

EL CONTRATO DE TRABAJO

Federico ARCINIEGA

SUMARIO: I. *Prólogo.* II. *El derecho del trabajo.* III. *El contrato de trabajo.* IV. *El contrato de trabajo, dada su vinculación con la vida real, está en constante movimiento.* V. *Estabilidad en el empleo.* VI. *Fronteras de los contratos civiles comerciales y laborales.* VII. *Abreviaturas.*

I. PRÓLOGO

Hablar de contrato de trabajo es referirnos a la naturaleza social del derecho del trabajo, a los Derechos Humanos, a la justicia social, a Estado de derecho y al progreso dentro de un marco jurídico, toda vez que el contrato individual de trabajo regula la prestación de un servicio de una persona humana a otra persona física o moral dentro del marco del derecho positivo, en un Estado de derecho, entendido éste como aquél, *donde no sólo existe un conjunto de normas que se cumplen y se hacen cumplir, sino que las normas de este Estado no estén en contra de la naturaleza del hombre, y tengan como fundamento, el principio de respeto a la persona humana y a su condición como tal.*

En este mundo moderno en constante cambio y movimiento donde el derecho del trabajo y por lo tanto el contrato de trabajo están cambiando, donde la tecnología crea nuevos campos de trabajo en esta gran aldea global, donde comunicaciones acortan distancias, y repercuten en un hemisferio del globo terráqueo los problemas y las cuestiones sociales y económicas del otro, debemos replantearnos qué es el contrato de trabajo, su naturaleza las partes que lo componen y cuáles son sus elementos básicos: trabajador, relación de trabajo, la estabilidad en el empleo o precariedad de éste, condiciones de trabajo, patrón, obligaciones de las partes, labor contratada, posibilidad de aplicar la reingeniería de acuerdo con las competencias del

trabajador y a lo contratado, así como la posibilidad de la reconversión laboral de las funciones y su posibilidad de adecuación a las necesidades de la empresa por los requerimientos del mercado, la aplicación del *ius variandi*, formas de terminación, etcétera.

II. EL DERECHO DEL TRABAJO

Tutela las consecuencias jurídicas de las conductas y actos que realice el hombre en virtud de una relación de trabajo, bien se dé entre una persona física (trabajador) con una moral (patrón), o entre dos o más personas físicas en virtud de la prestación de un trabajo personal, subordinado, lícito a cambio de una remuneración económica, o bien entre un trabajador y una agrupación permanente de trabajadores (sindicato), entre dos sindicatos de trabajadores o entre un sindicato y un patrón. Estos dos últimos supuestos excluyen la existencia de un contrato individual de trabajo.

Es requisito *sine qua non*, el que invariablemente en la celebración de un contrato de trabajo:

a) *El trabajador sea una persona física* (ser humano). Las personas morales no pueden ser trabajadores.

b) *Preste o desempeñe personalmente una labor o actividad subordinada* (sin importar que sea física o intelectual, como en el caso de abogados, doctores, informáticos o sobre cuestiones tecnológicas, etc.). El grado de subordinación al patrón dependerá de los requerimientos intelectuales para realizar la labor o actividad contratada o bien de que ésta se realice a domicilio o como el tele trabajo.

c) *Que la anterior labor sea a cambio de una remuneración económica* independientemente del nombre que le dé el patrón (salario, honorario, comisión etc.) y de la forma de integración de éste, así como de las prestaciones que forman parte del salario.

La remuneración económica por regla general es denominada salario, el que se integra con las cantidades que son enteradas al trabajador en retribución por los servicios prestados de forma periódica y regular, no así las cantidades asignadas a un trabajador para el desempeño de su trabajo, y no para su personal disposición o de manera eventual y extraordinaria. Ejemplos de cantidades que no integran el salario son: los viáticos, las horas extras, los gastos de representación, los uniformes de trabajo, las herramien-

tas de trabajo, el automóvil, la gasolina, la renta de auto, siempre y cuando éstos le sean dados para el desempeño de su trabajo y no como una retribución directa por los servicios prestados.

El artículo 60. de la Ley de Productividad y Competencia Laboral Peruana (LPLP) preceptúa:

Constituyen remuneración para todo efecto legal el integro de lo que el trabajador recibe por sus servicios, en dinero o en especie, cualesquiera sean la forma o denominación que se le dé siempre que sean de su libre disposición. La alimentación otorgada en crudo o preparada y las sumas que por tal concepto se abonen a un concesionario o directamente a un trabajador tienen naturaleza remuneratoria cuando constituyen la alimentación principal del trabajador en calidad de desayuno, almuerzo o refrigerio que lo sustituya o cena.

Lejos han quedado los tiempos en que predominaban las teorías contractualistas que estimaban que los contratos laborales obligan a lo expresamente pactado y que las consecuencias sean conforme a la buena fe, al uso y a la ley, por lo que habiéndose convenido con los trabajadores el salario que les correspondía por sus servicios, debía reconocerse plena validez y vigencia a dichos contratos a lo ahí pactado y que sólo integraban el salario las ventajas económicas establecidas en el contrato laboral. Este argumento se extrae de la teoría clásica de la autonomía de la voluntad en los contratos, doctrina inaplicable en los contratos de trabajo porque la ley laboral es protectora de los trabajadores, supliendo la voluntad de trabajador y patrón. De tal forma, el salario no consiste únicamente en la cantidad de dinero que en forma periódica y regular paga el patrón al trabajador, sino que están comprendidas todas las ventajas económicas estén o no establecidas en el contrato, en favor del obrero y que se le entreguen por sus servicios, por lo que no se requiere que se encuentren estipuladas en un contrato laboral. Incluso, en el caso del pago de horas extras que normalmente no integrarían el salario dado su carácter eventual y extraordinario, si éstas son cubiertas de forma constante y permanente formarán parte del salario.

d) *Que la labor o conducta sea lícita.* Ninguna persona puede por simple lógica demandar la protección de la ley cuando realice una conducta contraria a ésta. Mucho menos exigir responsabilidad laboral o civil ante el incumplimiento de un contrato laboral (por ejemplo: una persona que sirve para transportar la droga, *burro*). Este punto es debatible si hablamos de gente que presta sus servicios de forma ilegal al haberse internado al país

donde presta sus servicios de forma contraria a las leyes de migración, entonces cabría preguntarnos: ¿lo ilícito es ilegal o lo ilegal es ilícito?, ¿serán acaso sinónimo estas dos palabras?

Una primera corriente sostiene que son contenido y continente, es decir, todo lo ilícito es ilegal pero no todo lo ilegal es ilícito al no encontrarse sancionado por la ley penal como delito penal especial en la ley que contemple el derecho violado. Sería el caso de las leyes imperfectas las que no conllevan sanción, ni en la misma ley, ni en un código penal.

Una segunda corriente estima que una cuestión social está por encima de una simple ilegalidad siempre y cuando no esté tipificado como ilícito.

Una tercera corriente estima que una implica a la otra, pues lo ilícito es contrario a la licitud y un acto que no es lícito necesariamente es contrario a la ley. En consecuencia, una persona que comete un acto contrario a la ley estaría actuando ilícitamente y *viceversa*.

Rafael de Pina, en su *Diccionario de derecho*, nos dice que lo ilícito es lo contrario o en oposición al derecho.¹ Personalmente, estimo que dependiendo del país del que se trate, de sus leyes y jurisprudencia, será que se considere que un trabajador ilegal comete un delito o un simple ilícito, y por lo tanto que se encuentra bajo la protección de la Constitución del país de que se trate y su ley laboral.

Lo anterior nos lleva a la determinación de que no todo trabajo personal subordinado está tutelado por el derecho del trabajo, ni configura una relación laboral y mucho menos aún puede ser materia de un contrato de trabajo. Como ya hemos indicado, el trabajo debe de ser *lícito*, no se incluye ni se encuentra tutelado el prestado de forma gratuita sin otro interés que colaborar para una causa noble, por ejemplo: voluntarios de la Cruz Roja u otra institución en caso de desastre, voluntarios en una campaña contra alguna enfermedad o el que le repara una cosa al vecino en donde el fin de la labor prestada no es poner a disposición de la otra parte la fuerza de trabajo a cambio de una remuneración económica. En el artículo 1.3.d, de la Ley del Estatuto de los Trabajadores Españoles (LETE), se excluyen del ámbito regulado por esa ley.

e) Los trabajos realizados a título de amistad, benevolencia o buena vecindad. De igual forma, la labor prestada por un hombre o una mujer en el hogar en beneficio de la otra parte *no se puede equiparar a una relación de trabajo* y por lo tanto no genera los beneficios derivados de un contrato

¹ Pina, Rafael de, *Diccionario de derecho*, 27a. ed., México, Porrúa, 1999, p. 313.

de trabajo, es una relación jurídica de distinta naturaleza a la laboral, *sin que esto implique que no pueda surgir una relación de naturaleza laboral entre éstos, al realizar actos de distinta naturaleza a los actos puramente civiles que se generan en virtud del vínculo matrimonial*. Esto varía levemente de país a país, como en el caso de las leyes argentinas, artículo 1385, del Código Civil y artículo 27 de la Ley 19.550 o bien, como es el caso del artículo 1.3.e de la Ley del Estatuto de los Trabajadores Españoles (LETE), en la que quedan excluidos del ámbito de aplicación de esa ley: “los trabajos familiares salvo que se demuestre la condición de asalariados de quienes los llevan a cabo se considerarán familiares, a estos efectos, siempre que convivan con el empresario, el cónyuge, los descendientes, ascendientes y demás por consanguinidad o afinidad”.

Esta medida me parece más pertinente, aunque el que se tenga a un familiar registrado como trabajador cubriéndole una retribución económica no implica que se llenen todos los requisitos para que se dé una relación laboral *subordinación o trabajo personal*.

f) Que la labor contratada sea física y jurídicamente posible, pues nadie está obligado a lo imposible.

Explicado todo lo anterior, justo es que nos preguntemos a qué se refiere la palabra *subordinación*. Si todos los seres humanos somos iguales ante la ley y no debe de existir diferencia laboralmente hablando por razón de raza, creencias, color o afiliación política, al hablar de subordinación nos referiremos a un elemento de los contratos individuales laborales y de las relaciones individuales de trabajo.

La subordinación es la que se requiere asumir al laborar respecto del patrón y relativa a la obra o labor contratada, así el patrón podrá mandar un trabajo determinado a los trabajadores en los términos del contrato que para tal efecto celebraron. Los tribunales mexicanos han definido en ejecutoria la subordinación como:

SUBORDINACIÓN, CONCEPTO DE. Subordinación significa, por parte del patrón, un poder jurídico de mando, correlativo a un deber de obediencia por parte de quien presta el servicio. Encontramos apoyo a esta afirmación en el artículo 134, fracción III, de la Ley Federal del Trabajo de 1970, que obliga a desempeñar el servicio bajo la dirección del patrón o de su representante, a cuya autoridad estarán subordinados los trabajadores en todo lo concerniente al trabajo.²

² Fuente: *Apéndice de 1995*, séptima época, Cuarta Sala, t. V, tesis 530, p. 350.

Séptima época: amparo directo 7061/77, Neftalí de los Santos Ramírez, 2 de marzo de 1969, cinco votos; amparo directo 2621/77, Jorge Lomelí Almeida, 22 de septiembre de 1977, unanimidad de cuatro votos; amparo directo 686/79, Salvador Medina Soloache y otro, 13 de junio de 1979, unanimidad de cuatro votos; amparo directo 744/79, Gregorio Martínez Spiro, 25 de junio de 1979, unanimidad de cuatro votos; amparo directo 4611/78, Remigio Jiménez Márquez, 2 de agosto de 1979, unanimidad de cuatro votos.

Durante mucho tiempo se ha discutido por los tratadistas sobre el elemento subordinación, y si éste resulta ser o no, un elemento esencial e indispensable del contrato de trabajo y de la relación de trabajo, en la que el patrón tiene un poder jurídico de mando sobre quien presta el servicio en todo lo concerniente al trabajo contratado, debiendo el trabajador acatar las órdenes de quien lo contrató, en los términos y condiciones en que se le contrató, en otras palabras estar a su disposición para realizar el trabajo contratado. De darse estos elementos, se concluye que la relación existente es de naturaleza laboral y no civil, *por lo que el elemento subordinación distingue al contrato laboral de los contratos de prestación de servicios profesionales*.

El hecho de que un profesionista preste servicios a una persona que ordinariamente es patrón de otras personas y reciba una remuneración por ello, no implica necesariamente la existencia de una relación de trabajo, ni el surgimiento de un contrato de trabajo, ya que en esta relación, puede no existir subordinación respecto de la forma y términos en que se realiza la labor. Pero si por el contrario recibe indicación de la forma, tiempo y modo en que debe elaborar su trabajo, la fuerza de trabajo está a su disposición, efectivamente existirá una relación laboral. Si bien, ya hemos comentado que entre más especializada sea la función a realizar por el trabajador, menos subordinación existirá. También lo es que la labor contratada siempre será ajustada a los objetivos y políticas del patrón, así como a las órdenes o indicaciones de aquél respecto de la forma, términos y tiempos en que se realizará la labor, al tener el patrón un don (poder) de mando sobre el trabajador que le presta servicios, pues incluso en las nuevas formas de teletrabajo, por internet o a domicilio se da una cierta subordinación.

Una ejecutoria de 1969 en el derecho laboral mexicano ejemplifica y descifra a la perfección el dilema existente en la frontera entre relación de naturaleza laboral y de naturaleza civil. En ésta se encuentran las funciones de personas altamente especializadas, delimitando incluso el hecho de que puede faltar la dirección técnica en la labor encomendada por naturaleza de

los servicios, *haciendo hincapié en la importancia de que la fuerza de trabajo se halle a disposición del patrón, para que se configure el contrato de trabajo*.³

PROFESIONISTAS, CARACTERÍSTICAS DE LA RELACIÓN LABORAL TRATÁNDOSE DE. La relación de trabajo no puede individualizarse en atención a la naturaleza de los servicios que se prestan y por ello ni el trabajo intelectual ni el desarrollado con aplicación de conocimientos científicos pueden quedar, *a priori*, excluidos de los beneficios del artículo 123. Por consiguiente, cuando exista una relación continua y permanente de prestación de servicios profesionales que se retribuyan con un sueldo y honorario mensual, cualquiera que sea la intensidad, calidad e importancia económica o monetaria del trabajo desarrollado, el profesionista adquiere el carácter de asalariado. Podrá faltar la dirección técnica, dada la naturaleza de los servicios, pero basta con la posibilidad jurídica de que el patrón pueda en un momento dado disponer de la energía del trabajo, aunque de hecho no se ejerza en la realidad la dirección técnica, para que se configure el contrato de trabajo.

Sexta época, Quinta Parte, vol. XCII, p. 33, amparo directo 3339/64, Marcelo de la Cueva y Foucade, 1 de febrero de 1965, unanimidad de 4 votos, ponente: Manuel Yáñez Ruiz.⁴

Amparo directo 1455/69, Abel Porras Rodríguez, 9 de octubre de 1969, unanimidad de 4 votos, ponente: Ramón Canedo Aldrete.

Don Juan B. Climént Beltrán citando a Ralf Dahrendorf en su libro *Modernidad laboral*⁵ nos dice:

Dondequiera que los hombres viven juntos y sientan las bases de formas de organización social, hay puestos cuyos ocupantes tienen poderes de mando en ciertas circunstancias y sobre ciertos puestos cuyos ocupantes tienen poderes de mando en ciertas circunstancias y sobre ciertos puestos y hay otros puestos cuyos ocupantes están sometidos a aquellos mandos. La distinción entre arriba y abajo o como dicen los ingleses ellos y nosotros es una de las experiencias fundamentales de la mayoría de los hombres en la sociedad.

³ Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, séptima época, cuarta sala, t. X, p. 52.

⁴ En la publicación original esta tesis aparece bajo el rubro: “Profesionistas, características del contrato de trabajo de los”.

⁵ Climént Beltrán, Juan B., *Modernidad laboral*, México D. F., ed. Esfinge, p. 21.

Vistas así las cosas, *el trabajo objeto del derecho laboral materia de contratación es: toda actividad o conducta humana, física o intelectual lícita que se preste de forma subordinada, activa o pasiva, a otra persona física o moral a cambio de una remuneración económica.*

Toda actividad humana o conducta, lo que implica que cualquier actitud humana puede englobarse en la categoría de trabajo y por lo tanto materia del contrato de trabajo, no se requiere que la actitud asumida conlleve un desgaste físico o intelectual, tampoco que ésta genere directamente o indirectamente nada, es más, ésta puede constituir una acción pasiva, siempre y cuando se guarde esta actitud de forma subordinada, y que la persona esté a la disposición del patrón para realizar la actividad o conducta pactada, a cambio de una remuneración económica, pero siempre hacia un tercero, bien sea un ser humano en lo individual o una persona jurídica constituida o no.

Como apoyo a las corrientes que opinan que no es indispensable en el contrato laboral y en la relación de trabajo la subordinación, ejemplificaremos trabajos donde la labor prestada no se encuentre bajo supervisión directa del patrón como el trabajo a domicilio. La legislación mexicana, Ley Federal del Trabajo (LFT), en su artículo 311 establece: “trabajo a domicilio es el que se ejecuta habitualmente para un patrón en el domicilio del trabajador o en un local libremente elegido por él sin vigilancia ni dirección inmediata de quien proporciona el trabajo”.

Y el artículo 13.1 de la legislación española LETE: “tendrá la consideración de trabajo a domicilio aquel en que la prestación de la actividad laboral se realice en el domicilio del trabajador o en el lugar libremente elegido por éste y sin vigilancia del empresario”.

El caso anterior resulta una excepción a la regla general e incluso las legislaciones de los diferentes países varían mucho respecto a si debe existir en este caso la subordinación. La legislación mexicana estima que la vigilancia y dirección no son inmediatas, y por lo tanto aunque en forma remota, continúa existiendo la subordinación; la legislación española considera que éste no está bajo la vigilancia del empresario, pero nada dice de si está o no bajo sus órdenes.

Analizado lo anterior llegamos a la conclusión de que la subordinación resulta una característica indispensable en los contratos laborales.

Si sólo los seres humanos pueden ser contratados como trabajadores en la relación laboral, entonces constituyen un elemento esencial de cualquier contrato de trabajo. Ello implicaría, de acuerdo con las ideas del catedrático-

co español Javier Hervada,⁶ *que los trabajadores, dada su calidad de personas, gozan de una dignidad propia, por el simple hecho de serlo*. En consecuencia, estimo que la realización de un trabajo y por lo tanto la materia de contratación, debe ser acorde a su dignidad propia de persona y con un irrestricto respeto a esta condición. Hoy se llaman Derechos Humanos, mismos que tiempo ha ya eran tutelados por el derecho del trabajo y que no únicamente se hacen efectivos contra los Estados, sino entre particulares, estando internacionalmente considerado, tanto en los convenios y recomendaciones de la OIT como en las declaraciones internacionales, que el trabajo no es artículo de comercio y exige dignidad para el que lo presta y el que lo recibe.

El trabajo, objeto del contrato de trabajo, es un medio para obtener los bienes, productos de consumo o satisfactores económicos materiales o culturales pero nunca jamás será un fin en sí mismo. El derecho del trabajo no debe de olvidarse de que “el ser humano, es el centro y norma de todo, el hombre es la medida de todas las cosas”, de las que son en cuanto son, de las que no son en cuanto no son, tal como dijera Protágoras. El trabajo debe servir no sólo a la obtención de medios económicos a fin de que el trabajador se sostenga a sí mismo y a su familia dignamente, sino que a través del trabajo, se debe obtener la dignificación del ser humano, el desarrollo de sus potencialidades y la superación personal de los trabajadores en los ámbitos profesional, intelectual, moral y personal vía la capacitación y políticas laborales incluyentes.

La ley está hecha para servir al hombre y no el hombre a las leyes, debiendo de dar cumplimiento a las mismas cuando no vayan en contra del ser humano y de su dignidad, a fin de preservar el estado de derecho.

El reconocimiento de que el hombre es la pieza fundamental en la generación del trabajo, no tiene límite en una declaración de un credo religioso o político en particular, sino que resulta común a toda la humanidad y por lo tanto es tutelado por la ley y los tratados internacionales a la hora de celebrar un contrato de trabajo.

Así a más de cincuenta años de la proclamación por la Asamblea General de la ONU de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, podemos desprender de este documento varios puntos importantes para el

⁶ Hervada, Javier, *Introducción crítica al derecho natural*, México, Editora de Revistas, 1985, copyright ediciones Universidad de Navarra, S. A.

estudio que nos ocupa al establecer o reconocer derechos que se otorgan a cualquier persona al celebrar un contrato de trabajo y establecer una relación laboral. El principio de la libertad del individuo y el reconocimiento de que éstos son iguales en dignidad y derechos pero diferentes en cuanto a que cada uno de ellos cuenta con su propia individualidad y particularidad única e irrepetible con sus propios accidentes y circunstancias, con libertad de conciencia razones, lo que en gran parte nos diferencia de los demás seres vivos. De tal forma, el ser humano en uso de su raciocinio posee el derecho al trabajo y a la libre elección de éste sin discriminación, debiéndose dar por trabajo igual, salario igual, derecho a la seguridad social, a la libertad de reunión y de asociación pacíficas, lo que lleva implícito que todo ser humano tiene derecho a fundar sindicatos en pro de la defensa de sus intereses.

Respecto de la discriminación al momento de la contratación, la OIT emitió el convenio 111 que en su artículo 1o. define a ésta como *cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, política económica, ascendencia nacional o de origen social, que tengan por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o trato en el empleo o ocupación.*

La definición anterior refleja el interés actual por que no existan prácticas discriminatorias a nivel mundial al momento de la contratación individual del trabajo. Éstas se hacen más plausibles en ciertas zonas del planeta por diversos motivos, que no caben en una sociedad que pretende ser global. La discriminación es tangible en la práctica con cuestiones tan fútiles y aparentemente intrascendentes como los exámenes médicos de ingreso (que considero benéficos para evitar riesgos de trabajo en perjuicio de los trabajadores) y las nuevas tecnologías que son capaces de descubrir la predisposición genética de las personas a sufrir alguna enfermedad. Ello implicaría que muchos patrones no se encontraran en disposición de contratar o que ya contratados no les diesen ciertas funciones o no pudieran obtener un mejor nivel dentro de la empresa. Así, nos encontramos con la disyuntiva de aceptar el progreso y regular la aplicación en el marco laboral internacional de los nuevos avances de la ciencia o bien cerrar la vista a la realidad y encontrarnos en la anarquía total ante la absoluta ausencia de normas laborales al respecto y pretender que no está ocurriendo o simplemente prohibir el progreso y regresar a tiempos del oscurantismo.

Por su parte, la declaración *Socio laboral del Merco Sur* ha puesto su atención sobre el problema por lo que señala en su artículo 4o.:

1. Todo trabajador migrante, independientemente de su nacionalidad, tiene derecho a ayuda, información, protección e igualdad de derechos y condiciones de trabajo, reconocidos a los nacionales del país en el que estuvieren ejerciendo sus actividades, de conformidad con las reglamentaciones de cada país.
2. Los Estados partes se comprometen a adoptar medidas tendientes al establecimiento de normas y procedimientos comunes relativos a la circulación de los trabajadores en las zonas de frontera y a llevar a cabo las acciones necesarias a fin de mejorar las oportunidades de empleo y las condiciones de trabajo y vida de estos trabajadores.

El jurista argentino Carlos Alberto Toselli en una ponencia presentada en Buenos Aires, el 19 de octubre de 2000 sobre la “Discriminación en los empleos”, dada con motivo del primer congreso del Cono Sur sobre derecho laboral en la integración regional, menciona en la introducción:

No se puede hablar seriamente de integración entre los países miembros del Cono Sur, si son toleradas políticas discriminatorias a cualquier nivel, ya sea en lo que se denomina el ingreso o el egreso del mercado laboral, como también en aspectos accesorios pero que necesariamente hacen a la igualdad de condiciones laborales de los trabajadores nacionales y extranjeros, incluyendo naturalmente la acción gremial que es la forma de defensa de los derechos laborales.

Enunció las leyes del derecho positivo argentino aplicables al respecto: la norma suprema que en su artículo 16 contiene la igualdad de las personas ante la ley y la admisión en los empleos sin otra condición que la idoneidad, la Ley Rúa (23492), que establece sanción en contra de normas o situaciones discriminatorias (Toselli dice que no tuvo mucha aplicación en el ámbito laboral en cuestiones vinculadas a la integración), la Ley del Contrato de Trabajo, artículo 17, en que “se prohíbe cualquier tipo de discriminación entre los trabajadores por motivos de sexo, raza, nacionalidad, religiosos, políticos, gremiales o de edad” y artículo 81 que contiene el deber de igualdad de trato o de identidad de trato en identidad de situaciones por discriminaciones arbitrarias. En este artículo, debemos hacer énfasis que el legislador argentino tuvo el cuidado de permitir que el trato desigual considerando que no existiría discriminación “cuando el diferente tratamiento responda a principios de bien común, como el que se sustente en la mayor eficiencia, laboriosidad o contracción de tareas por el trabajador”.

III. EL CONTRATO DE TRABAJO

Las relaciones de trabajo, como hemos dicho, tienen como centro y fundamento al ser humano y las relaciones de trabajo de carácter individual, de uno o unos trabajadores individualmente considerados en relación con un empleador, bien sea que éstas se establezcan por tiempo u obra determinada o bien se establezcan *permanentemente*, es decir, por tiempo indeterminado a través de una contratación de naturaleza social.

Este contrato de naturaleza social se caracteriza por ser:

1. *Sinalagmático*. Establece obligaciones mutuas entre las partes, y hacia terceros (institutos de seguridad social, sindicatos, etc.) para el patrón en virtud del nexo contractual.

2. *Consensual*. Se perfecciona por el acuerdo de voluntades respecto de su nacimiento, bastando con el disenso de sólo uno de ellos y el pago de una indemnización. Se da en los países donde no hay una estabilidad absoluta sino relativa, para dar término al contrato de trabajo o como en países como Estados Unidos, donde no hay limitación al despido de una persona.

Situación diversa ocurre en los países con estabilidad absoluta donde se requiere de una causa de las consignadas en la ley respectiva para dar por terminado el contrato de trabajo, por causa imputable al cocontratante bien sea trabajador o patrón. Únicamente el trabajador puede dar por terminado el contrato laboral unilateralmente.

3. *Bilateral*. Al requerir de dos partes, patrón y trabajador, con mutuos beneficios y obligaciones correlativos para las partes, pues si bien genera obligaciones hacia terceros, éstos no tienen ninguna incidencia en la voluntad dada (con la salvedad de la llamada cláusula de exclusión en los contratos colectivos).

4. *Oneroso*. Establece el pago de una contraprestación económica por la labor contratada, de donde se desprende que el trabajo contratado no implica una acción, sino que se requiere única y exclusivamente que el trabajador ponga su tiempo a disposición del patrón a cambio de una retribución económica, para que se entienda que el trabajador está sujeto a términos de la contratación laboral.

5. *De tracto sucesivo*. Sus efectos no se agotan en un solo acto, sino que se extiende por todo el tiempo que dure la relación laboral y en diversas ocasiones incluso después de terminado el nexo laboral patrón trabajador.

En virtud de la relación laboral y al haber cumplido con ciertos requisitos de la contratación colectiva, el trabajador podrá ser jubilado.

6. *Social*. Protege al trabajador con independencia de que se pacte en contrario de los derechos mínimos de los trabajadores, por lo que se tendrá por no puestas estas cláusulas, dado el carácter de irrenunciabilidad de los derechos mínimos de los trabajadores consagrados en la ley aplicable.

Vistas las características del contrato de trabajo *resulta prudente el preguntarnos qué es primero, el contrato de trabajo o la relación de trabajo*. Existen tres posturas en el mundo jurídico:

1. Sostiene el surgimiento de la relación de trabajo por el hecho de la prestación del servicio, por lo tanto, no se requiere del contrato de trabajo para que exista una relación laboral.

2. Por el contrario, la segunda postura pretende que para que pueda surgir la relación de trabajo es menester la firma del contrato de trabajo, corriente civilista que ha sido superada en el derecho del trabajo. En algunos códigos, como el del trabajo chileno, se exige que el contrato de trabajo, al que en su origen se considera consensual, deba de hacerse constar por escrito y por duplicado dentro de los plazos ahí estipulados (quince días en los contratos por tiempo indeterminado, cinco días en contratos por obra trabajo, o servicio determinado o de duración inferior a treinta días) subsecuentes a la celebración del consenso de voluntad.

3. Una tercera línea de pensamiento ecléctico, con la que me encuentro de acuerdo, sostiene que efectivamente para que surja una relación laboral es menester que previamente se dé un acuerdo de voluntades por primigenio que sea éste e incluso pueda darse de forma tácita. Lo anterior no excluye el que la contratación pueda celebrarse por escrito, pero sin lugar a dudas debe de existir un acuerdo de voluntades, o *contrato social*, por elemental que éste sea sobre el trabajo a prestar y su retribución económica correspondiente, acuerdo entre precio y cosa dijeran los civilistas. Esto no implica necesariamente que el trabajador tenga entero conocimiento de la contra prestación económica que recibirá por sus servicios e incluso puede ignorar quién sea su patrón o bien el que reciba el servicio, o bien que el patrón no tenga la intención de celebrar un contrato laboral, ni verbal, ni escrito y mucho menos aun que nazca una relación laboral, pero sí pretenda recibir los servicios del trabajador.

A este tenor, el artículo 8 de la LETE estipula: “El contrato de trabajo podrá celebrarse por escrito o de palabra. Se presumirá existente entre todo el que presta un servicio y por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución de aquel”.

Siguiendo esta última idea, veremos que una vez que existe este acuerdo de voluntades, *contrato*, surgen obligaciones para las partes del mismo, de tal forma que ni patrón ni trabajador quedan en estado de indefinición, respecto de su cocontratante. Esto quiere decir que puede existir contrato de trabajo sin relación de trabajo, pero no puede existir relación de trabajo sin acuerdo de voluntades (contrato social).

Podemos afirmar que las relaciones de trabajo de carácter individual (reiterando uno o unos trabajadores individualmente considerados en relación con un empleador), en la mayoría de los casos, nacen de una cuestión fáctica que se genera por la simple prestación del servicio y hace presuponer que, así sea de forma muy elemental, se requiere un acuerdo de voluntades entre el prestador del servicio, el *trabajador*, y aquel que recibirá la labor subordinada, *patrón*, sobre los términos y condiciones del trabajo a desempeñar por el empleado, salario, labor a desempeñar, jornada, etc. De tal modo que por el simple hecho de prestar el servicio (la labor), se entra bajo la tutela del derecho del trabajo sin que exista la necesidad de cumplir con ninguna formalidad al realizar el acuerdo de voluntades por escrito, por lo que el contrato de trabajo comúnmente es consensual, si bien en algunas legislaciones se sanciona su omisión como en la chilena, mexicana, y española:

1. El Código del Trabajo chileno D.O.24.01.94 (CTC), artículos 7o. y 8o.
2. La Ley Federal del Trabajo mexicana de 1980 (LFTM), artículo 20.
3. Ley del Estatuto de los Trabajadores, artículo 8.1(LETE).

Encontramos que estas normatividades concuerdan en que *la prestación de servicios de manera subordinada a cambio de una remuneración (salario)* hacen nacer la relación de trabajo y en consecuencia hacen presuponer la existencia del contrato de trabajo generando los mismos efectos. Lo que ocurre de forma similar en la Ley del Contrato de Trabajo de Argentina y en la ley laboral mexicana.

Respecto del contrato por tiempo indefinido y de los periodos de prueba y los contratos a prueba, diremos que son por tiempo indefinido y por excepción por tiempo u obra determinada. Sin embargo, resulta una necesi-

dad para el patrón poder determinar si el trabajador, el que una vez contratado deberá respetar su estabilidad en el empleo, cumple con las expectativas en él depositadas, conocimientos, habilidades, actitud frente al trabajo, ingenio, etc. En Argentina *existe la modalidad de que todos los contratos a tiempo indeterminado se tendrán por celebrados a prueba durante los primeros tres meses por regla general, y dependiendo del tipo de empresa, si se trata de una pequeña empresa* (pyme, artículo 83, Ley 24.462), por seis meses. Dichos plazos por convención colectiva pueden ser ampliados en el caso de los de tres a seis meses y de los de seis a doce meses sin que deba cubrirse otra formalidad.

Tratándose de operarios que realicen labores calificadas, en donde los trabajadores sí tienen todos los derechos contemplados en la ley (sindicales, laborales y de seguridad social), tanto patrón como trabajador pueden extinguir la relación de trabajo sin necesidad de causa alguna y sin tener que dar a la otra parte aviso previo.

En el derecho mexicano no existe el contrato a prueba, sin embargo el artículo 123 en sus fracciones XXI y XXII establece la facultad al patrón de negarse a someter sus diferencias al arbitraje o aceptar el laudo pronunciado por la junta, y a que se dé por terminado el contrato de trabajo quedando obligado a indemnizar al obrero, estableciendo estas disposiciones que no será aplicable este derecho, en el caso de las acciones que deriven de despido injustificado, señalando que la ley marcará los casos de excepción. Dentro de los casos de excepción se encuentran los trabajadores con una antigüedad menor de un año, precepto que ha estado en el ojo del huracán debido a la redacción del mismo. Después de mucho tiempo en que los tribunales laborales mexicanos habían emitido criterios contradictorios respecto a la procedencia o no del no sometimiento al arbitraje, tiempo en el que ante la actitud contradictoria de estos tribunales algunos litigantes, catedráticos e investigadores como Rafael Tena Suck y un servidor, hemos opinado en diversos foros y publicaciones la posibilidad del patrón de no someterse al arbitraje en los casos de excepción que marca la ley reglamentaria. Por fin, la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana en recurso de revisión del que ha conocido, por tratarse de la interpretación de preceptos de la Constitución ha emitido la siguiente tesis:⁷

⁷ Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, Segunda Sala, t. XI, abril de 2000, tesis 2a. XXII/2000, p. 233.

DESPIDO INJUSTIFICADO. CUANDO LA ACCIÓN ES DE REINSTALACIÓN, LA REGLA GENERAL ES QUE NO PROCEDE LA INSUMISIÓN AL ARBITRAJE NI LA NEGATIVA DEL PATRÓN A ACATAR EL LAUDO, SALVO LOS CASOS DE EXCEPCIÓN REGLAMENTADOS EN EL ARTÍCULO 49 DE LA LEY FEDERAL DEL TRABAJO. El artículo 123, apartado A, fracción XXI, de la Constitución Federal establece que si el patrón se niega a someter sus diferencias al arbitraje o a aceptar el laudo pronunciado por la junta, se dará por terminado el contrato de trabajo y quedará obligado a indemnizar al obrero con el importe de tres meses de salario, además de la responsabilidad que le resulte del conflicto. Esta disposición no será aplicable a las acciones consignadas en la fracción siguiente de dicho precepto, a saber, las que deriven de despido injustificado o aquellos en que se demande el pago de indemnización cuando el trabajador se retire del servicio por falta de probidad del patrón o por recibir malos tratos. En conclusión, la regla general es que en la acción de reinstalación derivada de un despido injustificado es improcedente tanto la insumisión al arbitraje como la negativa de acatar el laudo por la parte patronal. Sin embargo, la fracción XXII del propio dispositivo de la carta magna, establece que la ley determinará los casos en que el patrón podrá ser eximido de la obligación de cumplir el contrato mediante el pago de una indemnización, lo que significa que deja a la ley ordinaria la reglamentación de los casos de excepción a esta regla general, que de acuerdo con el artículo 49 de la Ley Federal del Trabajo, *son los trabajadores que tengan antigüedad menor a un año*, los que tengan contacto directo e inmediato con el patrón que imposibilite el desarrollo normal de la relación laboral, los de confianza, los domésticos y los eventuales. De esta forma el constituyente garantizó la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, sin desconocer los casos que en la realidad pueden llevar a hacer fácticamente imposible la continuidad de la relación laboral.

Amparo en revisión 1932/99, Petróleos Mexicanos, 3 de marzo del año 2000, cinco votos, ponente: José Vicente Aguinaco Alemán, secretaria: Estela Jasso Figueroa.

Amparo en revisión 1982/99, Petróleos Mexicanos, 10 de marzo del año 2000, cinco votos, ponente: Mariano Azuela Güitrón, secretaria: Lourdes Ferrer Mac Gregor Poisot.

Con lo anterior, el patrón se encuentra legitimado para que pueda poner a prueba a un trabajador durante 364 días (un lapso inferior a un año) y si no le parecen sus servicios lo pueda despedir. Si bien es cierto que he abogado durante mucho tiempo en el foro en el sentido de que se respete este derecho del patrón a no someterse al arbitraje o a no acatar el laudo en los

casos que la misma ley señala, considero que es excesivo el lapso de un año para determinar si se respeta o no el derecho de estabilidad en el empleo de cualquier trabajador.

El doctor Pasco Cosmópolis nos dice respecto de España:

que se ha producido un retorno a las fuentes, que también ha sido seguido por Argentina: los dos países privilegian hoy nuevamente la contratación por tiempo indeterminado, por razones y motivos de considerable peso. Sólo Perú mantiene el esquema implantado en 1991 con la Ley de Fomento del Empleo.⁸

El doctor Néstor de Buen ya nos decía desde noviembre de 1992 durante el Sexto Encuentro Iberoamericano del Derecho del Trabajo que si en “los setentas fue notable el avance del derecho laboral”⁹ en aquel tiempo de igual forma era su retroceso, si bien sostiene el maestro que no sólo hay un cambio de modelos sino también la reiteración de algunos antiguos.

Siguiendo al maestro argentino Julio Armando Grisola,¹⁰ señalaremos que los requisitos de un contrato laboral son:

- 1) El consentimiento
- 2) La capacidad
- 3) El objeto
- 4) La forma

En primer término me referiré a la forma. Podría parecer contradictorio con todo lo que aquí he expuesto al afirmar que este contrato laboral *no* requiere de forma, lo que al efecto es cierto, hablando de la regla general en los contratos por tiempo indeterminado. Mas como hemos mentado, actualmente en todo el mundo cada vez existen más excepciones (contrataciones por tiempo u obra determinada, o bien de aprendizaje, de apertura de obra, y de formación) que no hacen sino confirmar la regla y es precisamente en éstas cuando se requiere la forma. En estos casos deberán de

⁸ Pasco Cosmópolis, Mario *et al.*, *Balance de la reforma laboral peruana*, Lima, Perú, Editorial Papiros, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

⁹ Buen Lozano, Néstor de, *Nuevos perfiles de la relación de trabajo*, México, Editorial Cajica, pp. 297-309.

¹⁰ Grisola, Julio Armando, *Derecho del trabajo y la seguridad social*, 3a. ed., Buenos Aires, Editorial Depalma, p. 137.

cubrirse ciertas formalidades ya que de *no* hacerlo, se tendrán celebradas las contrataciones por tiempo indefinido, es decir se tendrá por *no* puestas estas cláusulas.

Por lo señalado, al celebrar este tipo de contratos donde se rompe la regla general, únicamente podrán realizarse en los casos tipificados o contemplados en la ley o código laboral de que se trate, donde existan circunstancias que lo justifique y con el cumplimiento de los requisitos formales, materiales y sustanciales que las leyes o la jurisprudencia respectiva señale.

Invariablemente este tipo de contratos deberá de cumplir con la formalidad de ser por escrito.

En las contrataciones por tiempo determinado se deberá de señalar en el cuerpo del contrato, el motivo de la contratación por tiempo determinado (por temporada navideña, etc.), así como la duración del servicio.

En los contratos por obra determinada se señalará el motivo de la contratación especificando la obra, ya que al darse en virtud de la naturaleza de la obra a realizar y de las labores a prestar, queda sujeta la terminación de la relación laboral al término de la obra.

En los casos de sustitución temporal de otro trabajador también se señalará en el cuerpo del contrato el motivo de la contratación por tiempo determinado y su duración (en sustitución del trabajador x por vacaciones, ausencia, incapacidad, etc.).

En todos estos casos se indicará en el contrato el motivo o causa de la contratación temporal, *dado que el principio de la estabilidad en el empleo tiene su fundamento en el hecho de que mientras persista la materia del empleo deberá de mantenerse la continuidad en el empleo y en consecuencia, sólo en casos particulares la duración del contrato de trabajo podrá ser temporal.*

El consentimiento. Hablamos del principal requisito de los contratos en forma general, en virtud del cual se perfeccionan los mismos y que en materia laboral puede ser expreso verbal o por escrito e incluso tácito con conductas o signos que inequívocamente nos lleven a la determinación que ese fue el objeto del contratante, por el que se da el consenso entre la propuesta oferta y la aceptación.

En materia laboral no bastará con el consentimiento del trabajador para realizar una labor en las condiciones que ahí se estipulen, porque a nadie puede obligársele a cumplir con un contrato en que se estipulen cuestiones contrarias a la ley. El derecho laboral protege esencialmente al trabajador,

por lo que los derechos consignados en las leyes a favor del trabajador resultan irrenunciables siendo por ello un derecho imperativo. Es decir, el Estado está obligado a cumplir y a hacer cumplir a los particulares los derechos mínimos de los trabajadores, los que no pueden ni deben de ser quebrantados por los patrones, por lo que aunque se pactase algo en contra de éstos, se insiste que se tendría por no puesta la cláusula respectiva o simplemente, no tendría valor o carecería de fuerza legal, pues los trabajadores en estos casos carecen de la legitimación activa para pactar la renuncia de un derecho del trabajo. En otras palabras, no se podría obligar a su cumplimiento, ni se podría sancionar a los trabajadores por su no acatamiento. Lo anterior queda perfectamente ejemplificado con *la Ley del Contrato de Trabajo argentino y la Constitución mexicana* que establece: lo pactado por debajo de las normas imperativas no tiene validez, no es oponible al trabajador e ineficaz jurídicamente.

El artículo 123 de la Constitución mexicana *señala desde el texto de 1917 en su fracción XXVII:*

serán condiciones nulas y no obligarán a los contratantes, aunque se expresen en el contrato:

- a) Las que estipulen jornada inhumana por lo notoriamente excesiva dada la índole del trabajo.
- b) Las que fijen un salario que no sea remunerador a juicio de las juntas de conciliación y arbitraje.
- c) Las que estipulen un plazo mayor de una semana para la percepción del jornal.
- d) Las que señalen un lugar de recreo, fonda, café, taberna, cantina o tienda para efectuar el pago de salario cuando no se trate de empleados de estos establecimientos.
- e) Las que entrañen la obligación directa o indirecta de adquirir artículos de consumo en tiendas o lugares determinados.
- f) Las que permitan retener el salario en concepto de multa.
- g) Las que constituyan renuncia hecha por el obrero de las indemnizaciones a que tengan derecho por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, perjuicios ocasionados por el incumplimiento del contrato o por despedírseles de la obra.
- h) Todas las demás estipulaciones que impliquen la renuncia de algún derecho a favor del obrero en las Leyes de Protección y Auxilio a los trabajadores.

El Lic. Juan B. Climént Beltrán nos dice en sus comentarios a la Ley Federal del Trabajo mexicana, en publicación de 1997,¹¹ que el contrato laboral es un contrato condicionado por la ley, que no es libre al no encontrarse regido por la autonomía de la voluntad, sino que es un contrato dirigido que lleva implícita la condición de aceptar las modificaciones impuestas por la ley presente o futura que favorezca a los trabajadores. Citando a Mossa nos dice: “libertad de contratar no es la ley del más fuerte, porque la fuerza es enemiga de la libertad”, resultando claro que la autonomía de la voluntad que reina en los contratos civiles aquí queda limitada a que no se restrinjan los derechos laborales.

Por su parte, el Nuevo Código de Trabajo chileno D.O 24.01.94 en su artículo 5o preceptúa:

Los derechos establecidos por las leyes laborales son irrenunciables mientras subsista el contrato de trabajo.

Los contratos individuales y colectivos de trabajo podrán ser modificados, por mutuo consentimiento en aquellas que hayan podido convenir libremente.

Resulta importante la visión del legislador chileno que establece en primer término la irrenunciabilidad del derecho del trabajo y en segundo, dejado claro lo anterior, la posibilidad de que el contrato de trabajo, tanto individual como colectivo, se actualicen conforme a la realidad, las necesidades del servicio y la vida, pero siempre con el irrestricto respeto a sus derechos mínimos. Así nos encontramos de acuerdo como ha quedado expuesto durante la Conferencia Regional Americana de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en Santiago de Chile desde 1999.

El LETE nos dice respecto de la validez del contrato laboral en su artículo 9.1 que si resultase nula sólo una parte del contrato de trabajo, éste permanecerá válido en lo restante, y se entenderá completado con los preceptos jurídicos adecuados conforme a lo dispuesto en el número 1 del artículo 3o. de esta ley.

En resumidas cuentas, *no* puede pactarse por debajo de los derechos mínimos de los trabajadores o contrario a éstos, así sea con el consenti-

¹¹ Climént, Juan B., *Ley Federal del Trabajo mexicana, comentarios y jurisprudencia*, 22a. ed., México, Editorial Esfinge, p. 89.

miento de los trabajadores lo que podríamos equiparar a una *capitis diminutio* al no poder renunciar a los beneficios concedidos por ley, dado el carácter social y protector de ésta y nos encontraríamos no con una nulidad absoluta que invalidara el acto sino sólo con una relativa que tendría por no puestas estas cláusulas.

La capacidad. Para dilucidar cuál es la capacidad necesaria para establecer una relación de trabajo, es menester dejar bien delimitado qué es un patrón y a partir de cuándo surgen las obligaciones de éste respecto de los trabajadores.

En algunas legislaciones como la chilena o la argentina, en lugar de la palabra patrón se utiliza el vocablo empleador el cual resulta no ser tan afortunado ya que no todos los empleadores son patrones necesariamente, como en el caso de las labores de beneficencia o de empresas prestadoras de servicios.

Si bien es cierto que la legislación chilena establece que es: “La persona natural o jurídica que utiliza los servicios personales intelectuales o materiales de una o más personas en virtud de un contrato de trabajo”, aparentemente salva lo anterior.

Por el contrario, la legislación argentina, en su artículo 26 de la LCT, dice: “se considera empleador a la persona física o conjunto de ellas, o jurídica, tengan o no personalidad jurídica propia, que requieran los servicios de un trabajador no implica que esto sea en virtud de una relación de trabajo ni de ningún contrato de trabajo”.

La LFT mexicana de 1980 en su artículo 10 define al patrón como: “la persona que utiliza los servicios de uno o varios trabajadores”. Pero el vocablo utiliza es materialista, significa aprovecharse o servirse de una cosa y el trabajo no es una cosa ni es objeto de comercio. No es un término adecuado para el derecho social humano, ya que subsume al patrón a ser un simple explotador.

Por lo anterior, podríamos definir al patrón como la persona física o moral que se beneficia de los servicios de una persona en virtud de una relación de trabajo, sobre la que tiene un don de mando en relación al trabajo contratado y un deber de pago por la labor recibida.

Ahora bien definido al patrón, podríamos preguntarnos a partir de qué edad puede ser una persona patrón.

¿El no nacido podrá ser patrón desde el momento de la concepción? ¿O será desde el momento del nacimiento vivo y viable que esto se puede dar?

Si bien en algunas legislaciones civiles, entre ellas la mexicana, el *non nato* entra bajo la protección de la ley desde el momento de la concepción,

éste es una expectativa de derecho y por lo tanto no puede ser sujeto de obligaciones sino solamente de derechos. Recordemos que el nacido tiene el derecho de goce mas no el de ejercicio, el que es ejercido por conducto de sus legítimos representantes, hasta emanciparse.

En el caso de las personas morales no convergen necesariamente su nacimiento y las responsabilidades laborales con la calidad como patrón, sino que al nacimiento o constitución de una persona moral, puede ser que ésta ya haya contraído obligaciones para con trabajadores cuando era una entelequia jurídica (nombre comercial) por la que respondían personas físicas que resultaban responsables de la empresa, negociación o unidad de producción con las que se tendrán por celebrados los contratos individuales. En estas circunstancias, los derechos de antigüedad que adquirieran sus trabajadores los tendrán desde la fecha en que las comercien, unidad de producción, empresa, etc., contratara y recibiera originalmente los servicios de los trabajadores y no a partir de que se constituyera legalmente.

Otra excepción es la figura del patrón sustituto cuando una empresa, o persona física, adquiere una negociación, fábrica, etc., y los factores de producción o unidades de otra dejando intocado el derecho de los trabajadores que venían laborando para ésta y subrogándose en las obligaciones del antiguo patrón respecto de los trabajadores. El maestro Mario de la Cueva¹² diría en la tercera edición del *Nuevo derecho mexicano del trabajo*:

El término sustitución de patrono expresa el principio de la transmisión de la propiedad de la empresa unidad económica de producción o distribución de bienes o servicios, no disuelve ni afecta en forma alguna las relaciones de trabajo. La institución es una bella reglamentación de la ley de 1931 en México, que pasó a la legislación vigente con el único cambio de la noción de contrato por el de relación de trabajo y con la adición que fija el término a partir del cual el patrón sustituido deja de ser solidariamente responsable con el sustituto.¹³

Resulta interesante ver el sentido del criterio emitido por los tribunales mexicanos en la ejecutoria:

¹² Cueva, Mario de la, *Nuevo derecho mexicano del trabajo*, 3a. ed., México, Porrúa, 1975, p. 228.

¹³ Primer Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, octava época, tomo XIII, mayo de 1994, p. 543.

SUSTITUCIÓN PATRONAL EN CASO DE TRANSMISIÓN PARCIAL DE LA EMPRESA. La sustitución patronal opera no sólo cuando se transmite la totalidad de la entidad jurídico económica que constituye los elementos necesarios para el desempeño de las labores que en tales términos debe servir para responder de la continuidad y la estabilidad en el empleo, sino que también opera cuando se transmite una parte de los bienes de la entidad económica jurídica con la cual puede seguir desempeñándose parte del trabajo realizado para el patrón original.¹⁴

Primer Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Primer Circuito, amparo en revisión 941/93, Carlos González Acosta, 27 de enero de 1994, unanimidad de votos, ponente: Roberto Gómez Argüello, secretario: Ángel Salazar Torres.

Por lo que hace al trabajador, para determinar a partir de qué momento tiene capacidad para entablar una relación de trabajo, se sigue la regla de lo que más le beneficie. Si bien el derecho internacional protege a los menores de edad prohibiendo su trabajo o limitándolo al cumplimiento de ciertas circunstancias, también lo es que el trabajo es una cuestión de hecho. Aun cuando un menor haya laborado incluso en contra de la ley, tendrá derecho a que se le respeten los derechos que haya generado.

La Ley Laboral mexicana, en su artículo 173 LFT80, establece que el trabajo de mayores de catorce años, pero menores de 16, queda sujeto a la vigilancia de la inspección de trabajo, estableciendo el artículo 180 la obligación patronal de exigir se le exhiban:

1. Los certificados médicos que acrediten que están aptos para el trabajo.
2. Llevar un registro de inspección especial, con indicación de la fecha de su nacimiento, clase de trabajo, horario, salario y demás condiciones generales de trabajo.
3. Distribuir el trabajo, a fin de que dispongan del tiempo necesario para cumplir sus programas escolares.
4. Proporcionarles capacitación y adiestramiento en los términos de esta ley.
5. Proporcionar a las autoridades del trabajo los informes que soliciten.

¹⁴ Primer tribunal colegiado en materia de trabajo del primer circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XIII, mayo de 1994, p. 543; *Semanario Judicial de la Federación*, séptima época, vols. 163-168, quinta parte, p. 41.

En la legislación argentina, los menores de 18 y mayores de catorce no pueden celebrar contrato de trabajo en actividad honesta sin consentimiento ni autorización de sus representantes (artículo 128, *Código civil*). Existe una prohibición expresa para que no puedan trabajar ni celebrar contrato de trabajo los menores de catorce años.

El Código de Trabajo chileno contempla como excepción los casos debidamente calificados donde, con la autorización de su representante legal o del juez de menores, podrá permitirse a los menores de quince años que celebren contrato de trabajo con personas o entidades dedicadas al teatro cine, radio, televisión, circo u otras actividades similares. Esto no hace sino ejemplificarnos que el derecho del trabajo debe adecuarse a las realidades de la vida, aunque en sinnúmero de ocasiones esto se convierte en una especie de esclavitud donde el representante o los padres se ven beneficiados por la actividad del menor sin que éste reciba jamás justa retribución por su labor.

Podríamos cuestionarnos, ¿una persona que *no* está en pleno uso de razón (de sus facultades mentales) puede ser trabajador, si nunca podrá expresar su voluntad de modo vinculante en un contrato laboral? Aquí hay que ver varios puntos. *Primero*, el grado de demencia del trabajador, si éste podría entender lo que está realizando o si tiene momentos de lucidez y los alcances de éstos. *Segundo*, si no existe la posibilidad de realizar un contrato de trabajo al no poder prestar su consentimiento, si podría darse la figura de la relación laboral al prestar a otra persona un trabajo personal subordinado a cambio de un salario o remuneración, aun sin que medie la voluntad del demente, que no es dueño de sus actos. La ley protegería todos los derechos generados por éste, lo que constituiría un caso de excepción.

El objeto o materia de la contratación. El trabajo a prestar es personalísimo por lo que respecta al trabajador, ya que éste no podrá ceder su lugar a otra persona porque automáticamente implica ausencia a sus labores, sin que exista obligación por parte del patrón de recibir al trabajador que éste mandara en su sustitución, con el que tendría que entablar un contrato de trabajo por tiempo determinado.

La jurisprudencia emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, al resolver sobre “*Viajante de comercio* las diferencias con agente o representante comercial. *Fraude laboral. Remuneraciones*: C.C.T. 308/75, artículo 16, garantía salarial mínima. Prueba: apreciación. *Conducta maliciosa y temeraria*: multa, graduación, facultad judicial”. Al estudiar el S.C. Buenos Aires, diciembre 12 de 2000, “Rodríguez, Rubén

E.c. sucesión de Alfredo Williner S.A. Victorio Esteban De Lorenzi, Ltda., S/cobro de pesos”; L.68.372¹⁵ en los apartados 1o. y 2o. resolvió en lo conducente, para el tema que nos ocupa:

1. La distinción entre viajante de comercio y el agente o representante de comercio —en el caso llamado distribuidor— debe buscarse —entre otras— en el desempeño personal y habitual de la actividad del primero, mientras que el otro es un comerciante empresario que tiene su propio sistema de ventas —ajeno al del principal— coordinando su tarea y los medios aptos para promover y concertar negocios en nombre y por cuenta de su mandante, asumiendo los riesgos de su propia organización empresarial estando ausente el carácter personal de la actividad como prestación laboral.
2. Una de las notas características de la actividad del viajante de comercio —entre otras— radica en el desempeño personal y habitual de dicha actividad.

Situación diferente de la arriba relatada antes de la jurisprudencia citada, es la de los trabajadores contratados para sustituir a otro trabajador, por una causa extraordinaria de modo temporal por el tiempo que dura el motivo de contratación, bien sea, la incapacidad del trabajador titular del puesto o cualquier otra causa extraordinaria. En estos casos en particular, la relación laboral se agota momento a momento conforme se desarrolla la labor y por el tiempo que dure ésta, es decir, hasta que el trabajador al que sustituye se reincorpore al puesto, debiéndose prorrogar la relación mientras dure el motivo de la incapacidad o deje vacante definitivamente el puesto el titular del mismo, supuesto en el que podrá demandar su derecho preferente sobre la ocupación del puesto.

La labor u objeto del contrato no es modificable unilateralmente por uno de los contratantes, al constituir una condición del trabajo, establecida en el contrato laboral. Si contrato a una persona con funciones determinadas (ejemplo: bombero) no le puedo exigir que realice funciones diversas a las propias de su actividad laboral (vigilancia) sin importar que esté capacitado como guardia, y tenga cursos de seguridad, pues las labores materia del contrato son de naturaleza diferente, conforme a los servicios contratados, salvo los límites del *ius variandi*, tema que se estudiará más adelante.

¹⁵ Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia del Trabajo de la Provincia de Buenos Aires, *boletín informativo*, Buenos Aires, talleres Murguiondo, año IV, núm. 7, agosto de 2000, p. 11.

El objeto o materia del contrato no debe de ser ilícito o de imposible realización pues nadie está obligado a lo imposible.

Si la materia de la contratación implica la renuncia de algún derecho, esta cláusula en particular se deberá de tener por no puesta aplicándose en su lugar lo que establezca la ley, continuando la vigencia del contrato en lo que no sea contrario a la ley. *Como ya se ha relatado en antecedentes la Constitución mexicana contempla la nulidad de toda cláusula que implique renuncia de derechos*, lo que también contempla la L.C.T. argentina al dejar sin efecto las cláusulas nulas sin que esto afecte la validez de las cláusulas validas, siendo sustituidas las nulas de pleno derecho, por la norma legal.

El maestro Alfonso Bouzas¹⁶ señala que son cuatro los principales conceptos y variables de un contrato de trabajo. Por nuestra parte, diremos que más bien son *elementos o características que debe contener todo contrato de trabajo* y que no hacen sino darle forma al mismo y constituir junto con otros parte nuclear de un contrato de trabajo:

- a) Jornada
- b) El salario
- c) La estabilidad en el empleo
- d) El contenido del trabajo

De tal forma al hablar del fin último y principal del contrato de trabajo.

El trabajo. Resulta claro que si bien al comienzo de la relación laboral, ésta puede darse por la simple prestación del servicio sin que se requiera establecer de modo formal las condiciones bajo las que regirá la relación de trabajo, con el desarrollo de la relación laboral éstas se irán dando, por lo que resulta conveniente para seguridad jurídica tanto obrera como patronal que queden por escrito las condiciones de trabajo.

Legislaciones como la peruana, privilegian la contratación por tiempo indefinido eximiendo al patrón de la obligación de la celebración de un contrato por escrito. Si la relación laboral se establece por tiempo indefinido la Ley de Productividad y Competitividad Laboral dispone:

Art. 4o. En toda prestación personal de servicios, remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado.

¹⁶ Bouzas, Alfonso, *Revista de estudios jurídicos de la Universidad Intercontinental*, núm. 6, enero-junio, p. 46.

El contrato individual de trabajo puede celebrarse libremente por tiempo indeterminado o sujeto a modalidad. El primero podrá celebrarse en forma verbal o escrita y el segundo, en los casos y con los requisitos que la presente ley establece.

También pueden celebrarse por escrito contratos en régimen de tiempo parcial sin limitación alguna.

Se deja a la elección del contratante el celebrar o no la contratación por escrito en el caso de que la relación laboral sea por tiempo indefinido y queda obligado a formularlo por escrito en el caso de que la contratación sea sujeta a una modalidad por tiempo u obra determinado.

Con independencia de la anterior salvedad al celebrarse un contrato de trabajo, considero conveniente dejar por escrito las condiciones de trabajo. Los contratos laborales deben contener:

1. *El lugar y fecha en que se realiza el contrato.* El lugar de la contratación sirve para poder determinar cuál será la jurisdicción competente para conocer de un juicio en caso de un litigio, dentro de un mismo país o en entre dos países. Esto adquiere mayor importancia día a día con los procesos de creación de mercados internacionales y la globalización, por ejemplo, las leyes de un país no pueden ni deben ser aplicadas extraterritorialmente. Si un trabajador es contratado en un país para trabajar en ese país bajo la protección de las leyes de ese país, aunque la empresa que lo contrató tenga su matriz en el extranjero, la relación laboral con ese trabajador deberá de ventilarse por las leyes del país donde fue contratado. Caso contrario cuando es contratado en un país y mandado a laborar al extranjero, entonces se encuentra tutelado por las leyes del país donde fue contratado, esto por lo que respecta al lugar de contratación sin que sea determinante el país en el que prestó sus servicios.

En cuanto a la fecha de la contratación, sirve para resguardar todos los derechos de antigüedad y de categoría del trabajador, así como medio para que el patrón acredite a partir de qué momento comenzó el actor a generar derechos laborales.

Cabe recordar que el trabajo es una cuestión de facto, por lo que con independencia se firma un convenio con una fecha de ingreso y no implicará que se ingrese a laborar en la fecha de la firma de este documento, si efectivamente entró a laborar para este patrón en una fecha anterior a la signature del documento.

2. *Nombre o denominación de las partes.* Con el objeto de que se pueda hacer exigible el contrato, debe de individualizarse determinándose los nombres de las personas que lo celebran. Esto reviste un lugar especial en la actualidad cuando algunas empresas crean corporativos, subsidiarias o prestadoras de servicios que laboran exclusivamente para un corporativo, pero los trabajadores de estas empresas tienen establecido su contrato y su relación laboral en fraude a la ley, sólo con uno de estos entes jurídicos y no con todas las empresas del corporativo. Dicho queda salvado con la teoría acerca del beneficiario directo o principal de los servicios prestados por el trabajador, el que deberá responder de manera solidaria con el patrón formal en caso de que éste no cuente con los elementos suficientes para responder por sus obligaciones laborales.

3. *Domicilio que señalan las partes.* Sirve para la notificación de cualquier cuestión con motivo de la relación laboral durante el desarrollo de ésta. Debe de irse actualizando en el caso del trabajador, mediante un escrito dirigido al patrón del que debe quedar acuse de recibo so pena de que el domicilio proporcionado originalmente se tenga por bueno aunque el trabajador habite en diverso domicilio, con cláusula contractual en tal sentido. Además, en caso de cualquier accidente o riesgo de trabajo, facilitará la notificación a los parientes o deudos en su caso, así como para la determinación de si es o no accidente de trabajo, el ocurrido en tránsito de la casa del empleado al trabajo y viceversa en su caso.

4. *Centro de trabajo o unidad.* En donde deberán prestarse los servicios sin perjuicio de la facultad del patrón de movilizar al trabajador de centro de trabajo, dentro de la misma ciudad o zona conurbada.

Lo anterior a efecto de que tanto patrón como trabajador tengan certeza jurídica del lugar donde se prestarán los servicios y se pagará el salario, así como el sitio para pegar convocatorias relativas al trabajador o escalafones a los que pertenezca el mismo. El patrón podrá, unilateralmente cuando así esté pactado, mover al trabajador de centro de trabajo dentro de la misma ciudad con lo que no se modifican las condiciones de trabajo y sí se flexibiliza la relación de trabajo.

El LETE estipula en su artículo 40.1, respecto a los trabajadores que requieran moverse a otro centro y deban de cambiar de residencia, que sólo será permitido por razón de necesidades económicas, técnicas, organizativas o de producción que lo justifiquen, por lo que el trabajador podrá optar por aceptar el cambio de residencia recibiendo una compensación por gastos o bien una indemnización. El trabajador que no hubiere optado por una de

estas dos vías, puede concurrir ante los tribunales a demandar su reinstalación en el centro de trabajo originario.

5. *Determinación de la categoría.* Implica la determinación de la naturaleza de los servicios a prestarse con el objeto de que queden determinadas las labores que tiene obligación de realizar el trabajador de acuerdo con la naturaleza del puesto para el que fue contratado, y en consecuencia tenga certeza y seguridad jurídica de las labores y funciones que ha de realizar y a cuales no se encuentra obligado a realizar, así como del grado de responsabilidad que tiene en el cumplimiento de sus funciones laborales. No tienen el mismo grado de responsabilidad el primer operario de planta que un operario de tercera, aunque sus labores sean muy semejantes, pues sus condiciones laborales, salario, antigüedad, etc., son esencialmente distintas.

6. *Monto, forma, periodo y lugar de pago de la remuneración acordada.* En relación al monto del salario y/o la forma de pago que percibirá el trabajador en México LFT artículo 90, España LETE artículo 27, y Argentina LCT artículo 116, no podrán ser inferiores al mínimo general profesional o interprofesional según sea el caso. Respecto de la forma de pago en México, será con moneda de curso legal. De acuerdo con las nuevas tecnologías, actualmente se depositan los alcances salariales directamente a una cuenta bancaria del trabajador y se autoriza el pago con cheques del patrón, cubriéndose vales de despensa canjeables en determinadas tiendas. Esto también está prohibido, pero todo por seguridad para el operario a efecto de protegerlo; la realidad está superando a la normatividad aplicable. En España, el artículo 29.1 del LETE estipula que el salario podrá efectuarlo el patrón “en moneda del curso legal o mediante talón u otra modalidad de pago similar a través de entidades de crédito”, con lo que demuestra que esta legislación obtenida del consenso de su sociedad está más adaptada al cambio de los tiempos.

Salario, por regla general, se entiende como las percepciones económicas que recibe ordinariamente una persona por su trabajo en moneda de curso legal o en especie que sean cuantificables económicamente.

Aquí es muy importante hacer la diferenciación de que las cantidades que son abonadas a los trabajadores por salario, son a cambio o en virtud de su trabajo, como retribución al mismo. En esta categoría no entran las cantidades cubiertas a los trabajadores para realizar el desempeño de sus funciones y no por el mismo o bien de forma extraordinaria. En este rubro encontraremos: los viáticos, los gastos refaccionarios de automóvil proporcionado para realizar las labores, las horas extras, los instrumentos de tra-

bajo y dependiendo del país, los gastos de seguridad social. El LETE dice expresamente que estas cantidades no integrarán el salario.

En México, de acuerdo con el nuevo sistema de seguridad social donde los trabajadores cooperan junto con él para su propio seguro de retiro y no para un fondo común de todos los trabajadores que forman parte de este sistema de seguridad social, considero que sí integrarían el salario, pues las cantidades aportadas por el patrón entrarán directamente a la cuenta individual de cada trabajador.

Periodo de pago. Es para que las partes sepan en qué fecha y por qué lapso serán pagaderas las cantidades que les sean dadas por salario o bien para que el trabajador sepa cuándo es cobrable la obligación surgida de la prestación del servicio.

El lugar de pago. Constituye un elemento más para redondear la certeza jurídica en lo relativo al pago del salario, en dónde se pagará al trabajador y dónde éste podrá exigir el pago de su salario.

7. *Jornada.* Debe establecerse la jornada de trabajo en forma semanal o mensual con un mínimo de horas de descanso entre jornada, especificando el periodo de descanso semanal, para que capital y trabajo sepan los plazos en que los servicios del trabajador estarán a disposición del patrón en forma ordinaria y a partir de qué momento se computan horas extras. Aquí es importante reiterar el criterio de varios países donde la jornada legal se computa semanal, mensual o incluso anualmente donde se determina un máximo de horas a laborar durante estos periodos. La legislación mexicana (LFT) establece en su artículo 59 la posibilidad de que los trabajadores y el patrón podrán repartir las horas de trabajo a fin de permitir a los primeros el reposo del sábado en la tarde u otra modalidad (semana de 48 horas). Resulta interesante ver que México no ha ratificado el convenio 47-1935 de la OIT que establece el principio de la semana de 40 horas.

8. *Plazo del contrato. Tiempo u obra determinado, o por tiempo indeterminado.* Debe determinarse, en el caso de los contratos por tiempo u obra determinada, no sólo el plazo del contrato, sino el motivo de la contratación. No basta que se establezca la celebración de un contrato por obra determinada sin que se inserte en el texto del documento la circunstancia o hecho generador de la necesidad de contratar en estos términos al trabajador. Recordemos que la contratación en la mayoría de los países, por regla general, es por tiempo indeterminado y sólo por una causa de excepción de las consignadas en la ley o código que reglamente esto podrá hacerse de tal manera.

El doctor Mario Pasco Cosmópolis considera que “la proliferación de las formas atípicas de la contratación es uno de los fenómenos más notables y notorios”.¹⁷

Por regla general podemos entender que estos contratos por tiempo u obra determinada pueden celebrarse:

1. Cuando lo exija la naturaleza del servicio a prestarse.
2. Cuando se contrate a un trabajador para la realización de una obra que no corresponde a las funciones naturales de la empresa.
3. En los casos de incremento excesivo de acuerdo a la plantilla laboral de las labores normales de la empresa.
4. En el caso de sustitución de un trabajador temporalmente.

Los contratos anteriores requerirán no encontrarse en fraude a la ley porque de ser así se entenderán celebrados por tiempo indefinido.

9. *Fecha a partir de la que comienza la relación laboral.* La relación laboral es una cuestión que nace por la simple prestación del servicio (en la mayoría de los países) sin que se requiera necesariamente de la firma de un contrato por escrito que contenga los términos en que se desarrollará. Con este elemento, podrá servir administrado con otros documentos o bien por sí solo, en caso de no existir documento con el que se le acredite lo contrario. Se tendrá acreditada la fecha en que nació la relación laboral y todas las obligaciones laborales, así como de seguridad social para con el trabajador y respecto de los institutos de seguridad social.

10. *Periodos de descanso.* Podríamos subdividirlo en comidas, diario, entre jornada y jornada, semanal y anual, vacaciones:

Dentro de la jornada legal diaria debe incluirse un tiempo para tomar alimentos, que puede ser dentro o fuera del centro de trabajo. En caso de ser dentro de la fuente de trabajo sin que los trabajadores (obreros, empleados, etc.) puedan salir, no se interrumpirá la jornada laboral.

Entre jornada y jornada la interrupción será normalmente de doce horas para que en este tiempo el trabajador pueda reponer las energías perdidas durante el desarrollo de la jornada. Aunque la reglamentación sobre las horas extras sea muy laxa, esto no permite que se tomen medidas en contra de la propia naturaleza del ser humano ya que de no existir estos periodos

¹⁷ Pasco Cosmópolis, Mario, *op. cit.*, nota 8, p.123.

mínimos de descanso, se afectaría la salud de los trabajadores que repercutiría en el rendimiento y en la productividad.

La jornada o tiempo en que el trabajador está a disposición del patrón cuenta en cualquiera de sus modalidades: jornada diaria, de ocho horas, semanal 40 o 48 horas o mensual.

Las vacaciones varían y dependen del trabajo y de la antigüedad del trabajador, siempre buscando hacer más humana la relación laboral. Las vacaciones son un derecho que se adquiere por el tiempo en que prestan sus servicios y tiene por finalidad el descanso para reponer la energía gastada, sea física o mental. Las vacaciones no se generarán en caso de que el trabajador no se encuentre laborando, por ejemplo cuando esté incapacitado médicamente.

IV. EL CONTRATO DE TRABAJO, DADA SU VINCULACIÓN CON LA VIDA REAL, ESTÁ EN CONSTANTE MOVIMIENTO

Las condiciones de trabajo se actualizan conforme a las circunstancias de la vida, los requerimientos de ésta y a las condiciones fácticas (reales) de la prestación del servicio en beneficio, tanto de los intereses obreros como patronales, respetando siempre los derechos mínimos consagrados en ley a favor del trabajador y/o las condiciones esenciales del contrato, e invariablemente con el consenso del trabajador. Mario de la Cueva diría en su *Derecho mexicano del trabajo*, que el derecho del trabajo es un derecho inconcluso en donde los derechos mínimos de los trabajadores “crezcan continuamente y en la proporción que determinen los cambios sociales y económicos, las necesidades de los trabajadores y las posibilidades de las empresas”.¹⁸ En el caso de la LCT argentina, existe la posibilidad de modificación unilateral por parte del patrón, Capon Filas citado por Julio Armando Grisola¹⁹ en su *Derecho del trabajo y la seguridad social*, considera que es muy reducido el campo de ejercicio ya que son elementos estructurales y que no pueden ser modificados, tratándose tanto de contratación colectiva como individual.

El doctor Néstor de Buen nos dice que la relación laboral puede modificarse subjetiva u objetivamente,²⁰ el primero de los casos cuando se da la

¹⁸ Cueva, Mario de la, *Derecho Mexicano del Trabajo*, 4a. ed., México, Porrúa, t. I, p. 248.

¹⁹ Grisola, Julio Armando, *op. cit.*, nota 10, p. 74.

²⁰ Buen Lozano, Néstor de, *Derecho del trabajo*, 3a. ed., México, t. 1, p. 526.

sustitución patronal y la segunda cuando se da un cambio en las condiciones de la relación laboral, como en los casos de la aplicación del *ius variandi* al que nos referiremos renglones más adelante.

En tiempos pasados existían diversas corrientes de pensamiento que sostenían la irrenunciabilidad de los derechos adquiridos y de lo contratado, lo que vuelve la relación laboral demasiado rígida e imposibilita que por medio de la flexibilización laboral se modernice ésta cuando alguna cláusula haga improductiva la relación de trabajo, obstaculice el curso de las relaciones o simplemente perjudica en vez de beneficiar a los trabajadores. Esto impide que se dé la optimización de recursos materiales y humanos en beneficio de la empresa, entendida como capital y trabajadores, al no poder aplicar la reingeniería y no poner a las personas, ni a los recursos en el lugar adecuado, en el momento indicado. Lo anterior no implica que el patrón unilateralmente pueda modificar las condiciones de trabajo por debajo de las prerrogativas que otorga la ley a su libre albedrío, ni que pueda pactar con el trabajador eficazmente cláusulas de carácter leonino, como aquéllas que no establecen con precisión cuál será el lugar de prestación de servicios y en una posterior se especifica que el patrón unilateral y libremente lo podrá movilizar definitivamente a cualquier otro centro de trabajo dentro del país de que se trate pues esta cláusula estaría afectada de nulidad.

Algunos autores, principalmente argentinos, identifican al *ius variandi* con una acción que unilateralmente realiza el patrón (sin requerir de la voluntad obrera) lo que volverá muy restringido este derecho haciéndolo prácticamente nugatorio e improductivo. Vielkham Morales Hurtado,²¹ de la República Dominicana, considera que en su país existe este derecho de acciones unilaterales del patrón de forma ordinaria o extraordinaria en varios casos en particular:

1. Accidentes ocurridos o inminentes
2. En caso de trabajos imprescindibles
3. Trabajo cuyo paro alteraría la materia prima
4. En caso fortuito o fuerza mayor
5. Por aumentos extraordinarios de trabajo

²¹ Morales Hurtado, Vielkham, *Globalización económica y derecho individual dentro del marco legal dominicano*, Santiago de Chile, Congreso Regional Americano de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, 1998, p. 205.

El artículo 9o. de la Ley de Productividad y Competitividad peruana en lo conducente dice: “El empleador está facultado para introducir cambios o modificar turnos, días u horas de trabajo, así como la forma y modalidad de la presentación de las labores, dentro de los criterios de racionalidad y teniendo en cuenta las necesidades del centro de trabajo”.

Por mi parte, considero que la modificación de algunas cuestiones de trabajo de forma unilateral y temporal de acuerdo a los requerimientos de la vida real, invariablemente siempre son con la voluntad del trabajador, ya que en caso contrario existiría un intento de modificación unilateral al contrato de trabajo.

En el caso del trabajo en tiempo extraordinario, no se puede obligar al trabajador a prestar sus servicios, pues ningún trabajador está obligado a realizar más de lo que se obligó en un contrato y, por lo tanto, no procedería sanción alguna ante su negativa a trabajar tiempo extraordinario o a acatar una modificación unilateral de los términos de la contratación. Mario de la Cueva²² en su libro *Nuevo derecho mexicano del trabajo* considera que debido al principio de limitación de la jornada y a la naturaleza de este principio que busca otorgar al trabajador 16 horas entre jornada para reponer las fuerzas perdidas, no procedería cuando menos la prolongación de la jornada. La legislación española en el artículo 35.4 del LETE estipula: “la prestación de trabajo en horas extraordinarias será voluntaria, salvo que su realización se haya pactado en convenio colectivo o contrato individual de trabajo dentro de los límites del apartado 2o. de este artículo”. Si bien en el apartado 3o. del mismo artículo se indica:

No se tendrá en cuenta, a efectos de la duración máxima de la jornada ordinaria laboral, ni para el cómputo del número máximo anual de horas extraordinarias autorizadas, el exceso de las trabajadas para prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes, sin perjuicio de su compensación como horas extraordinarias.

El estatuto español privilegia el trabajo en estos casos en particular al efecto de que no se tengan por horas extras laboradas para efectos del cómputo anual, pero siempre a voluntad del empleado con la salvedad de las jornadas reducidas. Don Juan B. Climént²³ estima que esto es procedente tal

²² Cueva, Mario de la, *op. cit.*, nota 12, p. 282.

²³ Climént, Juan B., *Ley Federal del Trabajo comentada*, 14a. ed., Editorial Esfinge, p. 157.

como se desprende de su comentario a los artículos 65 y 66 de la LFTM en su edición de 1997 al aceptar la tesis dictada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación Mexicana de 5 de abril de 1943 A.D.7937/42, Cía. Mexicana de Explosivos, S. A., que establece:

la prestación de servicios en horas extraordinarias queda sujeta a la determinación del mismo patrono, que dentro de las necesidades propias de su negocio, porque a él corresponde la mejor realización del trabajo, y porque implica un desembolso mayor de salarios que, sin duda sólo podrá aceptarlo por necesidades imprescindibles, que son precisamente las circunstancias extraordinarias.

Sin embargo podríamos decir respecto de esta resolución que si bien es el patrón el que formula un gasto materialmente hablando *esto no puede estar por encima de los bienes y derechos más preciados del ser humano como lo es la libertad del trabajador para determinar si acepta laborar o no tiempo extra.*

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece en la fracción primera del artículo 123, apartado A, que la duración de la jornada máxima será de ocho horas y el artículo 5o. perteneciente al mismo ordenamiento jurídico, establece en lo conducente: “Nadie podrá ser obligado a prestar trabajos personales sin la justa retribución y sin su pleno consentimiento salvo el impuesto por pena por la autoridad judicial”.

Luego entonces, cuando menos en el derecho laboral mexicano, no podría obligar a trabajar a una persona sin su consentimiento, por lo que los artículos en comento de la ley reglamentaria resultarían ser anticonstitucionales, si bien fácticamente no existe la jornada de ocho horas al ser ésta de 48 horas a la semana en el mejor de los casos.

En el artículo 65 de la LFTM se faculta al patrón para extender la jornada en los casos de siniestro, riesgo inminente en que peligre la vida del trabajador, del patrón o de sus compañeros o de la misma empresa, para evitar tales males. Por este artículo no se puede imponer sanción alguna ante su inatamamiento, pues va más allá de la flexibilización laboral y en su caso será cuestión de responsabilidad moral de cada trabajador.

Explicado todo lo anterior, considero que los derechos colectivos no pueden ni deben estar por arriba de los derechos humanos de un individuo particular (derechos sociales sobre derechos individuales) por simple razón de justicia humana. En casos de suma urgencia y gravedad, existe en casi

todas las legislaciones la posibilidad de contratar temporalmente a otros trabajadores para este tipo de labores extraordinarias.

Al ser el derecho del trabajo, como lo hemos visto, un derecho en movimiento que requiere actualizarse conforme a la realidad y adecuar las condiciones de trabajo conforme a estas circunstancias, se requiere de la flexibilidad laboral que se puede alcanzar a través de las relaciones colectivas de trabajo. En México ha quedado expresada esta posibilidad por la Suprema Corte de Justicia en la jurisprudencia en contradicción de tesis.²⁴

CONTRATO Y CONVENIOS COLECTIVOS EN MATERIA DE TRABAJO. PUEDEN MODIFICARSE SIN TENER QUE CUMPLIR EL PROCEDIMIENTO ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 426 DE LA LEY FEDERAL DEL TRABAJO. El principio de la autonomía de la voluntad, que sostiene la libertad soberana de los individuos para obligarse contractualmente, se encuentra limitado, constitucional y legalmente, en materia de trabajo, con la finalidad de establecer el equilibrio entre patrones y trabajadores. Sin embargo, debe entenderse que dicho principio rige en todos los aspectos no regulados por la Constitución, particularmente en su artículo 123 o por la Ley Federal del Trabajo, y que en ejercicio de su libertad, trabajadores y patrones pueden establecer derechos y obligaciones recíprocos. Una de las formas a través de las que pueden obligarse los sujetos de la relación laboral es el contrato colectivo de trabajo mediante el que se establecen las condiciones generales de trabajo que regirán en una o varias empresas o establecimientos y que puede ser modificado libremente por ellas a través de diversos convenios, sin necesidad de agotar el procedimiento establecido en el artículo 426 de la Ley Federal del Trabajo. *Dicha disposición es una norma protectora de los trabajadores o de la fuente de trabajo, la cual garantiza que por lo menos dicho acuerdo se revisará una vez al año, tratándose de salarios, y cada dos años en los demás aspectos. En ejercicio de su libertad de contratación, las partes patronal y trabajadora pueden buscar mejores opciones para la prestación del trabajo, todo eso en el entendido de que dicha modificación no implique una renuncia de los derechos mínimos consagrados constitucional y legalmente en favor de los trabajadores.*

Si lo anterior es posible al hablar de contratación colectiva, con mayor procedencia lo será en el caso de la contratación individual, mientras no se violen los mínimos fijados por la ley.

²⁴ Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, Segunda sala, t. IX, enero de 1999, tesis: 2a./J. 3/99, p. 27.

V. ESTABILIDAD EN EL EMPLEO

Hemos visto que el objeto del contrato de trabajo es el hombre y la prestación de un servicio personal subordinado a otra tercera persona de acuerdo con su dignidad propia. Para ser trabajador se requiere la capacidad mínima para prestar una labor a otra persona, entidad moral o persona física de forma personal a cambio de una remuneración con ánimo de lucro y sujeto a las órdenes en lo relativo al trabajo por el contratante (subordinación), es decir una persona que vende sus servicios con respeto a su condición de ser humano, no como quien comercia con cualquier objeto.

Después del panorama aquí presentado y de analizar estas características del contrato de trabajo, podemos comprender en su real dimensión que el derecho del trabajo es un ente social vivo al servicio del hombre y por el hombre toda vez que es en razón de aquél que existe éste. No tiene sentido la idea contrato de trabajo y de derecho del trabajo, excluyendo al hombre. Las máquinas se rigen por leyes de la física y del desgaste natural pero necesariamente requieren de la mano y la inteligencia del hombre para funcionar. Estamos llegando a un estadio donde el hombre no debería ser más el lobo del hombre, donde los medios de producción obtengan mutuos beneficios, donde aquel que legítimamente invierte su capital pueda ganar y a su vez aquellos que se encuentran en una relación de subordinación respecto de aquél, puedan no solamente sobrevivir en calidad de esclavos, sujetos a las cadenas de la producción, sino vivir dignamente con una expectativa mejor de vida a través de una contratación individual de trabajo más eficaz, *apoyándose la empresa en los trabajadores, en su capital humano a fin de alcanzar los máximos estándares de productividad.*

Ante esta perspectiva podríamos decir, siguiendo a los escritores antiguos y a la doctrina clásica en el derecho del trabajo en México y en consecuencia respecto del contrato laboral sea escrito u oral, que éste da lugar al *derecho a la estabilidad en el empleo, que implica por un simple principio de lógica, que nadie puede disponer de lo que no es suyo*, y que aquel que sea dueño del capital no pueda disponer a su libre albedrío de los empleos de los trabajadores a su servicio, los que pertenecen a aquellos en propiedad. Los contratos de trabajo serán en principio y por regla general, por tiempo indefinido (permanentes) y sólo por excepción se extenderán por tiempo u obra determinada pero siempre limitado a los casos que marque en particular la normatividad laboral del país que nos ocupe, lo que podríamos denominar *el principio de estabilidad en el empleo*. Esto no resulta otra cosa

que la opción del trabajador que nace de la relación de trabajo de conservar su empleo por tiempo indeterminado o por el que dure el tiempo u obra determinada por el que fue contratado, de encontrarse en los casos de excepción que determinase una ley, sin que el patrón unilateralmente pueda dar por terminada la relación laboral.

Algunos autores denominan a la anterior descripción estabilidad absoluta (México) y dicen que en el supuesto que los trabajadores no gocen del derecho a conservar su empleo pero a cambio de éste se les deba de cubrir una indemnización, en caso de que se les despidan sin causa justificada, se generaría una *estabilidad impropia* (Argentina, España). A mi entender no constituye en forma alguna un tipo de estabilidad en el empleo, por el contrario, constituye una forma en la que el patrón de forma unilateral y por así convenir a sus intereses puede dar término al contrato laboral intentando resarcir con una indemnización lo que no resulta resarcible ni equiparable en forma alguna, por lo que podemos decir que esta subdivisión arbitraria no tiene justificación, existe o no existe la estabilidad y no hay otra opción.

El maestro Alfonso Bouzas Ortiz dijo en la *Revista de Estudios Jurídicos* de la Universidad Intercontinental que la estabilidad en el empleo “es un concepto vertebral del vínculo laboral capitalista” constituyendo “uno de los tres elementos esenciales (jornada máxima y salario mínimo serían los otros dos) de la relación de producción capitalista”.²⁵ El maestro considera a éste un derecho de naturaleza social fruto de la etapa del Estado benefactor, motivo por el cual se contiene en la Constitución mexicana de 1917 en la fracción XX del artículo 123 constitucional, la que dice no se ha podido llevar a una realidad plena pues él considera que cuando más obtendrá una mejor liquidación ante la privación de su empleo, lo que en mi personal perspectiva es una verdad a medias pues a pesar de constituir una obligación de hacer, en la mayoría de los casos es acatada por los patrones mexicanos.

El jurista al que hacemos referencia se cuestiona:

en el contexto de la globalización y con el alto índice de desempleo, ¿sigue siendo válido el principio de estabilidad en el empleo? Si aceptamos que lo sea, ¿cómo lo vamos a establecer de manera que permita dar cumplimiento a los requerimientos actuales de la economía y no quede nada más como declarativamente señalado? y ¿cómo le podemos dar paso al cambio con la indispensable participación de los actores sociales? La pregunta se puede

²⁵ Bouzas Ortiz, Alfonso, *op. cit.*, nota 16, p. 46.

formular también de la siguiente manera: ¿la única forma de enfrentar el desempleo es o tiene que ver necesariamente con degradar las condiciones de trabajo?

Podríamos contestarle al catedrático que la realidad está contestando sus preguntas sin dejar de existir un mínimo de derechos protegidos por las leyes y los tratados internacionales en la mayoría de los países tiende a desaparecer la sobreprotección, la cual a lo único que lleva es a la desprotección de los trabajadores. Cuántos buenos trabajadores hay en los países, donde existe una estabilidad absoluta o escalafones ciegos, que no pueden acceder a un contrato de trabajo que detenta una persona que realiza a medias su labor, donde solamente generan antigüedad a pesar de que posean más conocimientos y capacitación. Pensemos que es a través de la capacitación y adiestramiento como los trabajadores accederán a la estabilidad. Baltasar Cabazos Flores, en su libro *El nuevo derecho mexicano del trabajo* menciona que la estabilidad en el empleo es antijurídica porque no toma en cuenta la voluntad de los contratantes, antieconómica porque propicia el tortuguismo y la infiltración de elementos indeseables, y antisocial al ir contra la naturaleza misma del derecho del trabajo que busca equilibrar los factores de la producción.²⁶ Sin querer indicar con todo lo anterior que estemos llegando a que los patrones no abusen de la fuerza de trabajo, pero con la imposición de sanciones altas el patrón lo pensará dos veces antes de desprenderse de los servicios de un trabajador.

Jorge Olvera Quintero en el artículo “La estabilidad en el empleo”, comenta:

estamos penetrando terrenos de interdependencia económica internacional globalizantes, determinados por áreas mundiales; en ese contexto nos urge la eficiencia y la calidad, pero no es cambiando o atenuando los principios de estabilidad laboral como podremos acceder a ello, todo lo contrario, es urgente enfrentar de manera seria ese cuello de botella, la falta de capacitación y adiestramiento, lastre que traerán consecuencia de la falta de cultura en tal tendencia, porque no nos gusta gastar y la capacitación y adiestramiento cuestan. Al respecto todo se reduce al papeleo y a estadísticas que de manera alguna corresponden a la realidad, y ni siquiera hay voluntad política en esa orientación, cuando soslayo que ese asunto importante nos satura desde todos los niveles en la urgente productividad y en ese objetivo, que es

²⁶ Cabazos Flores, Baltasar, *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, Trillas, p. 200.

en sí objetable, muchas normas y prestaciones simplemente se encogen, no hay coherencia.²⁷

Lo transcrito contiene la ideología de que la pérdida en la estabilidad en el empleo constituye un retroceso en tiempos del capitalismo salvaje, donde no existía restricción alguna a los despidos, y la defensa a capa y espada de esa ideología. El autor anterior y el Dr. Bouzas consideran que no debe desaparecer esta figura que proporciona seguridad al empleado, pero no toman en cuenta que ésta propicia que no se puedan cubrir las necesidades de la industria en beneficio de los propios trabajadores. Cuanto mejor cumpla una empresa con sus metas y objetivos, podrá beneficiar más a sus trabajadores y podrá ingresar mejor tecnología y capacitación, lo que propiciará, como se menta en este trabajo, su estabilidad en el trabajo. Además, se inhibe una sana relación laboral donde el patrón queda sujeto a que el trabajador tenga que ser contratado con independencia de la eficiencia en la labor prestada o simplemente en el interés puesto en el servicio prestado, lo cual redundaría en falta de calidad y por lo tanto de competitividad.

En España, el LETE contempla en su artículo 56 respecto del despido improcedente:

1. Cuando el despido sea declarado improcedente el empresario, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, podrá optar entre la readmisión del trabajador, con abono de los salarios de tramitación previstos en el párrafo b de este apartado uno, o el abono de las siguientes percepciones económicas que deberán de ser fijadas en aquella:

a):

b):

2. En el supuesto de que la opción entre readmisión o indemnización correspondiera al empresario la cantidad a que se refiere el párrafo b del apartado anterior quedará limitado a los salarios devengados desde la fecha del despido hasta la de conciliación previa, si en dicho acto el empresario reconociera el carácter improcedente del despido y ofreciese la indemnización prevista en el párrafo a del apartado anterior, depositándola en el juzgado de lo social a disposición del trabajador en el plazo de cuarenta y ocho horas siguientes a la celebración del acto de conciliación.

3. En el supuesto de no optar el empresario por la readmisión o la indemnización se entenderá que lo hace por la primera.

²⁷ Olvera Quintero, Jorge, “La estabilidad en el empleo”, *El Foro, órgano de la Barra Mexicana Colegio de Abogados A. C.*, octava época, núm. 2, segundo semestre de 1995, p. 69.

4. Si el despido fuera un representante legal de los trabajadores o un delegado sindical, la opción corresponderá siempre a éste. De no efectuar la opción. Se entenderá que lo hace por la readmisión cuando la opción, expresada o presunta, sea a favor de la readmisión, ésta será obligada.

Del texto transcrito se desprende que los trabajadores españoles no gozan del derecho a la estabilidad en el empleo que les es conmutada por una cantidad económica, recayendo en el patrón la facultad de elegir la opción que más convenga a sus intereses, bien sea la indemnización o la readmisión (reinstalación), bien sea expresa o tácita. Los únicos casos de excepción a esta regla general constituirán que el patrón no manifestase por cual de las dos vías opta y de manera directa sólo el supuesto de los representantes sindicales, lo que al pensamiento de juristas mexicanos como Alberto Trueba Urbina resultarían un disparate.

En Argentina se sigue un régimen similar al español donde no existe la estabilidad en el empleo, al poder ser conmutada por una indemnización. Esto en los términos del artículo 14bis de la LCT.

El maestro argentino Julio Armando Grisola, en su *Derecho del trabajo y la seguridad social*²⁸ nos indica que la CSJN: “Declaró la inconstitucionalidad de los regímenes de estabilidad propias de distintas actividades” como eran el caso del decreto 20.268/46, que reglamenta la ley 12.637 de los trabajadores bancarios, del convenio colectivo de los cerveceros y de la industria cervecera argumentando la corte que “el sistema de estabilidad absoluta es irrazonable porque suprime el poder discrecional del empleador respecto a la integración de su personal ya que viola la garantía de comercio e industria (srt.14 de la C.N.) y el derecho de propiedad”.

El derecho a la estabilidad en el empleo en el derecho laboral mexicano a pesar de ser absoluto, tiene sus excepciones a la regla general que no hacen sino confirmarla debido a que el derecho del trabajo regula las relaciones que surgen entre personas en virtud de la relación del trabajo y como tal contempla supuestos en los que el patrón está facultado para dar por terminada la relación laboral.

Una excepción se constituye cuando resulta imposible o cuando menos humanamente inconveniente la continuación de la relación de trabajo. Un claro ejemplo es lo contemplado por la Constitución mexicana en su ar-

²⁸ Grisola, Julio Armando, *op. cit.*, nota 10, p. 602.

título 123 fracciones XXI y XXII de lo que hablaremos más adelante citando a modo de ejemplo la tesis:²⁹

DESPIDO INJUSTIFICADO EN LA ACCIÓN DE REINSTALACIÓN. TRATÁNDOSE DE TRABAJADORES DE CONFIANZA, OPERA LA EXCEPCIÓN A LA REGLA GENERAL PREVISTA EN EL ARTÍCULO 123, APARTADO A, FRACCIÓN XXI, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Es cierto que conforme a este precepto, cuando se demanda la reinstalación con motivo de un despido injustificado, por regla general no procede la insumisión al arbitraje ni la negativa del patrón a acatar el laudo; sin embargo, de acuerdo con el artículo 49 de la Ley Federal del Trabajo, a la que remite aquella magna disposición, tratándose de trabajadores de confianza, el patrón queda eximido de la obligación de reinstalarlos mediante el pago de una indemnización, en virtud de que dada la naturaleza de sus funciones, lleva a la imposibilidad de obligar al patrón a que continúe depositando su confianza en ellos cuando ya se les ha perdido.

Amparo en revisión 1923/99, Petróleos Mexicanos, 3 de marzo del año 2000, cinco votos, ponente: José Vicente Aguinaco Alemán, secretaria: Estela Jasso Figueroa; amparo en revisión 1982/99, Petróleos Mexicanos, 10 de marzo del año 2000, cinco votos, ponente: Mariano Azuela Güitrón, secretaria: Lourdes Ferrer MacGregor Poisot.

El artículo 123, apartado A, fracción XXI de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos constituye un caso en que el legislador mexicano tomó en cuenta la naturaleza del hombre, sirviendo la ley al hombre y no el hombre a la ley. Aunque ésta afecte a un trabajador y la estabilidad en el empleo de éste, pues el hecho que guarde esta condición a la que el derecho laboral privilegia, no implica que se puedan dictar normas en contra de la naturaleza del hombre violentando sus más esenciales Derechos Humanos.

A mayor abundamiento resulta enriquecedor ver el artículo 161 del Nuevo Código de Trabajo chileno D.O 24.01.94 (NCTCH). El legislador chileno tomando en cuenta la naturaleza del hombre y las condiciones reales de la empresa, podrá poner el patrón término al contrato de trabajo y en lo conducente nos dice:

el empleador podrá poner término al contrato al contrato de trabajo invocando como causal las necesidades de la empresa, establecimiento o servicio,

²⁹ Arbitraje insumisión, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XI, abril de 2000, tesis: 2a. XXIV/2000, p. 234.

tales como las derivadas de la racionalización modernización de los mismos, bajas de productividad, cambios en las condiciones del mercado o de la economía, que hagan necesaria la separación de uno o más, y la falta de adecuación técnica y laboral del trabajador.

El artículo en comento tiene su similar en el artículo 439 de la LFTM, respecto a la modernización de la empresa.

En el caso de los trabajadores que tengan poder para representar al empleador, tales como gerentes subgerentes, agentes o apoderados, siempre que, en todos estos casos, estén dotados a lo menos de facultades generales de administración, y en el caso de los trabajadores de casa particular, el contrato de trabajo podrá además, terminar por desahucio escrito del empleador el que deberá darse con treinta días de anticipación a lo menos, con copia a la inspección de trabajo respectiva. Sin embargo, no se requerirá esta anticipación cuando el empleador pagare al trabajador, al momento de la terminación una indemnización en dinero en efectivo equivalente a la última remuneración devengada regirá también esa norma tratándose de cargos o empleos de la exclusiva confianza el empleador, cuyo carácter emane de la naturaleza de los mismos.

Con lo que se reafirma que la ley laboral debe de ser conforme a la naturaleza del hombre y a la realidad.

La contratación por tiempo u obra determinada constituye otra excepción impropia al principio de estabilidad en el empleo, si bien ésta sólo se debe dar por las razones y en los términos que nos marque el ordenamiento jurídico aplicable (países con tradición escrita) al constituir casos específicos de excepción a la regla general y será únicamente al término de la vigencia del contrato, cuando termine la relación laboral pues mientras esto acontece, existirá la estabilidad en el empleo. En algunos países como Italia han aumentado de forma importante los casos en que la norma laboral autoriza se extienda este tipo de contratos.

Una excepción más a este principio de estabilidad en el empleo lo constituiría la que se da por causas excepcionales al incumplir el trabajador con su contrato laboral o bien por incurrir en alguna de las causales de despido (rescisión del contrato laboral) las cuales varían de país a país.

En Argentina, para que el despido sea con causa justa, ha de existir un incumplimiento o inobservancia de las obligaciones de naturaleza tal que configuren una injuria que por su gravedad haga imposible la continuidad

del lazo contractual. El artículo 242 de la Ley del Contrato de Trabajo enuncia: “una de las partes podrá hacer denuncia del contrato de trabajo en caso de inobservancia por parte de la otra de las obligaciones resultantes del mismo que configuren injuria y que, por su gravedad, no consienta la prosecución de la relación”.

Resulta notorio y digno de destacar el hecho de que esta ley no determina expresamente los casos en los que es operante la medida, sino que por el contrario, deja al libre y justo arbitrio del juez la situación y las particularidades del asunto, la determinación de la justificación de la medida, pues por simple lógica no todos los casos son iguales, lo que elimina la rigidez de la medida. Aquí se podría alegar que existirá falta de fundamentación y de seguridad jurídica lo que generaría cualquier atrocidad por parte de la autoridad que estuviere coludida con el patrón, sin embargo, estimo que esta condición vuelve a la impartición del derecho más humano sin restringirla a una determinación de condiciones injuriosas determinada de forma inflexible y sin tomar en consideración las particularidades del supuesto que nos ocupe.

El doctor Carlos A. Toselli desde la tierra del Río de la Plata, en documento epistolar vía e-mail del 18 de mayo de 2001, menciona sobre el concepto de injuria, para hacer válido el despido

la injuria debe de ser de tal entidad que haga imposible la continuación del vínculo laboral, lo que es muy casuístico y dependerá en cada caso puntual de la evaluación que realicen los jueces si se exige que la medida guarde contemporaneidad con el hecho y la sanción no luzca desproporcionada

Al contrario de la legislación argentina, tanto en México como en la legislación chilena, existe norma expresa sobre cuáles son los casos en que el trabajador incurre en una conducta por la que se puede dar por terminada la relación de trabajo por causas imputables a él sin duda alguna y sin la aplicación del criterio del juzgador sobre la gravedad o no de la falta, como se muestra en el cuadro de la página siguiente.

Los argentinos contemplan en su LCT, particularmente en su artículo 243, que el despido por causa justa deberá comunicarse por escrito con expresión suficientemente clara de los motivos en que funde la ruptura del contrato, la que no se podrá modificar posteriormente corriendo la carga de acreditar el hecho motivador de la medida a quien lo invoque.

Comparativo, causas de terminación del contrato de trabajo
en las legislaciones chilena y mexicana

NCTCH artículo 160

El contrato de trabajo termina sin derecho a indemnización alguna cuando el empleador le ponga término invocando una o más de las siguientes causales.

1. Falta de probidad, vías de hecho o injurias o conducta inmoral debidamente comprobada.

2. Negociaciones que ejecute el trabajador dentro del giro del negocio y que hubieran sido prohibidas por escrito en el respectivo contrato por el empleador.

3. No concurrencia del trabajador a sus labores sin causa justificada durante dos días seguidos, dos lunes en el mes o un total de tres días durante igual periodo de tiempo; asimismo la falta injustificada o sin aviso previo de parte del trabajador que tuviera a su cargo una actividad, faena o máquina cuyo abandono o paralización signifique una perturbación grave en la marcha de la obra.

LFTM artículo 47

Son causas de rescisión de la relación de trabajo, sin responsabilidad para el patrón.

I. Engañarlo el trabajador o en su caso, el sindicato que lo hubiese propuesto o recomendado con certificados falsos o referencias en los que atribuyan al trabajador capacidad, aptitudes o facultades de que carezca. Esta causa dejará de tener efecto después de treinta días de prestar sus servicios el trabajador.

II. Incurrir el trabajador, durante sus labores, en faltas de probidad u honradez, en actos de violencia, amagos, injurias o malos tratamientos en contra del patrón, sus familiares o del personal directivo o administrativo de la empresa o establecimiento, salvo que medie provocación o que obre en defensa propia.

III. Cometer el trabajador contra alguno de sus compañeros, cualquiera de los actos enumerados en la fracción anterior, si como consecuencia de ellos se altera la disciplina del lugar en que se desempeña el trabajo.

4. Abandono de trabajo por parte del trabajador, entendiéndose por tal:

- a) La salida intempestiva e injustificada del trabajador del sitio de la faena y durante las horas de trabajo, sin permiso del empleador o de quien lo represente.
- b) La negativa a trabajar sin causa justificada en las faenas convenidas en el contrato.

5. Actos, omisiones o imprudencias temerarias que afecten a la seguridad o al funcionamiento del establecimiento, a la seguridad o a la actividad de los trabajadores o a la salud de éstos.

6. El perjuicio material causado intencionalmente en las instalaciones, maquinarias, herramientas, útiles de trabajo, o productos o mercaderías.

7. Incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato.

IV. Cometer el trabajador, fuera del servicio, contra el patrón, sus familiares o personal directivo o administrativo, alguno de los actos a que se refiere la fracción II, si son de tal manera graves que hagan imposible el cumplimiento de la relación de trabajo.

V. Ocasionar el trabajador, intencionalmente, perjuicios materiales durante el desempeño de las labores o con motivo de ellas, en los edificios, obras, maquinaria, instrumentos, materias primas y demás objetos relacionados con el trabajo.

VI. Ocasionar el trabajador los perjuicios de que habla la fracción anterior siempre que sean graves, sin dolo, pero con negligencia tal, que ella sea la causa única del perjuicio.

VII. Comprometer el trabajador, por su imprudencia o descuido inexcusable, la seguridad del establecimiento o de las personas que se encuentren en él.

VIII. Cometer el trabajador actos inmorales en el establecimiento o lugar de trabajo.

IX. Revelar el trabajador los secretos de fabricación o dar a conocer asuntos de carácter reservado, con perjuicio de la empresa.

X. Tener el trabajador más de tres faltas de asistencia en un periodo de treinta días, sin permiso del patrón o sin causa justificada.

XI. Desobedecer el trabajador al patrón o a sus representantes, sin causa justificada, siempre que se trate del trabajo contratado.

XII. Negarse el trabajador a adoptar las medidas preventivas o a seguir los procedimientos indicados para evitar accidentes o enfermedades.

XIII. Concurrir el trabajador a sus labores en estado de embriaguez o bajo la influencia de algún narcótico o droga enervante, salvo que, en este último caso, exista prescripción médica. Antes de iniciar su servicio, el trabajador deberá poner el hecho en conocimiento del patrón y presentar la prescripción suscrita por el médico.

XIV. La sentencia ejecutoriada que imponga al trabajador una pena de prisión, que le impida el cumplimiento de la relación de trabajo.

XV. Las análogas a las establecidas en las fracciones anteriores, de igual manera graves y de consecuencias semejantes en lo que al trabajo se refiere. El patrón deberá dar al trabajador aviso escrito de la fecha y causa o causas de la rescisión. El aviso deberá hacerse del conocimiento del trabajador, y en caso de que éste se negare a recibirlo, el patrón dentro de los cinco días siguientes a la fecha de la rescisión, deberá hacerlo del conocimiento de la junta respectiva, proporcionando a ésta el domicilio que tenga registrado y solicitando su notificación al trabajador. La falta de aviso al trabajador o a la junta, por sí sola bastará para considerar que el despido fue injustificado.

En la legislación mexicana y en la argentina, el dar aviso por escrito (distracto) al trabajador de las causas por las que se le despidió tiene efectos constitutivos al ser un acto formal, ya que si no se verifica de tal manera, se entera de forma suficientemente clara de la causa o causas que motivaron la medida, el despido será incausado o en otras palabras será un despido injustificado. En la legislación chilena en términos del artículo 162 infine: “los errores en que se incurra con ocasión de estas comunicaciones o su omisión no invalidará la terminación del contrato, sin perjuicio de las sanciones administrativas que establece el artículo 477 de este código”.

Con lo que se evita que un acto puramente administrativo deje sin efecto al despido lo que constituye una de las cuestiones fácticas más criticadas por los abogados *ius laboristas* mexicanos al darle más importancia a una cuestión administrativa que a la realidad y sobre todo al hecho de *que el trabajador haya cometido una conducta de falta de probidad. Sobre ésta se podrían resumir todas las causales de rescisión del contrato de trabajo en México por causa imputable al trabajador* como sostiene acertadamente el Lic. Francisco Valdez Delgadillo, expresidente de una Junta Especial de la Federal de Conciliación y Arbitraje en México. Como apoyo de la anterior aseveración, tenemos el texto de la jurisprudencia emitida por la Cuarta Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Mexicana, perteneciente a la Séptima Época localizable en el Apéndice de 1995, t. V, tesis 392, p. 260, que por voz lleva:

PROBIDAD U HONRADEZ, FALTA DE. CONCEPTO. Por falta de probidad u honradez se entiende el no proceder rectamente en las funciones encomendadas, con mengua de rectitud de ánimo, o sea, apartarse de las obligaciones que se tienen a cargo procediendo en contra de las mismas, dejando de hacer lo que se tiene encomendado, o haciéndolo en contra; debe estimarse que no es necesario para que se integre la falta de probidad u honradez que exista un daño patrimonial o un lucro indebido, sino sólo que se observe una conducta ajena a un recto proceder.

Amparo directo 2817/73, Transportes Papantla, S.A. de C.V., 15 de noviembre de 1973, unanimidad de cuatro votos; amparo directo 4009/75, Ferrocarriles Nacionales de México, 2 de febrero de 1976, unanimidad de cuatro votos; amparo directo 3181/79, Humberto Hipólito Alvarado, 13 de agosto de 1979, cinco votos; amparo directo 3991/79, Loreto García Islas, 8 de octubre de 1979, cinco votos; amparo directo 2910/79, José Enrique González Rubio Olán, 3 de marzo de 1980, cinco votos.

Resulta ilógico y antinatural (derecho mexicano) que se obligue a un patrón a conservar en su empleo a un trabajador que ha obrado en el trabajo de tal forma que se ha apartado del recto proceder en las funciones encomendadas, o incluso en notoria oposición a éstas por una cuestión puramente administrativa, la que a lo mucho solamente debería de generar la imposición de una multa por su omisión.

El *ius laboralista* chileno Francisco Tapia Guerrero me dijo en comunicación del 16 de mayo de 2000 “que el tema de la probidad desde antiguo en la jurisprudencia judicial chilena, ha sido asimilada a la falta de honradez al obrar, esto es, cuando existe una conducta ilícita que puede afectar el recto cumplimiento de la obligación aún cuando se trata de aquellas obligaciones que devienen naturalmente del contrato”.

En Francia, el 13 de junio de 2001, la asamblea francesa aprobó la Ley de Modernización Social, enviada a iniciativa de la ministra de empleo Elisabeth Guigou, que endurece las condiciones de los despidos en las empresas y la precariedad en el empleo, debiendo todavía pasar al senado antes de ser ley.

Alfredo Sánchez Castañeda en su artículo “Algunas declinaciones de la flexibilidad laboral”, publicado en la *Revista Jurídica Jalisciense* del Departamento de Investigaciones Jurídicas de la Universidad de Guadalajara, nos dice:³⁰ “de nada sirve una desreglamentación del derecho del trabajo —contratos precarios, inestabilidad laboral— que produzca un incremento mediocre de la productividad y un escaso crecimiento del empleo, si se va tener que pagar una muy alta factura y fractura social”. Mas como he expresado en el cuerpo del presente, la flexibilidad por sí sola no es mala ni implica necesariamente desregulación, es una labor muy ardua pero se debe buscar que los patrones tengan un sentido donde no se utilice el contrato laboral en fraude a la ley por medio de la capacitación y adiestramiento, y se obtenga la estabilidad en el empleo y la productividad.

VI. FRONTERAS DE LOS CONTRATOS CIVILES COMERCIALES Y LABORALES

El derecho del trabajo goza de una fuerza expansiva que le impulsa a ser aplicado a diversos órdenes donde no había sido contemplado o donde se

³⁰ Sánchez Castañeda, Alfredo, “Algunas declinaciones de la flexibilidad laboral”, *Revista jurídica Jalisciense*, Universidad de Guadalajara, Departamento de Investigaciones Jurídicas, año 9, núm. 2, julio-diciembre, p. 265.

consideraba difícil su ámbito de aplicación, lo que ocurre tanto a nivel nacional como a nivel internacional. Esto implica que la contratación laboral se encuentre con una muy débil frontera, de tal forma que la OIT ha adoptado, en 1997, el convenio número 181 que regula el trabajo a través de empresas de empleo privadas. De esta manera, en muchas ocasiones se genera la figura de la subcontratación en donde ambas empresas pretenden apartarse de la relación de empleo encontrándose en la frontera de las relaciones laborales y las comerciales, sin dejar de lado otras figuras como la del trabajo en el sector informal, trabajadores por cuenta propia, emigrantes de un país a otro, y a domicilio, y tele trabajo, a los que de hecho o de derecho no alcanza la regulación de la relación de trabajo tal como se expresara por la Conferencia Internacional del Trabajo de la Organización Internacional del Trabajo en las conclusiones en la reunión de expertos sobre los trabajadores en situaciones en las cuales necesitan protección.

Mario de la Cueva nos dice en su *Nuevo derecho mexicano del trabajo* que en México: “la ley de 1931 rompió las hostilidades, y con la espada de la justicia social y de la dignidad humana, reivindicó las actividades que indebidamente retenían el derecho civil y el mercantil”. En uno de sus mejores aciertos, el legislador de 1931, arrojó la fuerza expansiva del estatuto laboral sobre el artículo 18, acuñando lo que hemos denominado la presunción laboral: “se presume la existencia del contrato de trabajo entre el que presta un servicio y el que lo recibe”.³¹

Ante esta presunción como también dijera el maestro en las líneas siguientes del mismo trabajo, *se limitó la esfera de aplicación del derecho civil y mercantil a que si “en algún caso concreto que la prestación de servicios no satisfacía los caracteres del contrato de trabajo”*, con lo que se invirtió una figura procesal como la denominada carga de la prueba en el derecho mexicano. Esto es de tal forma porque al prevalecer sobre las ideas de contrato escrito de trabajo y autonomía de la voluntad, la idea de relación de trabajo, en virtud de una presunción donde lo importante es la prestación del servicio personal subordinado, facilita la expansión del derecho laboral.

De tal forma, el derecho del trabajo busca constantemente expandirse y qué decir de la seguridad social a fin de que éste se expanda incluso hasta los trabajadores libres y a los no asalariados marcando el punto de diferencia de la frontera con los contratos civiles en la subordinación a la que nos

³¹ Cueva, Mario de la, *Nuevo derecho mexicano del trabajo*, 9a. ed., México, Porrúa, p. 91.

hemos referido al comienzo del presente trabajo. Un contrato es de naturaleza laboral siempre y cuando el trabajador esté a disposición de las órdenes del patrón, sujeto a sus órdenes en relación con el trabajo contratado.

VII. ABREVIATURAS

LFTM	Ley Federal de Trabajo Mexicana.
LETE	Ley del Estatuto de los Trabajadores Españoles.
OIT	Organización Internacional del Trabajo.
PYME	Pequeña y mediana empresa.