniendo un resultado diferente al que prescribe la ley laboral, esto significa que en esta situación fraudulenta se encierra una situación de hecho que es calificada como laboral, pero que las partes le han dado otra denominación.

Por lo que hace al tema de fraude a la ley, debemos de entender que se alude a un negocio jurídico aparentemente lícito, realizado al amparo de una ley vigente pero que persigue un resultado análogo o equivalente al prohibido por una norma imperativa que resulta violada. El objeto de protección es el orden público, aunque normalmente derivará en una afectación patrimonial al acreedor; debido a que hay un acto jurídico que se traduce en una enajenación de bienes que redundará en un perjuicio a los acreedores.

El Código Penal del Distrito Federal establece el delito de discriminación en su artículo 206. Se impondrá de una a tres años de prisión y de cincuenta a doscientos días de multa al que por razón de edad, sexo, embarazo, estado civil, raza, procedencia étnica, idioma, religión, ideología, orientación sexual, color de piel, nacionalidad, origen o posición social, trabajo o profesión, posición económica, características físicas, discapacidad o estado de salud.

I.- ...

II.- ...

III.- ...Niegue o restrinja derechos laborales.

El fraude está contemplado en el Código Penal para el Distrito Federal en su artículo 230, en el que establece el delito de fraude: al que por medio del engaño o aprovechándose del error en que otro se halle, se haga ilícitamente de alguna cosa u obtenga un lucro indebido en beneficio propio o de un tercero.

Ahora bien el artículo 231 de la legislación mencionada, determina que: Se impondrán las penas previstas en el artículo anterior, a quién:...

IX.- Valiéndose de la ignorancia o de las malas condiciones económicas de un trabajador a su servicio, le pague cantidades inferiores a la que legalmente le corresponden por las labores que ejecuta.

Por otro lado esta figura conocida en materia mercantil ya que es utilizada también como medio para evadir obligaciones laborales, conocida como outsourcing (empresa prestadora de servicios o de mano de obra), la cual se aleja del principio que las originó, el cual pretendía una subcontratación parcial de un grupo de trabajadores especializados o ajenos al objeto central de la misma empresa que por su naturaleza se concebían no esenciales; lo que genera es un acto de simulación, que destruye el concepto de empresa, entendida como unidad de bienes o servicios que utiliza recursos humanos para el cumplimiento de un fin.

La formación de estas empresas se ha hecho sin ningún obstáculo. Se constituyen legalmente como sociedad mercantil (o tal vez sociedad civil), contrata trabajadores que después pone a disposición de las empresas usuarias. Por supuesto que previamente ha celebrado algún contrato colectivo de trabajo, a lo mejor consigo mismo. Eso significa que ha constituido su propia organización sindical debidamente registrada ante una Junta de Conciliación y arbitraje, con la que ha firmado o simplemente depositado el o los correspondientes contratos colectivos de trabajo, domiciliando como centro de trabajo el propio para evitar que algún trabajador despistado pretenda involucrar en una reclamación a la empresa beneficiaria de los servicios.

En términos de los artículos 12 a 15 de la LFT cuando la empresa que presta sus servicios con trabajadores propios lleva a cabo obras específicas de manera principal o exclusiva en beneficio de otra. Las responsabilidades inherentes se dan en el terreno de la equiparación de condiciones de trabajo entre los trabajadores de la beneficiaria y los de la proveedora de mano de obra y un vínculo de responsabilidad mutua.

Ahora bien el problema tiene una naturaleza diferente, porque no se trata de la existencia de dos conglomerados diferentes de trabajadores sino de una empresa que no tiene trabajadores de ninguna especie pero que en sus establecimientos laboran quienes se suponen prestan sus servicios a la empresa tercera y proveedora de la mano de obra. “la comisión redactora de la Ley Federal del Trabajo de 1970 nunca pudo imaginar el problema actual: que la empresa receptora no tenga ningún trabajador-aparentemente- a su servicio”¹³¹.

Por lo que es conveniente recurrir a la opinión de autores conocedores del tema; el Doctor Mario de la Cueva define la intermediación “como una de las actividades más innobles de la historia, por que es la acción del comerciante cuya mercancía es el trabajo del hombre, para no decir que el hombre mismo, el mercader que compra la mercancía a bajo precio y la vende en una cantidad mayor, el traficante que sin inversión alguna obtiene una fácil y elevada plus valía”¹³².

Se trata de “eludir las responsabilidades laborales propias que asume un tercero. Éste tiene arreglos sindicales, que en México se propician de manera vergonzosa por la propia Ley Federal del Trabajo, con la firma de los contratos de protección de tal manera que ofrece tranquilidad sin huelgas, despidos libres y cambio de trabajadores al gusto del consumidor”¹³³.

Se llega, inclusive, al colmo del mercantilismo: el intermediario otorga fianza al cliente para asumir las responsabilidades que puedan derivar de demandas individuales o conflictos colectivos que eventualmente se le puedan presentar.

Los temas principales son, sin duda, eludir el reparto de utilidades a los trabajadores, salvarse de los conflictos colectivos y poder disponer libremente de la mano de obra, en números y calidad.

¹³¹ Buen Lozano, Néstor de, La reforma laboral que necesitamos ¿como transitar a una autentica modernización laboral?, Edit. UNAM, México 2004, Pág. 65.

¹³² Cueva, Mario de la, op. cit. Pág 160.

¹³³ Buen Lozano, Néstor de, op. cit. Pág. 63.

Se dejó de observar, la posibilidad de que la empresa receptora no tenga ningún trabajador aparentemente a su servicio. Las prácticas actuales hacen que la totalidad de ellos sean trabajadores de la intermediaria. La receptora tendrá solamente órganos mercantiles de administración (consejo de administración o administrador único) que celebrarán los contratos con la intermediaria.

El artículo 16 de la Ley Laboral, fija el concepto de empresa en favor de los trabajadores, en armonía con el concepto de unidad económica intenta expresar la idea de que una empresa puede estar formada por varias sociedades, jurídicamente autónomas (civiles o mercantiles), que para efectos fiscales podrán tener una vida diferenciada, pero no para los efectos laborales. La empresa, en su conjunto, será el patrón independientemente de su estructura jurídica. Concepto en el que se encuentra la idea de responsabilidad común.

Resulta evidente que el vínculo de subordinación: sometimiento a las órdenes del patrón, se produce físicamente entre la empresa beneficiaria y el trabajador. El proveedor no podría ceder el derecho de mandar porque no existe disposición alguna que lo autorice. Claro está que los representantes de los patrones mandan a nombre de éstos, pero dentro del mismo marco de la empresa y no por delegación de otra.

Las empresas prestadoras de servicios tienen por finalidad, el crear una razón social que se vende a sí misma los servicios del personal, burlando la ley laboral y fiscal, evitando asumir responsabilidades patronales y, en particular, omitir el pago de prestaciones que establece la Ley Federal del Trabajo, como el reparto de utilidades a los trabajadores, derecho que es inclusive contemplado por nuestra propia Constitución en su artículo 123 en la fracción IX.

El engaño es visible, la empresa que genera utilidades no cuenta con personal alguno y por tanto no eroga este pago, y la empresa de servicios que reconoce la relación carece de utilidad a repartir. El patrón alega que no hay delito alguno puesto que dichas empresas han sido constituidas conforme a la ley y que su objeto formal está permitido: el proveer de personal a otra.

La violación a la ley no nace de la constitución formal de la empresa prestadora de servicio, sino de la maniobra elaborada para evadir el cumplimiento de la ley. No se trata en esencia de entidades distintas, sino de la misma. Es importante resaltar que cuando la empresa puede obtener ventajas fiscales o consolidar pérdidas la empresa toma una posición, pero cuando se trata de cumplir con obligaciones, su posición es distinta.

La transgresión de esta simulación es un auténtico fraude al fisco y a los hombres que prestan sus servicios a estas empresas. Debido a que la forma de contratar a los trabajadores contraviene lo dispuesto por la Ley Federal del Trabajo, que prohíbe se considere al trabajo como objeto de transacción; además presume la existencia de la relación entre el que presta un trabajo personal y el que lo recibe, por lo que la empresa receptora del servicio es el auténtico patrón; asimismo fija las reglas para que la Secretaría del Trabajo y Previsión Social pueda otorgar excepcionalmente autorización a empresas dedicadas a la contratación de personal, limitados a trabajos de carácter especial.

4.1 EL TRABAJO COMO UN DERECHO CONSTITUCIONAL Y DEBER SOCIAL DEL ESTADO Y DE LOS CIUDADANOS MEXICANOS, NO COMO ACTO UNILATERAL DE LOS PATRONES EN SU CONTRATACIÓN.

Sin duda, los derechos laborales en México, son uno de los logros sociales más importantes en la historia del país, consagrados en la Constitución de 1917, considerándose parte vital del Estado social nacido tras la lucha Revolucionaria, tienen como objetivo fundamental el garantizar al trabajador mexicano las condiciones de un trabajo digno.

La primera obligación del Estado con el derecho del trabajo, derecho social, es promover las condiciones para que éste pueda ser cumplido en la práctica. Los derechos de los trabajadores en México derivan principalmente del artículo 123 constitucional en dos apartados A y B, estos a su vez, dan origen a

la Ley Federal del Trabajo y a la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado.

El artículo 5 de la Constitución Mexicana garantiza la libertad que cada individuo tiene para ejercer la profesión que elija, garantiza el derecho a la libertad laboral y su justa retribución; en tanto que el Título Sexto de la misma Constitución intitulado “Del Trabajo y de la Previsión Social”, recoge el artículo 123, eje central de la legislación mexicana sobre el derecho de los trabajadores. Al lado de los artículos 3 (referente a la educación laica, gratuita y pública) y del 27 (referente a la propiedad de la tierra y los recursos naturales del país) la inclusión del artículo 123 (que consagra los derechos laborales) en la Constitución de 1917 reflejó el carácter social del régimen surgido de la Revolución de 1910 y el compromiso del gobierno de México con la protección, promoción y defensa de los derechos de los trabajadores.

En el artículo 123 de la Constitución Política de nuestro país garantiza el derecho de toda persona a tener un trabajo digno, en condiciones mínimas consignadas en la Ley Federal del Trabajo, la jornada laboral de 8 horas diarias con un día de descanso obligatorio a la semana; establece el salario mínimo; las características del trabajo nocturno, los derechos laborales de las mujeres (como las licencias por embarazo y la lactancia); el derecho de los trabajadores a asociarse en sindicatos y a declarar huelgas en defensa de sus derechos; la obligación de los patrones de proporcionar capacitación y seguridad social a sus trabajadores, entre otros aspectos. La finalidad última del artículo 123 es garantizar a todo mexicano el goce de un trabajo en condiciones dignas.

En México existen varios tipos de violación a la legislación laboral, muestra de ello es el incumplimiento de los contratos de 8 horas, lo limitado del salario mínimo para cumplir con los preceptos constitucionales que garantizan una vida digna (la satisfacción de las necesidades de cualquier trabajador, desde las básicas ligadas a la alimentación, la vivienda y la educación, hasta las correspondientes a la diversión y el esparcimiento); la constante diferencia entre los salarios de hombres y mujeres, la violación de los derechos laborales de las mujeres; y la afiliación forzosa a sindicatos a los que se tiene que pagar la

respectiva “cuota”; así como la simulación de la relación laboral. Al respecto opina Claudia de Buen Unna que “Son imputables al patrón tanto la falta de contrato laboral como la simulación de la relación laboral a través de un contrato civil, y tal circunstancia de modo alguno priva a los trabajadores de los derechos derivados de las normas de trabajo”¹³⁴.

El ordenamiento laboral tiene por finalidad apoyar y proteger a la clase trabajadora, que es la parte más débil en la relación trabajador- patrón, es un derecho de clase y un deber de la sociedad el cumplimiento de lo prescrito; lo que se desprende del artículo 3 de la Ley Federal del Trabajo que indica:

El trabajo es un derecho y un deber social. No es artículo de comercio, exige respeto para las libertades y dignidad de quien lo presta y debe efectuarse en condiciones que aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia.

Es de interés social promover y vigilar la capacitación y el adiestramiento de los trabajadores tal y como ocurrió en sus inicios con la formación de grupos; es decir, los trabajadores, débiles en su capacidad económica, social y cultural, se agrupan para ser fuertes por el número, derecho que se estableció en la carta de Querétaro para su protección, es por ello, que en el sistema en que nos encontramos, el Estado tiene el compromiso de proteger a la clase trabajadora, deber que encuentra sustento en nuestro derecho positivo vigente.

Señala Néstor de Buen que ese carácter proteccionista que es inherente al derecho del trabajo se pone de manifiesto en las distintas ramas de la disciplina, tanto en el derecho individual como en el administrativo y, a partir de la reforma de 1ª de mayo de 1980, en el procesal.

El derecho del trabajo, existe sobre las base de que los derechos que a favor de los trabajadores se han consagrado en la legislación, constituyen el mínimo que debe reconocérseles, sin perjuicio de que puedan ser mejoradas(a

¹³⁴ Buen Unna, Claudia de, op. cit. Pág. 81.

través de la contratación individual o colectiva), mas nunca podrán ser reducidos o negados. A estos derechos se les ha denominado “sociales”, por que están destinados a dar protección a la clase trabajadora y a los trabajadores en particular como integrantes de aquella.

En el derecho laboral, existe la idea del trabajo como un derecho y un deber social, principio que está reconocido expresamente en el texto del artículo 123 constitucional: Toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil; al efecto se promoverán la creación de empleos y la organización social para el trabajo, así como en el artículo 3° de la Ley Laboral ya transcrito en párrafos anteriores.

No podrán establecerse distinciones entre los trabajadores por motivo de raza, sexo, edad, credo religioso, doctrina política o condición social. Asimismo, es de interés social promover y vigilar la capacitación y el adiestramiento de los trabajadores.

La concepción moderna de la sociedad y del derecho, sitúa al hombre en la sociedad, imponiéndole deberes y concediendo derechos, derivados unos y otros de su naturaleza social: la sociedad tiene el derecho de exigir de sus miembros el ejercicio de una actividad útil y honesta y el hombre, a su vez, tiene el derecho a reclamar de la sociedad la seguridad de una existencia compatible con la dignidad de la persona humana.

El derecho del hombre a la existencia tiene hoy un contenido nuevo que en el pasado, significó la obligación del Estado a respetar la vida humana y dejar al hombre en libertad para realizar por sí mismo su destino; en el presente, el derecho del hombre a la existencia quiere decir: obligación de la sociedad de proporcionar a los hombres la oportunidad de desarrollar sus aptitudes.

La sociedad tiene derecho a esperar de sus miembros un trabajo útil y honesto y por eso el trabajo es un deber, pero el reverso de este deber del hombre, es la obligación que tiene la sociedad de crear condiciones sociales de vida que permitan a los hombres el desarrollo de sus actividades.

Este deber de la sociedad, correlativo del derecho de los individuos, se traduce, entre otras manifestaciones, en la necesidad que le es encomendada a la sociedad de proporcionar a los trabajadores fuentes de trabajo, a fin de que puedan cumplir cabalmente su deber social, trabajar.

El trabajo es un derecho constitucional consagrado en beneficio de los trabajadores, protegido además por normas laborales; es un deber social velar el cumplimiento de las disposiciones relativas al derecho del trabajo, obligación que se agudiza para el Estado a quien se le encomienda, vigilar el cumplimiento de la norma considerada de orden público, así como el fomentar fuentes de empleo que reúna las características tendientes al crecimiento de ocupación, deber que pertenece a los ciudadanos mexicanos, ya que no puede dejarse al capricho del patrón la libertad de contratar al trabajador con un contrato elaborado de manera unilateral, ni mucho menos dejar que se siga aplicando un derecho de otra naturaleza como es el civil o el mercantil.

“El empresario defiende sus figuras mágicas: empresas de mano de obra, outsourcing, regreso a los servicios profesionales y a los contratos de comisión mercantil, temporalidad dominante y despidos baratos”¹³⁵.

“Las reformas conservadoras de las leyes han puesto de cabeza al propósito de la estabilidad en el empleo; han precarizado el trabajo con la amenaza cumplida de favorecer los despidos y, en general, alimentan el auge de una economía informal que en el caso de nuestro país, de acuerdo con datos recientes del Banco de México, pueden representar el 48% de la población Económicamente Activa”¹³⁶.

Sin embargo, a pesar de estar consagrados como derechos constitucionales, los derechos laborales en México se violan constantemente, con justificación al avance del proceso de globalización y las presiones sobre la flexibilización laboral, el derecho de los trabajadores en todo el mundo ha sufrido

¹³⁵ Buen Lozano, Néstor de, ¿Flexibilización o fraude?, Estado de México Valle escondido abril de 1997, Pág. 76.

¹³⁶ Buen Lozano, Néstor de, op. cit. Pág. 76.

numerosos embates y transformaciones, fruto de la aplicación de las políticas neoliberales que buscan el aumento de la competitividad y la productividad de las empresas. Se introdujeron con complicidad del salinato y mediante prácticas de facto toleradas por las autoridades del trabajo, “la flexibilización de las relaciones laborales, de manera que ayudaran a la necesaria modernización política, administrativa y laboral del nuevo bloque económico”¹³⁷.

Se fomentaron mecanismos legales de concertación, destinada a promover la flexibilización de las relaciones laborales “Se promovió también, en forma muy cuestionada, un flujo internacional de mano de obra barata y calificada, como un factor de avanzada para la reordenación y repunte económico-político”¹³⁸.

Se busca abaratar los costos de producción, mediante el abaratamiento del factor trabajo, ya sea por la vía de la contratación precaria, por la modificación de la regulación laboral mientras dura el contrato o bien, por el abaratamiento del despido mediante multitud de normas que han conseguido que despedir sea cada vez más fácil y barato para los empresarios. “proliferan los contratos temporales con sacrificio de la estabilidad en el empleo. La movilidad funcional sustituye al viejo derecho al puesto y a sus condiciones. Se facilitan los despidos”¹³⁹.

“La crisis económica empezó a poner en juego medidas de salvamento empresarial: regresaron los viejos instrumentos del fraude y en los últimos años, se han inventado otros. A veces no tan fraudulentos, en la practica pero si en los efectos”¹⁴⁰; es el caso de la subcontratación que crece desmedidamente sin que autoridad alguna se dé a la tarea de acotarla; la contratación ilegal mediante contratos civiles remunerados por “honorarios” se ha vuelto la vía privilegiada para la mayor parte de los gobiernos, independientemente de su signo partidario, lo que priva a los trabajadores de un solo golpe de todas las protecciones que la Ley establece, incluida la de seguridad social.

¹³⁷ Santos Azuela, Héctor, Derecho del trabajo, México 1998, Pág. 481.

¹³⁸ Santos Azuela, op. cit. Pág. 483.

¹³⁹ Buen Lozano, Néstor de, op. cit. Pág. 76.

¹⁴⁰ Buen Lozano, Néstor de, Idem. Pág. 76.

Los honorarios de hoy reivindican las mismas banderas laborales de hace un siglo. Se acude a la práctica común de obligar a los trabajadores a firmar en blanco su renuncia o se simulan salarios para sustraerse de obligaciones fiscales o laborales. La falta de empleo ha propiciado formas de trabajo cada vez mas precarias tanto en las contrataciones individuales como en el contenido de los contratos colectivos; se amplía el personal de confianza, y las autoridades y tribunales laborales se han rendido ante las exigencias de los empresarios, circunstancias que dejan en estado de indefensión a la mayor parte de los trabajadores del país.

Por eso día con día se multiplican las nuevas prácticas: fijación de jornadas especiales, cambios en funciones, diversidad en formas de pago, contrataciones temporales o formas sofisticadas de subcontratación. Donde el Estado carece de un observatorio de esos fenómenos para diseñar políticas públicas en la materia y opta por dejar que las cosas caminen por sí solas y se imponga la ley del más fuerte. La comparación con otras experiencias productivas, como la de china, fortalece esta línea de avance en la precariedad, pues se sostiene que hemos perdido competitividad simplemente por que nuestros salarios son altos comparados con los de ese país.

Es necesaria la presencia del Estado como protector de políticas públicas que vinculen el mundo del trabajo con otras áreas de la vida social, entre otras, el desarrollo del empleo, la defensa de la seguridad social con un sentido no sólo gremial sino ciudadano, y la impartición de justicia imparcial y profesional.

Si los derechos individuales y colectivos así como las tutelas individuales establecidas en el artículo 123 respondieron a los requerimientos económicos y sociales de un país capitalista en el que las relaciones sociales de trabajo eran y son fundamentalmente para el desarrollo económico, no es sostenible que este presupuesto haya perdido vigencia y menos aún que la modernidad, los cambios estructurales o la globalización justifiquen tirarlos por la borda, a riesgo de desconocer también avances de la humanidad en materia de derechos humanos consignados en los más importantes tratados celebrados después de la primera y sobre todo de la segunda guerra mundial.

La función del derecho en mantener la paz social, debe poner en movimiento una serie de derechos y de deberes de las partes que conjuguen sus respectivos intereses.

4.2 CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS, UTILIZADO COMO UN MEDIO LEGAL PARA EVADIR DERECHOS Y OBLIGACIONES EN LA RELACIÓN LABORAL.

En México, los empleadores han encontrado diversos medios para evadir obligaciones derivadas de la relación laboral, métodos que son auténticas formas de explotar los servicios del trabajador, mencionaremos solo dos de estos que oprimen a nuestro país: el primero se encuentra regulado por el derecho Civil, utilizado para incorporar empleados al trabajo por medio de Contratos de Prestación de Servicios Profesionales, a pesar de que se trata de verdaderos vínculos de trabajo, y el segundo que se relaciona con el anterior, constituyéndose empresas prestadoras de servicios cuyo objeto primordial es abaratar el costo de la relación laboral defraudando así los derechos de los trabajadores en sus contratación.

La Contratación por la vía civil: El derecho mexicano regula la prestación de servicios profesionales como un contrato de naturaleza Civil, por el que un profesor presta sus servicios profesionales a otra persona. Las partes fijarán, de común acuerdo, los alcances del contrato así como la contraprestación económica a favor del profesor, en caso de que sea oneroso.

El Derecho Civil con toda claridad establece que la prestación del servicio profesional solo podrá realizarse por quien tenga un título profesional reconocido por la ley, cuando esta lo exija para el ejercicio de la profesión, que esté debidamente registrado, y se obtenga en la Dirección General de Profesiones la patente de ejercicio (cédula profesional). Por lo tanto, solamente aquellos profesionales facultados podrán celebrar un contrato de esa naturaleza y la materia sobre la que verse deberá estar necesariamente relacionado con aquella para la que ha sido autorizado. “El profesional es el jefe de su propio despacho y lo dirige como mejor le parece. Redacta sus escritos judiciales, dibuja los planos

o hace los cálculos respectivos, estudia radiografías o análisis cuando le parece mejor hacerlo, poniendo en practica la técnica que aprendió”¹⁴¹.

Tanto en la iniciativa privada, como en el servicio público, miles de trabajadores han sido llevados ficticiamente al campo del Derecho Civil, es decir, a una normatividad que le resulta abiertamente impropia y notoriamente desventajosa. Arturo Martínez dice que es una “simulación de la relación de trabajo cuando el patrón celebra con un trabajador un contrato distinto al de trabajo, aparentando que los une una relación diversa a la laboral”¹⁴².

En la doctrina moderna en que se sustenta el derecho del trabajo, el servicio profesional es la actividad de la persona que ostentando un título académico o técnico que lo faculte para el ejercicio de una ciencia o un arte en forma libre, la ejecuta en beneficio de un patrono, bajo su dirección, subordinación y dependencia económica, sujeto a un contrato individual de trabajo. En función de estos elementos, el intelectual, el llamado profesionista liberal, el técnico, el alto empleado, inclusive el artista que por exigencias personales establezca una relación jurídica cuya finalidad sea el desempeño de un servicio subordinado al quedar sujeto a las instrucciones u órdenes de un tercero y por tanto impedido del libre ejercicio de la profesión que ostente, tal relación jurídica debe estimarse laboral y los servicios profesionales que preste asimilados a los de cualquier trabajador.

La legislación del trabajo ha otorgado esta característica a los servicios profesionales, ya que como acontece en nuestro medio laboral mexicano, se define al trabajador como toda persona física que presta a otra (física o moral) un trabajo personal subordinado, siempre que la actividad humana que desarrolle, intelectual o material, sea en beneficio de aquélla, independientemente del grado de preparación que posea: quien lo ejecute (artículo 8o. Ley Federal del Trabajo). Sin embargo, en la actualidad es tan amplio el campo de las profesiones, que resulta necesario establecer la frontera en que unas u otras se desenvuelven a efecto de precisar las que se encuentran

¹⁴¹ Guerrero, Euquerio, op. cit. pág.

¹⁴² Martínez, Arturo , op. cit. Pág. 164.

reglamentadas en ramas judiciales diferentes al derecho del trabajo, a fin de que no sean utilizadas como medio legal para evadir derechos y obligaciones en la relación laboral. Nuestra finalidad es establecer respecto de los servicios profesionales cuándo se está frente a un mandato o "locación de obra" y cuando se les encuentra en el ámbito de la relación laboral.

El conocimiento popular ha considerado que la actividad profesional de un abogado, de un médico, de un ingeniero, de un arquitecto o de cualquier persona que pone su actividad intelectual al servicio de otra, no es propiamente un trabajador sino un mandatario que presta servicios a virtud de un acto jurídico en el que existen derechos y obligaciones mutuos que deben ser cumplidos por quien contrata el servicio y por quien lo lleva a cabo (Prestación de Servicios Profesionales).

Es indudable que es profesionalista el que ejerce con plena autonomía; pues el que en un despacho, consultorio, laboratorio u oficina particular ofrece al público sus servicios; el que realiza contratos sujetos en sus caracteres jurídicos al ordenamiento civil; el que no se encuentra sujeto a dirección o subordinación porque ejecuta cualquier trabajo conforme a su criterio, bajo propias normas de conducta y de acuerdo a planteamientos propios; en fin, quien efectúa su labor como se ha expresado en el lenguaje común de los peritos "bajo su leal saber y entender" no es sujeto del derecho del trabajo. "Un profesional puede ser un asalariado, pero un no profesional no puede legalmente celebrar un contrato de servicios profesionales"¹⁴³.

Pero el profesionalista cuya actividad intelectual, literaria, científica o artística, sea dependiente y no pueda por sí mismo desempeñar el servicio al cual haya quedado obligado, aquel cuyo tiempo, esfuerzo, dedicación o empeño, se pongan a disposición de otro, sea o no, económico el interés que lo haya impulsado a ello; quien por el atractivo de una remuneración se encuentra dispuesto al abandono de la libertad que el ejercicio de la profesión representa;

¹⁴³ Buen Unna, Claudia de, op. cit. Pág. 82.

será un trabajador y su actividad queda amparada por el derecho laboral por los artículos:

Artículo 21.- Se presumen la existencia del contrato y de la relación de trabajo entre el que presta un trabajo personal y el que lo recibe.

Artículo 26.- La falta del escrito a que se refieren los artículos 24 y 25 no priva al trabajador de los derechos que deriven de las normas de trabajo y de los servicios prestados, pues se imputará el patrón la falta de esa formalidad.

Lo anterior puede o no quitarle a sus actos la calidad de un mandato y puede ser su actuación comprendida a la de un mandatario de hecho; solo que así como la ejecución de un acto no otorga a éste en todas las situaciones la calidad de jurídico, la función que se desempeñe tampoco da los atributos del mandato si no están integrados los requisitos del mismo.

El profesionista se comporta como mandatario en cuanto estipula una transacción con el cliente, al que le señala un precio por sus servicios, con el que se compromete a la realización de determinados actos y al que únicamente le da a conocer los resultados que obtiene.

La actuación de un abogado, queda circunscrita a un convenio especial, según las bases que se establezcan, sea o no por escrito, pero sujeto en todo a la libre acción. El médico que recibe a los enfermos atendiéndolos en un consultorio o a los que visita en su domicilio particular, tampoco actúa bajo una dependencia directa o indirecta, sino atendido al ejercicio propio de su grado y a la aplicación que hace de sus conocimientos, sujeto su trabajo a la propia responsabilidad y no al precio del servicio o al tiempo que utilice "La prestación de servicios profesionales (como lo ha indicado el doctor De la Cueva) al igual que todas las instituciones jurídicas, sólo tiene valor en cuanto se refiere a

determinadas situaciones reales, por tanto, querer aplicar sus características fuera de ellas, implica el desconocimiento de su naturaleza"¹⁴⁴.

No cabe duda que las profesiones liberales presentan todas ellas algunos caracteres comunes que admiten reglamentación similar pero cuando sus elementos las distinguen y separan, tiene que ser la disciplina adecuada la que las regule y oriente conforme a su identidad jurídica.

La proyección sociológica de los servicios profesionales tiene hoy en día lo que interesa para un análisis correcto. No es siempre el lucro personal lo que les caracteriza. Desde luego un inventor, un artista, un científico, un investigador, pueden estar influidos por el interés patrimonial a que aspiren, acorde a la actividad elitista que desarrollen. Pero esto tiene lugar cuando nos referimos a una élite y no al común de los profesionistas, cuyo nivel social se encuentre en la frontera de las masas laborales. En esta ubicación el profesionista que pone su actividad intelectual; al servicio de un patrono en igualdad de condiciones en que un obrero o un campesino lo hace con su trabajo de mano de obra. Y en cuanto esto ocurre, su acción se aleja del grado de libertad que contiene para entrar en el terreno de la dependencia, y consecuentemente, en la escala cultural del trabajador común, tomando la acepción de la palabra cultura no como el saber humano sino el correspondiente a un estudio de la "evolución de un pueblo".

Resulta entonces lógico aceptar la calidad laboral del servicio profesional en si mismo. Así lo entendió el legislador mexicano y en idéntica forma lo ha interpretado nuestra Suprema Corte de Justicia, la que ha dicho: Se tiene .por acreditada la existencia de la relación obrero-patronal si se prueba: a) la obligación del trabajador de prestar un servicio material o intelectual, o de ambos géneros; b) la obligación del patrón de pagar a aquel una retribución, y c) la relación de dirección y dependencia en que el trabajador se encuentre colocado frente al patrón (amparo directo núm. 1692/58; quejoso: Rogelio H. Mautier y coagraviados, cuarta sala, resuelto el 22 de junio de 1959). Y ha agregado:" la simple prestación de servicios conforme a una retribución específica, no

¹⁴⁴ De la cueva, Mario, op. cit.

constituye por sí sola una relación de trabajo, en tanto no exista el vínculo de subordinación denominado en la ley con los conceptos de dirección y dependencia, según el artículo 17 de la Ley Federal del Trabajo (amparo directo núm. 2624/66; quejoso: Holger Miller, cuarta sala, resuelto el 5 de junio de 1967).

Por tanto, si los servicios profesionales se realizan con plena autonomía, la persona que los ejecute en beneficio de otra, regirá sus relaciones jurídicas conforme al ordenamiento civil; pero cuando dicha ejecución se haga en forma subordinada y bajo la dependencia económica de un patrono, la relación jurídica será de trabajo y para cualquier cuestión, aclaración o conflicto que se suscite será la ley Laboral a la que se tenga que atender.

En el Código Civil define la prestación de servicios profesionales en función de la persona que los realiza y recibe. La doctrina estima que si bien es cierto se les puede sujetar a un contrato, tal contratación viene a resultar sui generis por sus características, si se toma en cuenta que las actividades de un profesionista, trátase de un abogado, un médico, un ingeniero o un simple literato o artista resultan más bien intelectuales que materiales; esto es, el profesional cuando pone sus aptitudes al servicio de otras personas, independientemente de que lo haga mediante una retribución expresa o tácitamente convenida, en forma alguna ajusta la labor desarrollada a una relación de trabajo, al no sujetar a condición alguna tal actividad.

Los actos dependientes de una profesión literaria, artística o científica no pudiendo directamente y por sí mismos, ser objeto de un contrato laboral obligatorio, aun cuando en su realización sea estipulada una remuneración, tal característica no implica subordinación y menos aún sujeción a un patrono, sino únicamente representa la retribución convenida por el servicio que se llevará a cabo y cuyos resultados ni siquiera pueden ser previstos o convenidos.

Si nos colocamos en la posición derivada de un contrato de prestación de servicios encontraremos que el elemento subordinación es clásico no solo de este tipo de acuerdo inter-partes, sino lo es también del contrato de locación de

obra o el de mandato, y ambos son de estricta naturaleza civil o mercantil, sin que esta circunstancia coloque al profesional, al locatario o al mandatario en calidad de obrero o de trabajador al servicio de un patrono, lo que ocurre es, como ya lo hemos señalado, el campo de las profesiones liberales es hoy bastante amplio y variado y da ocasión a un sin número de relaciones jurídicas que resultaría imposible comprenderlas a todas dentro de un solo esquema. Sería necesario realizar un esfuerzo excesivo para asimilar los conceptos retribución, subordinación o empleo, a los conceptos trabajo, dirección y salario (propios de la relación laboral), a un mero contrato de trabajo, cuando el profesionista lo que busca y pretende al ofrecer sus servicios es independencia, libertad y forma particular de ejercerlos.

En este ámbito, se da una clara desproporción entre los sujetos de la relación, trabajador y patrón, pues aunque teóricamente dentro del Contrato de Prestación de Servicios Profesionales las partes están en igualdad de circunstancias, en la práctica ocurre todo lo contrario, pues el patrón es quien impone las condiciones y el trabajador no tiene más remedio que aceptarlas a la manera de un contrato de adhesión.

Este Contrato Civil es un recurso del que se ha aprovechado el Estado, dentro del servicio público mexicano, ya que el artículo 8° de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado niega la tutela de dicha Ley, a quienes presten sus servicios mediante contrato Civil o que estén sujetos al pago de honorarios.

En la práctica se celebran Contratos Civiles de honorarios profesionales, sin importar si el que los presta es un profesional o si la materia sobre la que versa o la índole de trabajo corresponden a un contrato de esa naturaleza jurídica. En realidad se celebran para cubrir necesidades de puestos permanentes en las dependencias del Estado. La celebración de contratos de esta naturaleza es un mecanismo arraigado que ya se ha transformado en costumbre. Tal situación ha sido ratificada por los Tribunales Federales de Trabajo en sus laudos, a pesar de ser contraria a los principios fundamentales que rigen el sistema jurídico mexicano.

El legislador mexicano de 1970, previó con toda claridad este problema al definir al contrato individual de trabajo, manifestando que independientemente del nombre o denominación que se dé a dicho contrato, es aquél en virtud del cual, una persona le presta a otra un trabajo personal subordinado mediante el pago de un salario.

En este orden de ideas, un empleador podrá contratar a un trabajador, mediante un Contrato de Prestación de Servicios Profesionales, pero si se demuestra que existe el elemento característico de la subordinación, dicho contrato a pesar de su denominación, será un verdadero contrato de trabajo.

Otro mecanismo muy recurrido por los patrones para abaratar los costos de los despidos ha sido condicionar la celebración del contrato de trabajo a la firma de un documento que contenga su renuncia al mismo y un finiquito amplio en favor del patrón, obviamente sin fecha, para echar mano de este en caso de querer despedir al trabajador; mecanismo que libera al empleador de los estipulado por la Ley Federal del Trabajo, esto es pagar una indemnización al trabajador cuando sea despedido injustificadamente o que el mismo patrón no dé el aviso de despido correspondiente como lo ordena la ley; ya que para el caso de renuncia voluntaria no lo pagará.

Contratación laboral mediante empresas prestadoras de servicios.

En México se ha venido estableciendo, cada vez con mayor frecuencia la contratación de trabajadores por medio de empresas legalmente constituidas por el propio empleador y cuyo objeto social es: la prestación de servicios, por lo que comúnmente se les denomina “empresas prestadoras de servicios”. “Las empresas contratan por la llamada vía del out sourcing personal para que les presten servicios profesionales subordinados, liberándose de toda carga laboral, fiscal y de seguridad social”¹⁴⁵.

Estas empresas tienen en nómina al personal que presta sus servicios a otra empresa, que por regla general es la tenedora de las acciones, no cuentan

¹⁴⁵ Martínez, Arturo, op. cit. Pág. 165.

con activos y al no tener utilidades, obviamente no participan de las mismas a sus trabajadores y las prestaciones que gozan son las mínimas legales y constitucionales.

El caso de la Contratación laboral mediante el outsourcing, ha generalizado su práctica en México, pues el empleador desea liberarse de toda carga laboral, mediante un contrato de prestación de servicios profesionales, contrata con una empresa legalmente constituida y ajena a ella, los servicios del personal que por regla general devengarán salarios bajos y tendrán las prestaciones de ley únicamente, lo anterior para optimizar los costos operacionales.

El fenómeno de la subcontratación de personal en sus distintas y sofisticadas denominaciones, externalización, tercerización u *outsourcing*, no es nuevo; desde hace muchos años se comenzó a brindar personal para ciertas labores temporales, especialmente secretariales o administrativas, más tarde fueron las tareas de vigilancia y limpieza las que eran desplazadas por la empresa beneficiaria, y asumidas por una red de nuevos empleadores especializados en vender mano de obra en un modelo precario de condiciones de trabajo: salarios bajos, afiliación irregular en la seguridad social, jornadas extenuantes superiores a los máximos de ley y un sindicalismo controlado bajo los clásicos contratos de protección patronal.

El esquema fue consolidado cuando el propio Estado y sus órganos de justicia admitieron en sus instalaciones estas formas de contratación; sin freno alguno la subcontratación fue destruyendo los principios e instituciones protectoras del derecho laboral mexicano. Las empresas toman ventaja, los trabajadores urgidos de cualquier empleo sufren las consecuencias de su indefensión y el Estado cierra los ojos.

Las empresas prestadoras de servicios tienen como actividad principal contratar trabajadores para que estos a su vez presten sus servicios a favor de un tercero que son sus clientes, debiendo de asumir la prestadora de servicios la relación y responsabilidad laboral, es decir, se encarga de contratar a los

empleados, cubrir sus salarios y prestaciones, afiliarlos ante el IMSS e Infonavit, pagar las cuotas obrero patronales y aportaciones correspondientes, efectuar retenciones de impuestos y presentar las declaraciones necesarias y cuando ya no se requieren los servicios del trabajador, dar por terminada la relación de trabajo, sin ninguna responsabilidad para sus clientes, ofreciendo también que en caso de conflicto o demanda laboral, asumirán las responsabilidades del juicio y en su caso cubrirán las prestaciones o indemnizaciones a que salgan condenados, obligándose a sacarlos en paz de cualquier conflicto.

Este tipo de empresas se pueden clasificar en dos formas:

1.- Las constituidas por una empresa para que se encargue de contratar a su propio personal y no persiguen un fin de lucro, ya que el servicio y los trabajadores se lo van a proporcionar a una o varias empresas del mismo grupo.

2.- Las establecidas con un fin de lucro y que tienen como objeto proporcionar servicios como puede ser el de seguridad, limpieza, valet parking, construcción y algunos otros.

Proporcionar personal a sus clientes para que éstos a través del mismo ejecuten su objeto; personal temporal o eventual.

La forma de operación de las empresas puede darse en dos formas:

A) Una empresa constituye su propia empresa prestadora de servicios, quien es la que se encargara de contratar al personal para que se ocupe de ejecutar el objeto de la primera, teniendo siempre como patrón a la empresa prestadora de servicios.

B) La segunda forma de operar es en la que una empresa constituye un grupo de sociedades que tienen diferentes actividades específicas cada una de ellas, como lo son la manufacturera, la comercializadora, la administrativa, etc. Y de igual forma constituye una empresa que se va a encargar de contratar a los trabajadores para que presten sus servicios en

una, varias o en todas las empresas del grupo, pero siendo siempre el patrón la prestadora de servicios.

Las empresas antes señaladas con frecuencia evitan el pago del reparto de utilidades, ya que éstas no generan utilidades en virtud de que lo que le cobran a su "cliente" es casi prácticamente lo que gastan en su operación, como lo es el pago de salarios y prestaciones, etc., por lo que al gastar lo que reciben por concepto de honorarios, no generan utilidades o se generan las que quieren repartir.

Asimismo se constituyen para generar una aparente protección en caso de un juicio laboral, en virtud de que la prestadora de servicios asume la relación de trabajo dejando supuestamente a un lado a la empresa que recibe y que se beneficia con los servicios y que es quien generalmente tiene los bienes e ingresos, ya que en caso de que la empresa prestadora de servicios salga condenada al pago de una prestación o indemnización en un juicio laboral, generalmente no va a contar con bienes para responder de sus obligaciones y por consiguiente si no está planteada correctamente la demanda, sería difícil hacer exigible el laudo.

Por lo que se refiere al segundo grupo de empresas, es decir, las que tienen un ánimo de lucro, son contratadas para que las empresas que adquieren sus servicios no tengan una contingencia laboral, además de que la empresa prestadora de servicio asume en su totalidad la responsabilidad laboral y por lo tanto se va a encargar de seleccionar y contratar al personal, pagar salarios y prestaciones, elaborar la nómina, pagar las cuotas obrero patronales al IMSS y aportaciones al Infonavit, retener y pagar impuestos, presentar declaraciones, reemplazar al trabajador cuando sus servicios no son eficientes, entre otras actividades.

Este tipo de empresas también ofrece un servicio especializado como es el caso de las empresas de seguridad, limpieza, promoción, valet parking, subcontratistas en la industria de la construcción, etc., para que con su propio

personal ejecuten el servicio que corresponda, asumiendo también toda la responsabilidad laboral.

En caso de una demanda laboral, es obligación de la empresa prestadora de servicios atender el juicio, responder del mismo, debiendo pagar cualquier cantidad a que salga condenada, sacar en paz a sus clientes y evitar que éstos salgan condenados al pago de cualquier prestación o indemnización y que en caso de que así sea, la prestadora de servicios deberá responder del mismo, y de igual forma asume la responsabilidad frente al IMSS e Infonavit, es decir, el cliente prácticamente se olvida de cualquier responsabilidad laboral.

Las empresas de servicios se desviaron del concepto de subcontratación parcial, esto es de un grupo de trabajadores especializados o ajenos al objeto central de la misma, tomando el camino de una sustitución completa, un acto de simulación, que hace pocos años era impensable, simplemente porque destruye el concepto mismo de empresa, entendida como unidad de bienes o servicios que utiliza recursos humanos para el cumplimiento de un fin.

Los primeros experimentos se desarrollaron en la industria maquiladora y en grandes trasnacionales; como no operó oposición alguna, la práctica se extendió como un cáncer en todo el sistema productivo.

Lo que buscan las empresas al crear artificialmente una razón social que se vende a sí misma los servicios del personal, es burlar la ley laboral y fiscal, evitar asumir responsabilidades patronales y, en particular, omitir el pago del reparto de utilidades a los trabajadores, derecho que nuestra propia Constitución garantiza en la fracción IX del artículo 123 y que asciende por disposición de Ley a 10 por ciento.

La maniobra es burda, a la empresa que genera utilidades no se le asigna personal alguno y en consecuencia se omite este pago, y la empresa de servicios que reconoce la relación laboral carece de utilidad a repartir. Los defensores de esta simulación, abogados empresariales y arquitectos financieros, que han hecho fortunas con su asesoría, alegan temerariamente que

no hay delito alguno puesto que dichas empresas han sido constituidas conforme a la ley y que su objeto formal está permitido: proveer de personal a otra. "Consideramos que existe fraude a los derechos de los trabajadores, cuando éstos son contratados por empresas prestadoras de servicios, que son constituidas por las fuentes de trabajo con el único fin de reducir su carga y riesgo laboral, y no cubrir las prestaciones con las que cuentan sus demás trabajadores, como son mayor número de días de aguinaldo, vacaciones, prima vacacional, bonos por rendimiento, y además como carecen de activos suficientes, por una parte y en caso de un problema grave, resultan ser insolventes y por la otra, los empleadores dejan de cubrir a sus trabajadores las participaciones de las utilidades obtenidas en sus empresas"¹⁴⁶.

La ilegalidad no deriva de su creación formal, sino de la maniobra articulada para evitar el cumplimiento de la ley. No se trata en esencia de entidades distintas, sino de la misma, basta acudir a la definición del artículo 16 de la Ley Federal del Trabajo (LFT), que entiende por empresa "la unidad económica de producción o distribución de bienes y servicios y por establecimiento la unidad técnica que como sucursal, agencia u otra semejante, sea parte integrante y contribuya a la realización de los fines de la empresa". Es interesante observar que cuando se trata de obtener ventajas fiscales o consolidar pérdidas las empresas asumen una interpretación, pero cuando el tema es cumplir con obligaciones, la interpretación es distinta.

Podemos recorrer los artículos centrales de nuestra legislación laboral y confirmar la extrema ilegalidad de esta simulación que se ha venido convirtiendo en un auténtico fraude al fisco, a las mujeres y hombres que prestan sus servicios a dichas empresas. Basta señalar que el numeral tercero de la LFT impone que el trabajo no puede ser considerado artículo de comercio; a pesar de ello, los contratos celebrados entre las empresas de servicios y las beneficiarias consideran al trabajo como objeto de transacción comercial. El artículo 21 de dicha Ley Laboral presume la existencia de la relación laboral entre el que presta un trabajo personal y el que lo recibe, en consecuencia la

¹⁴⁶ Martínez, Arturo, op. cit. Págs. 166 y 167.

empresa receptora del servicio es objetivamente el auténtico patrón. Por su lado, el artículo 539-F del mismo instrumento legal fija las reglas para que la Secretaría del Trabajo y Previsión Social pueda otorgar excepcionalmente la autorización a empresas dedicadas a la contratación de personal, siempre limitados a trabajos de carácter especial. No es un problema legal: en esencia es la abdicación del Estado en el cumplimiento de sus obligaciones.

Este fraude de carácter estructural requiere de una estrategia gubernamental tanto en el ámbito fiscal como laboral, haciendo una interpretación armónica de sus normas a fin de evitar la lesión colectiva que genera.

Las empresas deben ser consideradas como unidades económicas para el efecto del cumplimiento de sus obligaciones, sin menoscabo de admitir la subcontratación cuando exista la justificación para ello, por ejemplo cuando empresas realmente diferentes aportan una labor altamente especializada con recursos propios. A nivel laboral, deben regularse con mayor precisión estas prácticas y confirmar el cumplimiento de las normas por medio de la inspección laboral especializada. Esta práctica de subcontratación integral contradice el recurrente discurso en materia de responsabilidad social empresarial y los códigos de ética, y es también excluyente de la común afirmación empresarial a los trabajadores de compartir el mismo barco.

CONCLUSIONES

1.- El derecho social se concibió en la primera constitución socialista, es decir, la mexicana de 1917, concretamente en los artículos 27 y 123, este último referido al derecho del trabajo, regulado por la ley reglamentaria del mismo; su propósito es elevar el nivel de vida de la clase obrera, estableciendo derechos mínimos que se deben observar en favor del obrero, fuera de toda concepción civilista, (libertad contractual y autonomía de la voluntad).

2.- Anteriormente los problemas suscitados en la relación obrero-patronal se regulaban y se resolvían por el derecho civil, al ser asimilado el contrato laboral de trabajo en sus elementos al contrato civil.

3.- A partir de la Ley Federal del Trabajo de 1931, surgen las llamadas relaciones previas al contrato de trabajo, relaciones desvirtuadas de su objetivo por la clase patronal, al ser utilizadas como medio de solución, que obstaculizan su vinculación con el trabajador en un contrato de trabajo que le genere obligaciones.

4.- El derecho del trabajo protege a la clase trabajadora aún más al considerar que la naturaleza del contrato no depende del nombre que se le adjudique, si no de la forma en que se va a ejecutar su objeto, por lo que no se debe de confundir los casos en que no existe contrato de trabajo, o bien sean contratados por honorarios o se haya celebrado el contrato de prestación de servicios profesionales, debido a que de concurrir los elementos de la relación laboral, se debe regir esa relación bajo la Ley Federal del Trabajo, por ser el objeto de la relación la subordinación y la prestación personal, elementos característicos de la relación de trabajo.

5.- Se esta frente al contrato de prestación de servicios profesionales, cuando se reúnen los elementos de existencia y validez del contrato, es decir, con un elemento personal llamado profesionista quien se encuentra certificado, con cédula para ejercer un arte, oficio o profesión, con conocimientos técnicos, prestando sus servicios de acuerdo a su leal saber y entender, además se

desarrolla la actividad con sus propios medios para otra persona denominada cliente, quien es el que utiliza y retribuye los servicios prestados.

6.- El contrato individual de trabajo y el contrato civil de prestación de servicios profesionales son de distinta naturaleza jurídica, el primero regula las relaciones obrero-patrón (la prestación de servicios subordinados), mientras que el segundo regula las relaciones entre partes (la autonomía de la voluntad); imperando el contrato laboral sobre el civil debido a que se considera de interés general y de orden público, por ello se le encomienda al Estado vigilar su cumplimiento.

7.- Si los servicios profesionales se realizan con plena autonomía, la persona que los ejecute en beneficio de otra, regirá sus relaciones jurídicas conforme al ordenamiento civil; pero cuando dicha ejecución se haga en forma subordinada y bajo la dependencia económica de un patrono, la relación jurídica será de trabajo y para el caso de conflicto se sujetara a la ley Laboral.

8.- El contrato de prestación de servicios profesionales es susceptible y de hecho se utiliza en la práctica como medio para evadir o evitar las obligaciones laborales, a pesar de ser una normativa notoriamente inaplicable, por ser de orden civil y estar regulado específicamente para profesionistas, esta medida busca simular una relación laboral por una relación regulada por el Código Civil.

9.- La conducta evasiva del patrón se da mediante un distanciamiento encubierto en contradicción a la ley laboral, estando dentro de la simulación y del fraude; el fraude se configura cuando la norma imperativa laboral se pretende violar, utilizando otra que aparente encuadrar el tipo pretendido bien sea civil o mercantil, obteniendo un resultado diferente al que prescribe la ley laboral, logrando conseguir un beneficio al suspender las prestaciones al trabajador o el pago que conforme a la ley laboral le corresponden.

10.- La prestación de servicios materiales o intelectuales es un derecho exigible al Estado, regulado dentro del derecho laboral y considerando por el derecho social como una de las actividades que requiere tutela del Estado, con

el deber encaminado de proteger el interés social, promover y vigilar la capacitación y el adiestramiento de los trabajadores.

11.- Los empleadores con insistencia han buscado desde los inicios del derecho laboral librarse de las obligaciones laborales que acarrea un contrato individual de trabajo. En la actualidad a pesar de ya no regularse por la Ley Federal del Trabajo, se siguen utilizando los contratos de prueba, de aprendizaje y los llamados de veintiocho días para evitar cumplir sus obligaciones laborales, simulando estar permitidos por la Ley.

12.- El derecho laboral, es un derecho proteccionista a favor de la clase trabajadora, lo que ha llevado a la clase patronal a buscar mecanismos fraudulentos o de simulación con apariencia legal que le permitan eludir el cumplimiento de obligaciones que se imponen a favor de la parte contractualmente débil, a estos instrumentos se les han denominado: contrato de prestación de servicios profesionales y outsourcing (proveedor de servicios).

13.- En la actualidad se ha generado otro método de evasión de las relaciones laborales denominado outsourcing (proveedor de servicios); estas empresas tienen en nómina al personal que presta sus servicios a otra empresa, que por regla general es la tenedora de las acciones, no cuentan con activos y al no tener utilidades, obviamente no participan de las mismas a sus trabajadores y las prestaciones que gozan son las mínimas legales y constitucionales.

14.- Las mismas empresas buscan crear artificialmente una razón social que se vende a sí misma los servicios del personal, burlando la ley laboral y fiscal, al lograr evitar asumir responsabilidades patronales y, en particular, omitir el pago del reparto de utilidades a los trabajadores, derecho que nuestra propia Constitución garantiza en la fracción IX del artículo 123.

15.- La ilegalidad de la existencia de estas empresas no deriva de su creación formal, sino de la maniobra articulada para evitar el cumplimiento de la Ley. No se trata en esencia de entidades distintas, sino de la misma, como lo señala el artículo 16 de la Ley Federal del Trabajo, al establecer que la empresa

es "la unidad económica de producción o distribución de bienes y servicios y por establecimiento la unidad técnica que como sucursal, agencia u otra semejante, sea parte integrante y contribuya a la realización de los fines de la empresa".

16.- Este fraude de carácter estructural requiere de una estrategia gubernamental que vigile el cumplimiento tanto en el ámbito fiscal como laboral, procurando una aplicación equitativa de sus normas a fin de evitar la lesión colectiva que se genera.

BIBLIOGRAFIA

Buen, Carlos de, Ley Federal del Trabajo comentada, México, Themis, 1990.

Buen Lozano, Néstor de, Derecho del trabajo, 10^a ed. Actualizada, T. I, Edit. Porrúa, México 1994.

Buen Lozano, Néstor de, Derecho del trabajo, 10^a ed. actualizado, T. II, Editorial. Porrúa, México 1994.

Buen Lozano, Néstor de, Derecho del trabajo, 13^a ed., T. I, edit. Porrúa, México 1999.

Buen Lozano, Néstor de, El desarrollo del Derecho del trabajo y su decadencia, 1^a Ed., Edit. Porrúa, México 2005.

Buen Lozano, Néstor de, ¿Flexibilización o fraude?, Estado de México Valle Escondido abril de 1997.

Buen Lozano, Néstor de, La reforma laboral que necesitamos ¿como transitar a una autentica modernización laboral?, Edit. UNAM, México 2004.

Cervantes Nieto, Héctor, Consejos prácticos sobre el contrato individual de trabajo, Ediciones Fiscales ISEF, México 1997.

Cueva, Mario de la, El nuevo derecho mexicano del trabajo, 11^a. Ed., T. II, Edit. Porrúa, México 1988.

Cueva, Mario de la, El Nuevo Derecho del Trabajo, 19 ed., Edit. Porrúa, México 2003.

Dávalos, José, Derecho del Trabajo I, 3^a. Ed., Edit. Porrúa, México, 1990.

Delgado Moya, Rubén, El derecho social del presente: Derecho al trabajo, al capital y a los instrumentos de producción distribución y consumo, Edit. Porrúa, México 1977.

Ernesto Gutiérrez y González, Derecho de las Obligaciones, Ed. José M. Cajica Jr S.A., Pue, México 1974.

Francisco Ferrara, La simulación en los negocios jurídicos, Trad. De Rafael Atard y Juan A. de la puente, Madrid 1926.

García López, Agustín, Apuntes de contratos, Segunda parte, Publicación mimeográfica, Facultad de Derecho de la UNAM, México.

García, Manuel Alonso, Curso de derecho del trabajo, Edit. Ariel, Barcelona 1973.

Garrido Ramón, Alena, Derecho individual del trabajo, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2004.

Guerrero, Euquerio, Manual de derecho del trabajo, 24ª Ed. Rev. Por Alejandro Guerrero Givka, Edit. Porrúa, México 2006.

Lemus Raya, Patricia, Derecho del Trabajo, Editorial McGRAW-HILL, México 1997.

Lozano Noriega, Francisco, Contratos, 4º curso de derecho civil, Edit. Asociación Nacional del Notario Mexicano, A.C., México 1962.

Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, Contratos civiles, 12ª Ed. corregida y aumentada, Edit. Porrúa, México 2008.

Pina Vara, Rafael de, Elementos de Derecho Civil Mexicano (contratos en particular), 7ª Ed., Volumen cuarto, Edit. Porrúa, México 1992.

Sánchez Medal, Ramón, De los contratos civiles, 5ª Edición, Edit. Porrúa, S.A., México 1980.

Santos Azuela, Héctor, Derecho del trabajo, México 1998.

Rico y Garza, Álvarez Fausto, De los contratos civiles, Edit. Porrúa, México 2008.

Zamora y Valencia, Miguel Ángel, Contratos civiles, 2ª Ed., Edit. Porrúa, S.A., México 1985.

Zamora y Valencia, Miguel Ángel, Contratos civiles, 5ª ed., Edit. Porrúa, México 1994.

REVISTAS Y ENCICLOPEDIAS

Enciclopedia Jurídica OMEBA. Tomo XXV. Retr. Tasa. Ed. Avealo S.A., Argentina 1968, Pág. 504.

Diccionario abreviado del español actual, Seco, Manuel, España, Aguilar, 2000.

Diccionario de la lengua Española, José Alemany Bolufer y otros, Ramón Sopena Editor. Barcelona España, Pág. 1324.

Martínez, Arturo, "Fraude en la contratación laboral", revista académica, Volumen 1 de Junio del 2003.

Hernández Álvarez, Oscar, El derecho Mercantil y el Derecho del Trabajo: Fronteras y espacios de concurrencia, Revista Gaceta laboral, Vol. 11, Número 1, Enero-Abril 2005 Universidad de Zulian, Venezuela.

Buen Unna, Claudia de, El contrato de prestación de servicios profesionales, vía fraude laboral, Revista latinoamericana de derecho, año III, número 5, Enero-Junio de 2006.