

881209

UNIVERSIDAD ANAHUAC

ESCUELA DE DERECHO

CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

1
2y



UNIVERSIDAD ANAHUAC

VINCE IN BONO MALUM

**EL SUJETO DEL DERECHO DEL TRABAJO
Y EL PROFESIONISTA INDEPENDIENTE:
DIFERENCIAS Y PARTICULARIDADES**

TEJIS CON
FALLA LE CRIGEN

T E S I S

QUE PARA OPTAR POR EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A

DUANE CARLOS MANUEL ALVAREZ GONZALEZ



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

I N D I C E

INTRODUCCION

<u>CAPITULO I</u>	<u>ANTECEDENTES HISTORICOS</u>	1
1.1	El Trabajo en la Antigüedad	2
1.2	Locatio Conductio Operarum	2
1.3	Locatio Conductio Operis	5
1.4	El Mandato	6
1.5	El Código de Napoleón	10
1.6	Legislación de Indias	10
1.7	México Independiente	14
1.8	Código Civil de 1870	14
1.9	Código Civil de 1884	15
1.10	Código Civil de 1928	17
1.11	Artículo 123	17
<u>CAPITULO II</u>	<u>EL TRABAJADOR O ASALARIADO</u>	26
2.1	El Trabajador	27
2.2	Origen del Trabajo, Origen, Relación y Contrato de Trabajo	30
2.3	Contrato o Acuerdo de Voluntades	40
2.4	Realización Personal de un Servicio	43
2.5	Subordinación	57
2.6	Salario	63
<u>CAPITULO III</u>	<u>EL PROFESIONISTA INDEPENDIENTE</u>	74
3.1	El Profesionista Independiente	75
3.2	Contrato de Prestación de Servicios	76
3.3	Realización del Oficio, Profesión o Arte	77
3.4	La Autonomía del Profesionista	81
3.5	El Honorario	85
<u>CAPITULO IV</u>	<u>JURISPRUDENCIA</u>	88
4.1	Jurisprudencia	89
<u>CAPITULO V</u>	<u>CONCLUSIONES</u>	102
5.1	Conclusiones	103
5.2	El Trabajador	103
5.3	Los Profesionistas	106
5.4	Conclusiones Generales	108
<u>BIBIOGRAFIA</u>		109

INTRODUCCION

El presente trabajo es un análisis de dos figuras de extrema importancia en la actual sociedad mexicana.

Por una parte, está la figura del trabajador, protegido por la Ley Federal del Trabajo, y que como grupo social ha adquirido una innegable importancia en el contexto socio-político nacional.

Esta gran importancia adquirida por el grupo trabajador mexicano, va generando una dinámica de crecimiento muy ágil, y así el Derecho del Trabajo avanza abarcando cada vez más, estando este avance encaminado a abarcarlo todo. Es decir, si recordamos el espíritu con que fue creado el Artículo 123, éste estaba orientado a proteger y reforzar a la clase obrera, sin embargo y con el paso del tiempo y la evolución de los conceptos, esta idea de proteger al obrero creció para proteger al empleado, después a algunos profesionistas, y hoy en día algunos pretenden que debe proteger a todo aquél que realice un trabajo, obrero, empleado, profesionista, etc. La idea no es mala, pero carece del cimiento legal necesario para devenir realidad. ¿Por qué? Por la sencilla razón; de que deben establecerse bases distintas para el trabajo de un profesionista independiente que el trabajo de un obrero o empleado.

Este último, el Profesionistas Independiente, es la otra figura que analizamos en este trabajo, y que en contraste con la

primera, ha ido perdiendo terreno con el paso de los años y el desarrollo de las ideas.

En esta época en que todo parece apuntar a la socialización, a la vida comunitaria, a la importancia de la sociedad como ente indiviso, los individuos en sí van perdiendo importancia, y mientras las personas morales crecen agrupando miles de empleados, los individuos como profesionistas independientes y autónomos, son cada vez menos.

Sin embargo existe todavía una gran cantidad de hombres y mujeres que en lugar de unirse a una empresa, prefieren trabajar por sí mismos y con fe en ellos, en su capacidad y su dedicación se avocan a destacar en el mundo de los profesionistas independientes. Estas gentes, no son empleados, obreros ni profesionistas asalariados, son personas que a la vez son empresas autónomas, y no están definidos ni contemplados en la Ley Federal del Trabajo.

Hay en la actualidad personas que, basadas en la idea de la evolución del derecho laboral, pretenden incluir a estos últimos dentro del ámbito de acción de la Ley Federal del Trabajo, y para ello realizan malabarismos jurídicos increíbles con los conceptos de subordinación, disposición, salario y dependencia. Lo anterior no es correcto. Es cierto que el Derecho del Trabajo ha evolucionado, pero también es cierto que no ha evolucionado en la medida en que pudiera comprender a todos los tipos de trabajo.

Creemos que el Derecho del Trabajo es dinámico, que ha evolucionado y debe evolucionar, y en su evolución debe definir y distinguir entre profesionistas independientes y profesionistas asalariados, y después de identificarlos debidamente, crear normas jurídicas especiales para estos últimos.

Este trabajo pretende realzar las diferencias y peculiaridades de estas dos figuras, para una mejor identificación de cada una de ellas, y para que en un futuro se legisle sobre la que hoy por hoy no está regulada, la figura del profesionista independiente.

C A P I T U L O I

ANTECEDENTES HISTORICOS

1.1 EL TRABAJO EN LA ANTIGUEDAD

En el derecho que heredamos en occidente, el trabajo tiene sus raíces en el derecho romano. En Roma el trabajo se consideraba un contrato de arrendamiento, y los nombres de los contratos de ese tipo eran locatio-conductio operarum y locatio-conductio operis, y los define el maestro Floris Margadant de la siguiente manera:

Locatio-conductio operarum (es un contrato) por medio de el cual el locator se obligaba a proporcionar a un patrón, el conductor sus servicios personales durante algún tiempo, a cambio de cierta remuneración periódica -- en dinero. Locatio-conductio operis (es un contrato) -- por medio del cual el conductor se obligaba a realizar cierta obra para el locator, mediante el pago de un precio determinado. El denominador común de estos contratos era proporcionar, temporalmente y mediante remuneración, objetos o energía humana (1).

Estas dos formas primitivas de contrato de trabajo son realmente contratos de arrendamiento de energía humana y son tan importantes que convendría verlos más ampliamente y por separado.

1.2 LOCATIO-CONDUCTIO OPERARUM

Debido a la esclavitud, este contrato no era de frecuente uso en Roma, pero constituye el antecedente directo del actual contrato de trabajo.

1 GUILLERMO FLORIS MARGADANT S.: El Derecho Privado Romano, 5a. ed., Esfinge.

De los elementos de este contrato podemos destacar, que el salario que se pagaba, y que era llamado merces, se pagaba post-numerando. El trabajo debía realizarse por el locator, pero si le era imposible llevarlo a cabo por culpa grave o leve del conductor o patrón debía pagar el salario debido por todo el tiempo convenido o por un tiempo establecido de buena fe, lo mismo que ocurre si el locator u obrero se ve impedido de trabajar por causa de fuerza mayor, si no podía llevar a cabo el trabajo por caso fortuito cada una de las partes soportaba su propio daño. La obligación del locator estaba sancionada por la actio locati y el contrato se perfeccionaba por el consentimiento de las partes, era bonae fidei, bilateral y se extinguía por la muerte del locator, Ventura Silva nos dice:

Se extinguía la locatio-conductio operarum por la muerte del locator, pero no por la muerte del conductor, pues las relaciones pasaban a sus herederos (2).

Es menester aquí mencionar que los romanos diferenciaban dos tipos de trabajos, los primeros, a los que nos hemos referido anteriormente locatio-conductio operarum et operis por ser manuales y ser llevados a cabo en forma material, (el lenguaje eclesiástico los llamaba serviles) y el contrato de trabajo de servicios liberales. Coperae liberales, éstos últimos eran servicios especializados y altamente calificados de carácter científico o artísti-

2 SABINO VENTURA SILVA: Derecho Romano, 4a. ed., Porrúa, México, 1978.

co, como por ejemplo los abogados, médicos, profesores, gramáticos, retóricos, geómetras, etc. El derecho romano no incluía la prestación de tales servicios en el contrato de mandato, creando para esto una especie peculiar y ligeramente anómala llamada mandato remunerado, Floris Margadant comenta que:

Todavía en el derecho moderno encontramos con frecuencia que la línea divisoria entre el contrato de trabajo y el mandato no es siempre muy clara e inclusive, ante la Suprema Corte se ha alegado en diversas ocasiones que por ejemplo, los gerentes de sociedades anónimas no deben recibir la protección del derecho obrero, ya que no son -- más que mandatarios del consejo de administración (3).

Aunque las personas que realizaban operae liberales no tenían derecho a percibir un salario, la costumbre regulaba la remuneración para esta labor, con donativos socialmente obligatorios que en Roma se llamaban honorarios o munera, raíces etimológicas de los honorarios y la remuneración, que en sus inicios eran pagos de honor.

De este modo, el contrato de trabajo cuenta desde la época romana con zonas de transición a los contratos de mandato y de obra. Sirve por último mencionar que el código de Napoleón reglamentó el trabajo asalariado bajo el arrendamiento, siguiendo la tradición romanista de la locatio-conductio.

3 G. FLORIS MARGADANT: op. cit.

1.3 LOCATIO CONDUCTIO OPERIS

En esta figura el objeto del arrendamiento no es el trabajo en sí, sino su resultado por ejemplo la construcción de una casa. En esta figura al contrario de lo que sucedía en la locatio-conductio operarum el LOCATOR era el patrón o quien encargaba la obra, y el CONDUCTOR era el encargado de realizarla, y el que recibía el pago o merces. Este contrato como sinalagmático imperfecto que era creaba obligaciones para las partes que consistían básicamente en lo siguiente:

El conductor se obligaba a realizar la obra convenida, y podía hacerlo él mismo o por medio de terceras personas, siempre y cuando no se conviniera lo contrario, o las habilidades o conocimientos técnicos del conductor hicieran indispensable que él personalmente realizase la obra.

Hasta que la obra no hubiese sido aceptada por el locator, el conductor respondía por la pérdida o deterioro de la obra, a menos que ocurriese por caso fortuito, aunque podía liberarse, probando que el perjuicio se produjo debido al material que le fue suministrado para realizar la obra, y no a ésta última. El conductor era también responsable por las personas que utilizare para la realización de la obra.

El locator debía de entregar el precio o merces al término de la obra, cuando hubiese sido aprobada, tenía que pagar incluso

si la obra se perdía por caso fortuito, si la obra había sido ya aprobada. Si la pérdida de la obra sucedía por culpa del contratista, el locator podía exigir el pago de daños e intereses. En el Derecho Romano era indispensable que el locator proporcionara el material con el que se realizaba la obra, o por lo menos parte de él, pues de lo contrario se convertía en compra-venta de cosa hecha emptio venditio, por lo que el locator respondía de los vicios del material que hubiera entregado.

Debido a que excepto por ciertos casos, el conductor puede encomendarla a un tercero, su muerte no extingue el contrato.

Por último, las acciones que nacen para este contrato son las mismas que las del arrendamiento. Actio conducti para el que ejecuta el trabajo, y actio locati para el que solicita la obra.

1.4 EL MANDATO

Debido a que la figura del mandatario ha llegado a equipararse en los actuales tiempos, a la de un trabajador asalariado, creo que debemos estudiar esta institución romana.

El mandato, lo define Ventura Silva como:

Un contrato, por medio del cual una persona, el mandante, encarga a otra, el mandatario, realizar gratuitamente un

acto o un conjunto de operaciones (4).

Este contrato nace por la amistad y el deseo de ayuda y de servicio entre amigos, y fue por esencia un contrato consensual que se perfeccionaba por la aceptación expresa o tácita de las partes.

Este contrato era a diferencia de los anteriores *intuitu personae*, es decir la persona contratada era por su carácter, amistad, conocimientos o cualquier otra peculiaridad, indispensable para la realización de la obra, lo que contaba para el mandante en este caso era la calidad personal y moral del mandatario.

Para los juristas romanos, si un mandato no era gratuito era en realidad una locatio-conductio, pero debido a los abogados y médicos, y en general profesionistas se creó la anómala figura del mandato remunerado y cuyos litigios fueron tramitados por el pretor en forma extra ordineum.

El mandatario respondía por culpa leve, culpa grave y dolo, y tenía la obligación, una vez realizada la gestión, de incorporar el resultado de la misma al patrimonio del mandante; esta obligación puede parecer algo rara de momento, pero obedece a que la figura jurídica del mandato y la representación jurídica

4 S. VENTURA SILVA: op. cit.

directa son totalmente diferentes, aunque en nuestro derecho actual son realmente una.

Así pues el mandatario frente a terceros, era una persona que realizaba el acto encomendado para el mismo, y el acto en cuestión tenía sus primeras consecuencias en el patrimonio del mandatario. Existían algunas excepciones pues en las acciones adjectitiae qualitatis como la exercitoria, (cuando un capitán de barco obraba como mandatario de un armador) la insistitoria (cuando un gerente obraba como mandatario del propietario de un negocio) y la quasi insistitoria que eran casos análogos, el Derecho Romano reconoció que había una relación jurídica entre el mandante por una parte, y los terceros que hubieren contratado con el mandatario, por otra parte; en el Derecho Romano nunca se llegó a reconocer que los actos efectuados por un mandatario pudieran llegar a tener consecuencias directas en el patrimonio del mandante. Las acciones que nacen de esta figura son dos, las obligaciones del mandatario se sancionaban mediante la actio mandati directa y las del mandante la actio mandati contraria.

Por último, falta enumerar las causas por las cuales se terminaba el contrato y son las siguientes:

- 1) Por incumplimiento total.
- 2) Por imposibilidad de cumplimiento.
- 3) Por mutuo consentimiento.
- 4) Por revocación o renuncia.

- 5) Por muerte del mandante o del mandatario.
- 6) Por el vencimiento del término previsto

Existe otro punto que puede ser de interés para la presente tesis y es un caso especial del mandato el mandatum tua gratia que no es más que un consejo dado por un amigo, y que si es hecho sin dolo no produce obligación alguna, sin embargo en el caso de los profesionistas debía el consejo no sólo ser dado con buena fe sino además debía estar de acuerdo con los usos y costumbres de la profesión y debía corresponder a las normas técnicas aceptadas, si este consejo resultaba en un daño o perjuicio para el mandante se sancionaba con la actio mandati.

Como es fácil observar, las tres instituciones anteriores constituyen el antecedente directo de lo que hoy es el contrato de trabajo, el contrato de obra determinada y la prestación de servicios profesionales, aunque estos últimos comenzaron por ser gratuitos y tener un grado de distinción preponderante en la sociedad donde se originaron, es decir, en la antigua Roma el que poseía conocimientos técnicos o científicos poseía un status y un grado de honorabilidad altísimos, que le recompensaba más que el dinero y pudiendo subsistir económicamente, por otros medios.

Así un terrateniente rico, adquiriría conocimientos técnicos o científicos, no para trabajar, sino como una joya que engalanara su imagen social.

1.5 CODIGO DE NAPOLEON

La Revolución Francesa, cuyo fruto es recogido por el régimen napoleónico en el Código Civil, calificaba el contrato de trabajo como un arrendamiento de servicios, en que un trabajador arrienda su fuerza de trabajo a cambio de un salario; aquí se estaba manejando el concepto romano, de que el trabajo es una mercancía y por lo tanto, es susceptible de arrendamiento, debido a que el espíritu de la Revolución Francesa era esencialmente liberal, el Código Civil que regulaba las relaciones de trabajo a la autonomía de la voluntad, prohíbe, además, las asociaciones y agrupaciones de obreros y da toda la libertad a las partes para que pacten las condiciones del trabajo y el salario, lo que resultó en una situación muy desventajosa para el trabajador, que laboraba interminables horas y con salarios insuficientes; tan notorio fue este efecto que el Código Napoleónico establecía en su artículo 1780 que:

El arrendamiento de servicios no puede realizarse más -- que por tiempo o para una obra determinada, pues una -- obligación vitalicia no sería sino una reaparición de la esclavitud o de la servidumbre (5).

1.6 LEGISLACION DE INDIAS

Además de los antecedentes romanos y del Código de Napoleón,

5 Cfr. G.H. COMERLYNCK L.G. LYON-CAEN: Derecho del Trabajo, Aguil- las, 1974, págs. 7 y sigs.

que tenían importancia cuando en México se elaboró el Código Civil que regulaba las relaciones laborales, existió un cuerpo legislativo de extraordinaria importancia en México, que es la legislación de indias, que aparte de ser el antecedente directo de la legislación laboral mexicana, es un cuerpo legislativo de extraordinaria visión y de corte netamente humanista. Veamos ahora algunas de las principales disposiciones de esta obra.

a) La idea de la jornada laboral de ocho horas que estaba expresamente determinada en la Ley VI, del Título VI, del Libro III, de la recopilación de Indias, que ordenó en 1593 que los obreros realizasen una jornada laboral de ocho horas repartidas convenientemente, es decir no sólo limitó la duración de la jornada, sino que dió lugar a una repartición adecuada de las horas de labor, algo muy importante en las zonas tropicales donde las horas del mediodía son particularmente agobiantes.

b) Los descansos semanales de un día, aunque en principio fueron establecidos por motivos puramente religiosos, pero existe la ley dictada por Carlos V, el 21 de septiembre de 1541, en la Ley XVII, Título I, de la recopilación en la que ordena que los indios, negros y mulatos no deben trabajar los domingos y días de guarda, y Felipe II, en 1583, Ley XII, Título VI, Libro III, que se suspenda la obra los sábados por la tarde, una hora antes de terminar la jornada para que se paguen los jornales, además, los descansos semanales

incluían lo que hoy llamamos pago de séptimo día, establecido en la Real Cédula de 1606, sobre alquileres de indios.

c) La protección al Salario y el pago de éste en efectivo, pues existían disposiciones para que el salario fuera pagado en forma íntegra y oportuna, en mano propia sin dilación, engaño o fraude, y la obligación de pagar en efectivo consignada en la ley del 26 de mayo de 1609 de Felipe III, Ley VII, del Título XIII, Libro VI, que declara perdido el salario pagado en vino, chicha, miel o yerba de paraguay e imponía, además, una multa para el español que así lo hiciere, pues como decía la ley era voluntad Real que la satisfacción sea en dinero. Además de lo anterior se pueden encontrar varias disposiciones en las que se nota la tendencia a fijar un salario remunerador o un salario mínimo para ciertas actividades, y así se encuentra la orden dictada por el Conde de Monterrey en 1603, que establecía el pago de un salario mínimo para los indios en labores y minas que:

Importaba un real y medio por día o un real y comida suficiente y bastante carne caliente con tortillas de maíz cocido que se llama pozole (6).

d) La Ley de Indias también contenía preceptos destinados a proteger a las mujeres encintas y a los niños menores, y

6 NESTOR DE BUEN: Derecho del Trabajo, Tomo I, 4a. ed., Porrúa, México, 1981, p. 268.

reglamentaba labores peligrosas o insalubres, y por último tenía normas para el pago de salarios por incapacidad, así pues por mandato de la real audiencia de 23 de marzo de 1785, en lo conducente dice:

Los amos están en obligación de mantener a los gañanes - el tiempo de sus enfermedades y no precisarlos a trabajo alguno, y también si por ellas o por si se inhabilitaren; y cuando los remitan de correos a largas distancias, les pagarán lo justo, les concederán días suficientes para - el descanso y se los apuntarán como si hubiesen trabajado (7).

Todas las ideas y disposiciones que apuntamos, desgraciadamente, no tuvieron un fiel reflejo en la realidad, y aunque excelentes, la verdad fue que jamás se llevaron a la práctica y como consecuencia hubo un gran descontento y explotación de los naturales de Nueva Hispania. Sin embargo, no se puede negar a los legisladores que la elaboraron, una visión extraordinaria y un espíritu humanitario digno de admiración y encomio, desgraciadamente, el liberalismo del siglo XIX, destruyó todas estas ideas, y para retomarlas hizo falta mucho tiempo y sangre.

Es menester aquí hacer notar que el trabajo reglamentado era solamente el manual, de hombre libres y esclavos, ya que los profesionistas y las artes liberales que eran privilegio de peninsulares y criollos no tenían reglamentación alguna y gozaban de un muy alto grado de respeto y una condición social preponderante.

7 N. DE BUEN: op. cit.

1.7 MEXICO INDEPENDIENTE

Durante los primeros años del México independiente no se reglamentó nada en materia de trabajo, aunque privaban en México condiciones que hoy indignan y repugnan debido a la absoluta desprotección del trabajador, la primera norma de trabajo del México que citaremos porque creemos de gran importancia fue el artículo 50. de la Constitución de 1857, y que a la letra dice:

Nadie puede ser obligado a prestar trabajos personales, sin la justa retribución y sin su pleno consentimiento. La ley no puede autorizar ningún contrato que tenga por objeto la pérdida o el irrevocable sacrificio de la libertad del hombre, ya sea por causa de trabajo, de educación o de voto religioso. Tampoco puede autorizar convenios en que el hombre pacte su proscripción o destierro (8).

1.8 CODIGO CIVIL EN 1870

En este Código Civil, en un título que se denominaba Contrato de Obra, se determinaron las condiciones de seis diferentes contratos que procederemos a enumerar.

- a) El Servicio Doméstico.
- b) El Servicio por Jornal.
- c) El Contrato de Obra a Destajo.
- d) Contrato de los Porteadores y Alquiladores.

8 Constitución de 1857, art. 50.

- e) Contrato de Aprendizaje.
- f) Contrato de Hospedaje.

Este Código Civil tuvo el mérito, por así llamarlo, de separarse de la teoría dominante en la época plasmada en el Código de Napoleón en que se reglamentaba el arrendamiento de trabajo, pues era contrario a la dignidad humana. Este Código dió a los trabajadores algunas medidas tendientes a proteger su salario, aunque éstas no fueron utilizadas en la práctica, primero por no ser divulgadas, y segundo porque los beneficios que acarrearba eran muy escasos, así es que como importancia práctica tuvo muy poca.

Para efectos de este trabajo, se hace notar que el espíritu de estas disposiciones y su contenido no contemplaban de manera alguna el ejercicio de las profesiones liberales, y por lo demás, éstas no estaban reglamentadas de manera alguna en el resto de la legislación de la época.

1.9 CODIGO CIVIL DE 1884

Antes de este Código Civil no existía algo que regulase la prestación de servicios profesionales, que aparece aquí con personalidad propia, al lado del mandato y de la gestión de negocios, en este Código aparece reglamentada la prestación de servicios profesionales en los artículos 2406 a 2415.

Posiblemente el artículo que más importancia presentaba era

el 2408 que se ocupaba de los honorarios del profesionista y decía que para establecerlos se debía atender a diferentes factores, como:

- a) La costumbre del lugar.
- b) La importancia del trabajo prestado
- c) La importancia del asunto o caso en que fueron prestados.
- d) Las facultades pecunarias de quien recibía el servicio.
- e) La reputación del profesionista que prestó el servicio.

A los anteriores factores debía atenderse cuando no había un convenio expreso, y de aquí se puede desprender lógicamente que el honorario es un pago subjetivo, pues va en proporción de la responsabilidad que tiene el profesionista, ya que va en relación directa a la importancia del negocio, además del prestigio y la confianza que tenía e inspiraba el profesionista y las posibilidades pecunarias de quien solicitaba el servicio.

Así cuando vemos que existen en nuestro Derecho Civil dos clases de trabajos regulados, por una parte, el manual y por otra el profesional, podemos advertir como diferencia importante, que al trabajo manual se le retribuye con un salario que es igual para todos los obreros, mientras que en la prestación de servicios profesionales, se retribuye mediante un honorario que se establece debido a la responsabilidad, reputación y confianza de la persona que presta el servicio.

1.10 CODIGO CIVIL DE 1928

Este Código recogió las disposiciones que el Código de 1884 contenía en materia de prestación de servicios profesionales, e hizo algunas adiciones de importancia, como por ejemplo el artículo 2608 que establece que para prestar un servicio profesional, hay que tener el título legal correspondiente y de no ser así, no se tendrá derecho a reclamar el pago de retribución alguna. Otro precepto que llama la atención en este Código es el 2606, que a continuación citamos:

El que presta y el que recibe los servicios profesionales, pueden fijar de común acuerdo, la retribución debida por ellos. Cuando se trate de profesionistas que estuvieren sindicalizados, se observarán las disposiciones relativas, establecidas en el respectivo contrato colectivo de trabajo (9).

Este artículo del Código Civil abre a la prestación de servicios profesionales, la posibilidad de entrar al mundo regulado por el derecho del trabajo, pero para ver donde existe la separación, retrocedamos un poco al artículo 123, fruto social de nuestra revolución.

1.11 ARTICULO 123

El Congreso de la Unión, sin contravenir a las bases si-

9 MARIO DE LA CUEVA: Derecho Mexicano del Trabajo, Porrúa, 10ma. ed., México, p. 534.

guientes, deberá expedir leyes sobre el trabajo, las cuales registrarán entre los obreros, jornaleros, empleados, domésticos y artesanos y de una manera general, sobre todo contrato de trabajo ... (10).

Del texto del artículo anterior, se desprende que los profesionistas no estaban incluidos al menos expresamente dentro del campo de regulación de la Ley Federal del Trabajo, y si atendemos a su espíritu y nos fijamos en la fracción XI, en donde prohíbe las horas extraordinarias para las mujeres, nos damos cuenta que las labores a las que se referían los constituyentes del 17, eran labores manuales y de considerable esfuerzo físico, pues hoy en día, nadie puede negarle el derecho a una secretaria a trabajar horas extras. También podemos recordar las palabras del Lic. Macías al fundar el proyecto del artículo 123 cuando dijo:

... Como ven ustedes, la enumeración es muy amplia y todavía, no contento con haber comprendido las partes más importantes de esos trabajos, que son todas destinadas a la protección, todavía se les da la forma general, por si alguna clase de industria se hubiere escapado; pero aquí como véis, no quedó comprendido, ni el trabajo de los abogados, ni el trabajo de los médicos, ni el trabajo de los farmacéuticos, ni, en general, el trabajo de las otras profesiones de las clases altas, porque éstas deben regirse por otra ley que tienda a proteger esas -- clases, reglamentando esas profesiones con el objeto de favorecer los derechos de una y otra clase ... (11).

Partiendo de que el artículo 123 no comprendía a los profesionistas, podemos citar una jurisprudencia de la Suprema Corte

10 Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, art. 123.

11 M. DE LA CUEVA: op. cit.

de Justicia, que antes de la creación de la Cuarta Sala, reconocía como figura independiente la prestación de servicios profesionales, a continuación transcribimos la ejecutoria de 3 de septiembre de 1927, J. Cristóbal García:

La Corte, en alguna ejecutoria, declaró que no todos los que prestan un servicio o lo reciben, quedan sujetos a las leyes del trabajo, aparte de que el artículo 123 determina a qué clase de empleados se refiere, entre los cuales no están comprendidos los que prestan un servicio profesional, los que en una sociedad civil o mercantil tienen el carácter de socios industriales, los procuradores, etc. El objeto que se propusieron los constituyentes al crear las Juntas de Conciliación y Arbitraje, fue el de que estas autoridades resolvieran las dificultades que surgieran entre patronos y obreros. Esa interpretación dada por la Corte está de acuerdo con los propósitos del legislador, que nunca pensó incluir la prestación de servicios profesionales, en general, en los contratos de trabajo a que se refiere el citado artículo de la Constitución; el trabajo, objeto de la protección legislativa, fue el asalariado, el sujeto a jornal o a sueldo, pero no el profesional cuando no se preste en ejercicio de un empleo; y en los debates del constituyente se declaró, de modo categórico, que en el artículo 123 no quedó comprendido el trabajo de los abogados, ni el de los médicos, ni el de los farmacéuticos, ni, en general, el trabajo de las otras profesiones de las clases elevadas que deban regirse por otra ley (12).

El mismo criterio fue sustentado por la Suprema Corte respecto de los profesionistas que prestaban sus servicios y se les retribuía en forma de iguala, en la ejecutoria de 16 de noviembre de 1929, el Hospital Luis Martínez estableció que:

El título sexto de la Constitución Federal trata de regular las relaciones entre el capital y el trabajo, como se desprende de los antecedentes legislativos y del texto expreso de las fracciones XX y XXI del artículo 123, que se refieren, normalmente, a capital y trabajo; y el sentido general del mencionado artículo 123, se infiere, que, en sus fracciones, se considera únicamente a los factores de la producción, en los cuales no están comprendidos los contratos de servicios profesionales; además, éstos, en cuanto a la forma de pago por iguala, se distinguen, fundamentalmente, del salario, en que éste tiene dos elementos característicos, que son: El pago periódico y la prestación de servicios bajo la vigilancia del patrono, elementos de los cuales sólo el primero se encuentra en los servicios profesionales, porque el segundo sería contrario a la misma naturaleza de dichos servicios, ya que el profesionista, bajo su responsabilidad, presta el servicio, esto es, obra con libertad y sin la vigilancia expresada (13).

El paso del tiempo, sin embargo, ha hecho variar los criterios de la Suprema Corte de Justicia debido a varias circunstancias. En primer lugar, en el siglo pasado y principios de el presente, los profesionistas eran personajes únicos que con sus títulos científicos, venían a sustituir a los antiguos títulos nobiliarios. Eran gente que gozaba de un status social privilegiado, y eran muy pocos los que había. Dada la gran demanda que había de sus servicios y los, relativamente, pocos que eran, estaban excelentemente remunerados y trabajaban con total independencia. Sin embargo el siglo XX, siglo de la ciencia y la técnica, en que se comienza con la creación de muchos y nuevos centros de estudios superiores, que multiplican con rapidez asombrosa el número de profesionistas y concomitante a esto la creación de monopolios, y el desmesurado crecimiento de la empresa, que llega a

convertirse en verdaderos monstruos. Reclaman para sí, el servicio de profesionistas y ya no de una manera esporádica, sino en forma constante, y ya no tanto por su persona en sí, es decir la preferencia que se obtiene por un trato personal, sino por el prestigio del título de una universidad. Y dada la diversificación de las ciencias y el descubrimiento de nuevas especialidades, ya no hace falta un profesionista, sino varios para cada especialidad, dándose casos de empresas técnicas que emplean cientos y miles de profesionistas en el desarrollo de sus actividades. Estas causas y estas empresas han hecho posible que los profesionistas se conviertan de hecho en empleados de dichas compañías y que se establezca un contrato de trabajo entre profesionistas y empresa. Así la Suprema Corte de Justicia, reconociendo una realidad social, varía su criterio y como ejemplo podemos citar la ejecutoria de 20 de febrero de 1947, Toca 7155/47/la., Mario Pavón Flores, que a continuación se cita:

Aun cuando en las declaraciones previas del contrato celebrado entre un abogado y un sindicato, se haya asentado que era voluntad de las partes que ese contrato, que se denominó de servicios profesionales sujeto a iguala, se rigiera por las disposiciones del Código Civil y que no le eran aplicables las de la Ley Federal del Trabajo, así como que las indicaciones del sindicato sobre ciertos servicios, no afectarían el hecho de que los mismos habrían de realizarse bajo la estricta responsabilidad del abogado, debe decirse que tales declaraciones no son bastantes para considerar que el convenio de que se trata, no constituye un contrato de trabajo, si de las cláusulas del mismo se advierte que, en realidad, se reúnen los elementos característicos de dicho contrato. La Suprema Corte de Justicia ha sustentado la tesis de que -- los profesionistas pueden celebrar y de hecho celebran -- contratos de trabajo, cuando entran como empleados al -- servicio de empresas o de particulares. En tales casos, el profesionista es un verdadero asalariado y su trabajo

queda comprendido dentro de las disposiciones del artículo 123 constitucional. Ahora bien, si quedó demostrado que el abogado del sindicato estaba sujeto a las instrucciones del secretario general del mismo, y que existía dependencia económica de aquél respecto de éste, no puede negarse la existencia entre ellos de un contrato de trabajo, pretendiéndose que la dirección del patrono con relación al trabajador deba ser precisamente técnica, -- pues conforme a la doctrina, basta que esa dirección sea de carácter general. Cuando se trata de los servicios profesionales prestados por un titulado, indudablemente que la dirección que pueda tener el patrono respecto de esos servicios, no se traduce en instrucciones técnicas para la mejor realización de los mismos, puesto que cuando el patrono carece de los conocimientos especiales necesarios a esas instrucciones, su dirección sólo puede consistir en la facultad de señalar determinadas labores para que el profesionista las desempeñe en la forma más adecuada con una absoluta independencia de criterio. Por otra parte, no puede aceptarse que el elemento dependiente equivalga a una subordinación en términos generales, sino solamente a una subordinación económica (14).

La Cuarta Sala ha ido aún más lejos, al reconocer como empleado de un hospital a un médico que teniendo un despacho particular atendía en un hospital durante determinadas horas, en este caso la Suprema Corte se decidió por aceptar la existencia del contrato de trabajo pactado con una empresa determinada concomitante al libre ejercicio de la profesión. Esto se aprecia en la ejecutoria que a continuación se transcribe:

El punto a debate consiste esencialmente en determinar -- si los contratos celebrados por los doctores reclamantes constituyen o no un verdadero contrato de trabajo. Por su parte, el C. Presidente del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, dice que no apareció comprobada la dirección y dependencia de los quejosos respecto

de la Beneficiencia Española; que el simple hecho de haberse demostrado que los dichos quejosos prestaban a la Beneficiencia Española sus servicios profesionales mediante cierta remuneración y condiciones, no implica que haya existido esa dirección y dependencia; que la Jurisprudencia de la H. Suprema Corte de Justicia ha considerado extraños casi siempre en el trabajo el de las profesiones liberales; que, en el caso concreto, aparece que los quejosos, en ejercicio de sus profesiones, prestaron atención médica a determinados pacientes de la Beneficiencia Española en sus propios consultorios o en el Sanatorio Español, para diagnosticar la enfermedad y prescribir la curación que su criterio profesional dictara -- en cada caso, lo que excluye la dirección material que se requiere en el contrato de trabajo, ya que los profesionistas reclamantes ejercían sus profesiones libremente, además del compromiso de atender a los pacientes de la Beneficiencia Española, lo que excluía la dependencia económica que significa la imposibilidad del trabajador de realizar durante el tiempo de servicios, otra cosa -- que no sea el trabajo contratado; que, por lo demás, al hablarse de los efectos del contrato de trabajo, éste no se reduce a la simple comprobación de sus dos elementos básicos y esenciales que son la prestación de servicios y el salario, sino que, en la complejidad del fenómeno, es indispensable fijar si en las relaciones del trabajo existen los derechos y obligaciones que tanto al trabajador como al patrono imponen principalmente los artículos 111 y 113 de la Ley Federal del Trabajo; y como es inconcluso que en la especie, precisamente por tratarse de un contrato muy diferente del de trabajo, son de notoria e imposible aplicación los preceptos mencionados, que se han inspirado en la protección de una verdadera clase social que se llama asalariada. Por su parte, el tercer -- perjudicado, haciendo valer la misma tesis sustentada -- por el Tribunal Superior respecto de que en el caso no -- haya un verdadero contrato de trabajo, sino prestación de servicios profesionales, que no encajan dentro del -- contrato de trabajo propiamente dicho, cita como doctrina a Capitant et Cuhe, pág. 142, a Dalloz, en su Repertorio Práctico de Doctrina y Jurisprudencia, pág. 354 -- del Tomo XXII, a Frederick Dupont, en su obra titulada *La Résiliation du Contrat de Travail*, a la Ley Española de 21 de noviembre de 1931 y a la interpretación del comentarista Juan de Hinojosa Ferrer, Juez de Primera Instancia del Distrito de Chamberí, de Madrid, en su obra -- el Contrato de Trabajo, pág. 35, frente y vuelta. Los -- anteriores agravios no se encuentran justificados, ya -- que el espíritu que informó el artículo 123 constitucional es proteccionista respecto de la clase trabajadora, no sólo de la comúnmente conocida como clase proletaria, sino también de los trabajadores intelectuales, a quienes expresamente comprende. En la especie, se justificó

por los señores médicos reclamantes del amparo, que estaban sujetos a honorarios fijos, sujetos a la dirección del Director del Sanatorio Español, con sueldo o salarios fijos, o sea, bajo la dependencia económica de la Beneficiencia Española, propietaria del Sanatorio. Es decir, se reúnen, en el caso, todos y cada uno de los requisitos que nuestra ley fundamental requiere para que haya un verdadero contrato de trabajo, ya que los señores médicos que ocurrieron en la vía de amparo, estaban obligados a prestar sus servicios, no en forma libre, si no como verdaderos asalariados. Es verdad que la legislación francesa sí exige, para considerar un contrato de prestación de servicios profesionales como de trabajo, que haya una dependencia absoluta, de carácter económico, entre el que presta los servicios y el patrono, pero esa dependencia absoluta no es necesaria según la letra y el espíritu de nuestra Constitución. No es exacto, como lo afirma el tercero perjudicado, que la legislación española exija, como la francesa, esa dependencia absoluta; y el párrafo que cita (Hinojosa Ferrer: El Contrato de Trabajo) está trunco, pues en él se sigue diciendo: - En este sentido, se halla comprendido en la Ley que nos ocupa el redactor de periódicos y el autor de obras literarias o artísticas, según claramente se desprende del artículo sexto (15).

Como corolario a lo anterior podemos resumir, que desde su origen hasta mediados o más bien principios de este siglo, han estado reconocidas dos formas de trabajo, perfectamente delimitadas. El trabajo manual en sí o el arrendamiento de fuerza, y el trabajo intelectual o profesional y que ha sido de ejercicio libre y objeto de poca reglamentación. Que en los actuales tiempos, los profesionistas o un elevado número de ellos han empezado a laborar en condiciones de empleados de empresas y compañías y por lo tanto, se les ha asimilado al campo del Derecho Laboral.

Ahora bien, existen todavía en la actualidad, profesionistas que laboran en forma independiente, y que poseen el orgullo del prestigio individual, y que no forman parte de los sujetos sometidos al derecho laboral, ¿pero qué criterio podemos utilizar para delimitar qué profesionistas caen en un campo y cuales en el otro, ahora que la Suprema Corte de Justicia ha llegado tan lejos?

Creo que para poder responder a esta pregunta es necesario analizar primero la relación de trabajo, segundo la prestación de servicios profesionales, cada una con un profundo análisis de sus elementos y particularidades y después efectuar una comparación para saber hasta donde llega una y donde comienza la otra.

C A P I T U L O I I**EL TRABAJADOR O ASALARIADO**

2.1 EL TRABAJADOR

Para comenzar con el presente capítulo, lo primero a lo que se debe de atender es al artículo 123 constitucional que establece el derecho del trabajo como un derecho eminentemente social y en beneficio de una clase social particular. Al referirse el artículo 123 a cuales son las personas que estarán bajo el regimen de trabajo. Este artículo dice:

El Congreso de la Unión, sin contravenir a las bases siguientes, deberá expedir leyes sobre el trabajo, las cuales registrarán:

- A. Entre los obreros, jornaleros, empleados, domésticos, artesanos, y de una manera general, todo contrato de trabajo... (16).

De lo anterior, podemos observar dos aspectos principales: El primero es que señala una serie de actividades, que pueden ser reguladas por el derecho del trabajo, y digo pueden y no deben, pues el artesano independiente, que vende su producto en forma personal no es un sujeto del derecho del trabajo. Entonces, señala actividades que pueden ser reguladas por el derecho del trabajo. El segundo aspecto importante que observamos es que la Constitución contempla la relación de trabajo como fruto de un contrato. Del artículo 123 conviene pasar al 30. de la Ley del Trabajo de 1931 en que definía trabajador a toda persona que prestaba a

16 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,
Art. 123.

otra un servicio material, intelectual o de ambos géneros, en virtud de un contrato de trabajo. Este artículo vuelve a subrayar la idea de que la relación de trabajo nace por un contrato de trabajo. Este artículo ha sido criticado debido a que contenía ciertas inexactitudes, en principio dice que toda persona, y la mayoría de los tratadistas sostienen que sólo las personas físicas pueden ser sujetos de una relación de trabajo, opinión con la que estamos de acuerdo, y además en el texto del artículo se refería a una actividad intelectual, material o de ambos géneros, una frase desafortunada, pues todo trabajo material tiene algo de intelectual y todo trabajo intelectual tiene algo de material.

El actual artículo 80. de la Ley Federal del Trabajo define al trabajador de la siguiente manera:

Art. 8 Trabajador es la persona física que presta a -- otra, física o moral, un trabajo personal subordinado.

Para los efectos de esta disposición, se entiende por -- trabajo toda actividad humana, intelectual o material, -- independientemente del grado de preparación técnica re-- querido por cada profesión u oficio (17).

Al comentar este artículo, lo primero que salta a mi vista es que el trabajo no se presta, ni se arrienda, esas son figuras civiles que ya han sido superadas y la proposición que se hace al respecto, es que trabajador es la persona que realiza un trabajo

en beneficio de otra persona, etc. etc.; de lo anterior, se pueden desprender tres primeros elementos de la relación de trabajo:

Uno, el sujeto es una persona física; dos, es una actividad intelectual y material; y tres, es en interés y beneficio de un tercero. Del resto del artículo se desprenden los restantes elementos que son: que el trabajo es personal, es decir lo realiza únicamente la persona con la que se establece la relación de trabajo, (y generalmente con medios proporcionados por el patrón) y debe de ser subordinado. Y la subordinación, debe ser sólo sobre el trabajo contratado y durante la jornada de trabajo, la dirección y dependencia de que hablaba la Ley de 1931, quedan comprendidas en este último elemento y no se menciona la duración del trabajo dejando abiertas mil posibilidades. El artículo tampoco menciona que el trabajo debe ser remunerado, es decir el trabajo se realiza a cambio de un salario, no se presta gratuitamente. Este artículo 8o. no habla ya para nada del contrato de trabajo, restándole importancia al concepto de contrato y trayendo a nueva discusión el origen de la relación de trabajo, en donde se han comentado varias teorías como la de que nace por la sola realización de un trabajo, (prestación de un servicio, hasta el antiguo concepto social y de clases del pensamiento marxista, que se es trabajador por pertenecer a la clase trabajadora, concepto que hoy en día está muy desgastado).

Pues bien resumiendo, redefiniremos al trabajador de la siguiente manera:

TRABAJADOR: es aquella persona física que celebra un contrato para la realización de una determinada actividad -- en interés y beneficio de un tercero en forma personal y subordinada durante cierto tiempo y a cambio de un salario.

Ahora bien, antes de continuar y una vez definido al trabajador, es conveniente analizar anticipadamente el origen del Trabajo, el origen del Derecho del Trabajo y del Contrato de Trabajo, para después analizar los elementos esenciales del trabajador en sí.

2.2 DERECHO DEL TRABAJO, ORIGEN, RELACION Y CONTRATO DE TRABAJO

Este punto parece un tanto largo y poco congruente: Derecho, Origen, Relación y Contrato de Trabajo, cuatro puntos distintos. El motivo de esto es que la ley mexicana maneja en forma muy imprecisa y confusa los términos Relación de Trabajo y Contrato de Trabajo, veamos la redacción del artículo 20:

Se entiende por relación de trabajo, cualquiera que sea el acto que le dé origen, la prestación de un trabajo -- personal subordinado a una persona, mediante el pago de un salario.

La prestación de un trabajo a que se refiere el párrafo primero y el contrato celebrado producen los mismos efectos (18).

Como se puede ver, este artículo tiene una redacción algo confusa, pues si la relación y el contrato producen los mismos efectos, no había necesidad de utilizar dos figuras. Esta confusión proviene de que el Derecho del Trabajo se ha salido un poco del contexto del Derecho en general, y no le gusta adoptar procedimientos ni figuras civiles. Por ésto, vamos a situar primero el Derecho del Trabajo en el cuadro general del Derecho, para después estudiar el origen de la Relación de Trabajo, es decir sus raíces, si es o no contractual y por último, comentar brevemente sobre el Contrato de Trabajo.

Para situar al Derecho del Trabajo dentro del Derecho en general, veremos las ideas que expone el Maestro Nestor de Buen Lozano.

El Dr. Nestor de Buen Lozano comienza por recordar las diferencias que en el Derecho hacía Ulpiano: él dividía el derecho en dos grandes apartados, el derecho Privado, que regulaba las relaciones entre particulares, y el Derecho Público, que se concretaba a regular lo concerniente al gobierno de la República Romana.

Después de esta división, se han hecho muchas, pero todas las divisiones las podemos encuadrar dentro de las tres corrientes o teorías siguientes:

- a) Teorías dualistas;
- b) Teorías pluralistas;
- c) Teorías negativas.

Las teorías dualistas son las que dividen el Derecho en dos, generalmente Derecho Público y Derecho Privado; las teorías pluralistas son las que dividen el Derecho en más de dos rubros, por ejemplo: Derecho Público, Derecho Privado, Derecho Social (este último es el elemento más importante para efectos de este trabajo); y las teorías negativas son las que no dividen al Derecho, sino que lo observan como una unidad. De Buen, tomando la teoría pluralista, encuadra al Derecho del Trabajo dentro del Derecho Social, aunque admite que tiene algo de "público y de privado" (sic), pero es predominantemente social.

La exposición anterior es extremadamente resumida de la clasificación del Derecho del Trabajo de Nestor de Buen L., sólo la he hecho para poder en contraposición exponer mi punto de vista.

Creemos que el Derecho es a un tiempo y necesariamente Público, Privado y Social, pues los tres conceptos existen en todas las ramas del Derecho, y aunque para efectos didácticos y de especialización es benéfico hablar de Derecho Administrativo y de Derecho Privado, a nivel teoría general el Derecho es indivisible.

Admitiendo esta anterior premisa, no podemos, para analizar el origen de la relación de trabajo, remontarnos a una clasificación del Derecho. Así tendremos que obtener como primera conclusión que la relación de trabajo es de origen jurídico común; es decir, nace de un convenio, igual que la prestación de servicios profesionales, no hay realmente diferencia alguna.

En el inicio, la relación de trabajo se equiparaba a la figura del arrendamiento del derecho civil, es decir se arrendaba el trabajo del hombre en favor de otro; esta teoría se descartó, debido a la crítica de que en el arrendamiento, la cosa arrendada al término del contrato, era devuelta, cosa que no era posible hacer con el trabajo realizado. Otra teoría del origen de la relación de trabajo, era que la equiparaba a la compraventa de energía, tesis desarrollada por el Maestro Carneluti, y que ha sido la mejor expuesta, de entre cuantas han querido encuadrar el trabajo en el Derecho Civil. Existen otras, como la que equipara el contrato de trabajo al de sociedad, pero tiene tantos defectos y diferencias que es insostenible, para señalar una sola; en el contrato de sociedad, se crea una nueva persona, una persona moral, y en el contrato de trabajo, no se crea persona moral alguna.

Nosotros creemos en lo particular, que lo que origina la relación de trabajo es un convenio jurídico, es decir, un convenio de trabajo puede crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones entre empleados y patrones, y este convenio es de tal importancia y popularidad, que requiere de toda una ley que atiende a sus particularidades, dado el enfoque social de nuestra actual cultura y gobierno. Y por lo anterior, la ley que apoya y regula el convenio de trabajo es proteccionista de la clase más popular, es decir, es social.

Así, creemos que la relación de trabajo no es excluyente del contrato o convenio de trabajo, sino resultante del mismo y el

motivo de que esté fuera del ámbito del Derecho Civil, no es que no sea un convenio ni un contrato, sino su importancia, peculiaridades y popularidad. En otras palabras, si por la Ley de Asentamientos Humanos, se creara un Derecho que fuera de asentamientos humanos y rentas, y protegieran a los arrendadores, el contrato de arrendamiento y relación de arriendo, la figura no dejaría de tener su origen en un contrato, sino que su amplitud, enfoque e importancia ameritarían un Derecho particular.

Todo lo anterior puede parecer un poco demasiado lógico y trivial, pero su importancia está en que hay autores de gran calidad que piensan que la relación de trabajo no nace de un convenio, porque no existe acuerdo de voluntades; veamos la teoría del Maestro Mario de la Cueva. Comenzaremos por citar un párrafo interesante, punto de partida de las ideas del Maestro:

Según el Artículo 1794 del Código Civil, para la existencia de un contrato se requieren consentimiento y objeto que pueda ser materia de contrato; conforme al artículo 1796, los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento y, desde ese instante, quedan obligadas las partes al cumplimiento de lo pactado. El perfeccionamiento del contrato determina, a su vez, la aplicación integral del Derecho Civil a la relación jurídica creada y, en caso de incumplimiento, existe de inmediato la posibilidad de solicitar la ejecución forzosa del contrato, quedan definitivamente fijadas las obligaciones de las partes, sin que sea necesario ningún hecho posterior para la existencia de esas obligaciones.

No ocurre lo mismo en la relación de trabajo, pues los efectos fundamentales del Derecho del Trabajo principian únicamente a producirse a partir del instante en que el trabajador inicia la prestación del servicio, de manera que los efectos jurídicos que derivan del Derecho del Trabajo principian únicamente a producirse a partir del

instante en que el trabajador inicia la prestación del servicio, de manera que los efectos jurídicos que derivan del Derecho del Trabajo se producen, no por el simple acuerdo de voluntades entre el trabajador y el patrono, sino cuando el obrero cumple, efectivamente, su obligación de prestar un servicio (19).

No estamos para nada de acuerdo con lo expresado por el Doctor de la Cueva, en el Derecho del Trabajo los efectos jurídicos se inician a partir del acuerdo de voluntades. Ejemplo: fulano contrata a perengano un martes al mediodía y lo cita para empezar a trabajar el lunes siguiente; si perengano, sin haber empezado a trabajar, sufre un accidente en su camino al trabajo el lunes, el patrón será responsable por este accidente, y todavía más, si perengano se rompe una pierna el sábado jugando fútbol con sus amigos, el Seguro Social deberá expedirle una incapacidad, para que se recupere, pero el patrón no puede rescindir el contrato unilateralmente, es decir, aún cuando no haya el trabajador comenzado a laborar, ya se dejan sentir con toda su fuerza los efectos jurídicos de una relación de trabajo. El Maestro de la Cueva continúa diciendo, que no es el contrato de trabajo lo que crea la relación de trabajo, sino simplemente la prestación de un trabajo:

La relación de trabajo es el conjunto de derechos y obligaciones que derivan, para trabajadores y patronos, del simple hecho de la prestación del servicio. Esta idea de la relación de trabajo produce la plena autonomía del Derecho del Trabajo: en efecto, el Derecho Civil de las obligaciones y de los contratos está subordinado en su -

19 MARIO DE LA CUEVA: Derecho Mexicano del Trabajo, Tomo I, 10ma. ed., Porrúa, México, 1967, p. 455.

aplicación a la voluntad de los particulares, en tanto - la aplicación del Derecho del Trabajo depende de un hecho, cualquiera haya sido la voluntad de trabajador y patrón (20).

Tampoco estamos de acuerdo con lo expresado aquí por el Maestro de la Cueva, pues por la simple prestación de un servicio, no nace la relación de trabajo; hace falta la subordinación del trabajador, el salario y la voluntad de contratar de las partes. Así el hombre que limpia parabrisas no me obliga a contraer con él una relación de trabajo, el amigo que presta un servicio no impone la relación de trabajo, la persona que resguarda y alimenta a mi ganado sin mi consentimiento para que el río desbordado no lo aniquile en mi ausencia como gestión de negocios no se convierte en mi trabajador, y por último, si yo no quiero que alguien trabaje para mí o yo no quiero trabajar para alguien, no existirá relación de trabajo.

Creemos así que para la existencia de una relación de trabajo, hace falta por lo menos, la voluntad de las partes para que exista y al existir ésta, la prestación de un servicio, la subordinación y el salario. Por otra parte, estamos de acuerdo en que la voluntad de las partes está limitada, pues si existe voluntad, prestación de servicio, subordinación y salario, no puede llamársele a esta relación gestión de negocios, sino que será, por imperio de la Ley, relación de trabajo.

Mario de la Cueva llega a analizar si es necesaria la voluntad de las partes para contratar el trabajo en la legislación mexicana, primero ve que es indispensable que exista la voluntad del trabajador, pues

El Artículo Quinto de la Constitución previene que a nadie se podrá obligar a prestar trabajos personales sin su pleno consentimiento. El Artículo Quinto forma parte de los derechos del hombre y el derecho del trabajo lo respeta; su desconocimiento equivaldría a transformar al hombre en esclavo (21).

Pero en el caso de la voluntad del patrón, llega a la conclusión contraria, veamos cómo. El Doctor de la Cueva nos dice que en la contratación de servicio doméstico y en la pequeña industria sí existe un acuerdo de voluntades pero no es así en la gran industria, ya que

En la gran industria, en cambio, la formación de la relación de trabajo es un fenómeno complejo: desde luego, y tal vez con excepción de los altos empleados, casi nunca interviene el empresario en la contratación de los trabajadores, a los cuales, frecuentemente, ni siquiera llega a conocer (22).

Hay que recordar aquí que la persona que contrata, no es el empresario, sino la empresa que es una persona moral, con capacidad para contratar, y de establecer una relación de trabajo, y

21 M. DE LA CUEVA: op. cit., p. 459.

22 M. DE LA CUEVA: op. cit., p. 460

los que representan a esta persona moral son los que contratan trabajadores, habiendo en estos casos, un claro concurso de voluntades, una del trabajador y la otra de una persona moral representada por un Jefe de Personal o cualquiera que sea la denominación que se le de al encargado de realizar esa función.

Por último, el Doctor de la Cueva nos da el caso de la cláusula de exclusión que legitima el artículo 395 de la Ley y que dispone:

La cláusula en virtud de la cual se obligue al patrono - a no admitir como trabajadores sino a quienes estén sindicados es lícita en los contratos colectivos de trabajo (23).

El dice que en estos casos, el sindicato propone trabajadores y el patrón tiene la obligación de aceptarlos, nosotros no lo creemos así. La cláusula de exclusión, es una cláusula tendiente a evitar conflictos intersindicales de detentación de contrato colectivo, y para favorecer el fortalecimiento del sindicato y de la unión de los trabajadores, pero no es de manera alguna una institución que permita al sindicato imponer su voluntad a la del patrón. En todo caso, el sindicato propone trabajadores, para que el patrón elija el que más le conviene, demostrando así claramente el uso de su voluntad al elegir, y en todo caso no hay algo

23 Ley Federal del Trabajo, art. 49.

que impida que el patrón proponga una persona, para que el sindicato la admita como miembro, y sea contratada por el patrón. Creemos que un patrón no puede ser obligado a aceptar a un trabajador en particular a su servicio, aunque se le puede condicionar su voluntad a que sólo elija a quien esté sindicado. Sin perjuicio de lo anterior, y en el caso de que el sindicato pudiera imponer trabajadores, el acuerdo de voluntades sería entre sindicato y trabajador, el primero actuando como una especie de intermediario, pero siempre tiene que haber dos partes con voluntad de tratar.

De todo lo anterior, podemos concluir que el Derecho del Trabajo es parte del Derecho en general, y obedece a sus principios generales, que la relación de trabajo tiene orígenes contractuales, y que si existen los elementos de la relación de trabajo, la aplicación del Derecho del Trabajo es imperativa no potestativa, y que la relación de trabajo tiene como elementos esenciales:

- 1) Acuerdo de voluntades con consentimiento;
- 2) Realización de un servicio en forma personal;
- 3) Subordinación;
- 4) Pago de un salario.

Una vez establecido el origen de la relación de trabajo y sus elementos esenciales, pasemos al análisis de todos los elementos de esta relación de trabajo.

2.3 CONTRATO O ACUERDO DE VOLUNTADES.

El primer elemento que necesitamos para integrar una relación de trabajo es la voluntad de hacerlo; en el punto anterior hemos establecido que es necesario ese ánimo de contratar de las dos partes en la relación laboral: por una parte, el ánimo de querer emplear, y por otra, el ánimo de trabajar. Ahora bien, en el Derecho Laboral, la voluntad tiene ciertas fuertes limitaciones, el por qué tiene su origen en la historia. Durante mucho tiempo, el trabajo estaba regulado en una forma estatutaria, los estatutos de trabajo o locatio en Roma, los estatutos de extrema rigidez de las corporaciones del medioevo, donde los papeles de aprendices y maestros estaban clara y fuertemente establecidos, etc. Con el advenimiento del liberalismo y la revolución francesa, se pretendió hacer del derecho del trabajo un derecho libre, dejando a la voluntad de las partes la libre fijación de las condiciones de trabajo. El efecto no se dejó esperar: abolidas las uniones y las restricciones en las condiciones de trabajo, en pleno siglo XIX el mundo conoció una explotación del hombre que no se había visto en las épocas de esclavitud, jornadas de veinte horas, salarios insuficientes, condiciones insalubres, etc. Esta realidad social de extremo abuso y explotación, y una conscientización del valor y dignidad del hombre en este siglo, han hecho que los legisladores de estos tiempos, creen un derecho de trabajo que frene los abusos de los industriales, y proteja los intereses de los trabajadores, y así, ha creado tal cantidad de disposiciones obligatorias en un contrato de trabajo, tales como salarios mínimos,

descanso semanal, jornada máxima, etc., que deja poco campo de acción a la voluntad de las partes para desarrollarse. Ahora bien, que la Ley supla una gran parte de la voluntad de las partes, no quiere decir que la anule totalmente, y por otra parte, lo más importante que juega la voluntad en una relación de trabajo es que sea justamente la creación de esta relación de trabajo, al querer las dos partes, empleado y patrón, establecerla. Algunos autores como Saleilles, sostienen la teoría de que el origen de la relación de trabajo es la adhesión que patrón y obrero hacen a los estatutos de trabajo, o contratos colectivos, sin más ingerencia de la voluntad que esa de unirse a lo ya establecido. Nosotros no creemos tal cosa, pues si bien es cierto que muchas de las condiciones están preestablecidas, existe otras muchas que pueden ser lícitamente pactadas, como por ejemplo, jornadas reducidas, salarios altos y mil peculiaridades. Cabe hacer mención en este apartado, que si bien una persona moral tiene capacidad para contratar como patrón, no tiene en el Derecho Mexicano capacidad jurídica para ser trabajador. A este respecto, la propia Ley Federal del Trabajo establece que el trabajador será una persona física descartando así la posibilidad de que grupos de trabajo, cooperativas o equipos, sean contratados como unidad, es decir en equipo, por lo que la voluntad de los trabajadores debe ser siempre individual. Existe, asimismo, en la ley casos como el de los menores de 14 años, que no pueden ser trabajadores estando afectados de falta de capacidad.

Por otra parte, y ya que hemos optado por el origen contrac-

tual de la relación de trabajo, es interesante ver como afectan los vicios del consentimiento, doctrina muy desarrollada por tratadistas civiles, al ámbito laboral.

Uno de los primeros vicios del consentimiento es el error, que puede ser en el objeto o en la persona. Cuando el error lo comete el empleado, no existe un verdadero problema práctico pues con dejarse de presentar a la empresa, existen pocas posibilidades de que el patrón quiera exigirle responsabilidad alguna, pero en el caso contrario podrían presentarse algunos casos curiosos; pongamos por ejemplo que una empresa necesita varios obreros y uno de los empleados recomienda a un primo suyo, Manuel Rodríguez; se ofrece empleo en los periódicos y acude un Manuel Rodríguez que no es el primo del trabajador pero el patrón lo contrata pensando que lo es, ¿podrá el patrón rescindir el contrato al enterarse del error o promover una nulidad del contrato? La respuesta es dudosa. Si analizamos en cambio el error en el objeto, ejemplo: contrató a un obrero creyendo que es un tornero, pero él es un ebanista, aunque el caso es el mismo éste podría encuadrarse como una causa análoga a la fracción I, del artículo 47, que a la letra dice:

Art. 47. Son causa 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 se atribuyan al trabajador capacidad, aptitudes o facultades de que carezca. - Esta causa de rescisión dejará de tener efecto después -

de treinta días de prestar sus servicios el trabajador - (24).

Por lo que respecta al dolo, la mala fe, la violencia y la intimidación, es muy difícil que se presenten en el Derecho Laboral, pero de llegarse a dar, producirían efectos totalmente distintos en Derecho Laboral que en Civil. Pues en vez de dar lugar a la ejecución forzosa o el pago de daños y perjuicios, provocaría más bien que una de las partes rescindiera sin responsabilidad la relación laboral.

2.4 REALIZACION PERSONAL DE UN SERVICIO

La realización de un servicio, debe ser en Derecho Laboral obligatoriamente un hecho positivo, es decir no puede existir en Derecho Laboral la obligación de un trabajador de no hacer o de no realizar.

Existe la posibilidad de realizar convenios o contratos de no hacer, por ejemplo aquel que vende una fábrica y en el contrato de compraventa el vendedor se obliga a no construir otra igual en un plazo determinado, dichas obligaciones de no hacer son posibles y lícitas, pero nunca constituirán una relación de tipo laboral, sino forzosamente civil.

24 BALTAZAR CAVAZOS FLORES, ET. AL.: Ley Federal del Trabajo, Tematizada y Sistematizada, art. 47, fracc. I, p. 131, 16ava. ed., Trillas, México, 1984.

Una vez establecido lo anterior, el objeto de la realización puede ser un acto preponderantemente material como mover una palanca, dibujar, modelar, etc., o un acto de naturaleza preponderantemente intelectual, se puede contratar a alguien para que sólo piense sobre algún tópico y exprese sus ideas. Ahora bien, y como ya habíamos mencionado todos los actos materiales llevan un grado de actividad intelectual y todos los actos intelectuales un grado de actividad material.

Una vez visto que el realizar un servicio debe ser en forma positiva y es siempre material e intelectual, es necesario observar también que la obligación de hacer no puede ser forzada, es decir a nadie se le puede obligar a trabajar en algo que no quiere.

Dentro de la Doctrina, podemos ver las opiniones que sobre la realización del trabajo sostienen los maestros Ferrari, Mario de la Cueva y Hernaiz Márquez.

El maestro Ferrari sostiene que más que la obligación de prestar el trabajo, la obligación del empleado es permanecer a la disposición del empleador; creemos que este criterio puede presentar algunos peligros: primero, si bien es cierto que el trabajador debe estar y permanecer a la disposición del empleador, ésto no constituye por sí una relación de trabajo. En México, dado que con la realización de un trabajo y el consentimiento tácito de un patrón se perfecciona la relación de trabajo, ésto podría

ocasionar que la puesta a disposición de un patrón se tomara en la misma forma. Segundo, en México, en particular en algunas grandes empresas, se ha optado por dejar a un empleado sin hacer algo para que, agobiado por el fastidio y el hastio, renuncie y abandone su empleo, por lo que creemos que la obligación y el derecho del trabajador no es sólo estar a la disposición del patrón, sino ejecutarlo. Ferrari opina que la segunda obligación correlativa a la primera, de estar a la disposición del empleador, es prestar el servicio cuando el empleador lo solicita, esta obligación creemos, está enunciada de una manera limitativa que no tiene razón de ser, para nosotros la obligación debe ser la de prestar el servicio para que el que ha sido contratado en la forma y jornada con la que ha sido contratado, aunque claro, si el empleador solicita que se preste el servicio fuera de la jornada, se estará ante el caso de las horas extras, que veremos más adelante.

Para Mario de la Cueva, la obligación de prestar el servicio es el desarrollo de la energía de trabajo del trabajador.

Siendo la energía de trabajo el objeto primordial de la relación, la primera obligación del trabajador ha de consistir en desarrollar o poner al servicio de la empresa la cantidad de energía de trabajo que se hubiere convenido. (25).

Aquí creo, cabe hacer mención a dos ideas, la primera, que el objeto del contrato es la energía de trabajo, cosa que nos parece acertada aunque con ciertas reservas, y la segunda, lo difícil que resulta cuantificar la energía de trabajo, esto último tiene relación directa con la eficiencia como veremos más adelante.

En esta obligación de prestar el servicio, el maestro Roberto Muñoz Ramón, hace notar que la obligación de desempeñar el trabajo, es siempre una obligación de hacer y no puede ser una obligación de dar, pues entonces sería una relación de tipo civil y no de tipo laboral, y esta realización, esta obligación de hacer puede consistir en uno o varios o diferentes hechos o servicios, se puede contratar a un trabajador, para que realice varios trabajos, aunque su salario, deba corresponder al que devengaría el tipo de servicio que amerite más salario.

Intimamente unida a la obligación de prestar el servicio, está la de hacerlo personalmente. Un empleador cuando contrata a un trabajador, generalmente lo hace por las capacidades técnicas del trabajador, o por su productividad o por su experiencia en el desempeño de algún oficio, por lo que para el empleador es indispensable que sea el trabajador al que contrató el que preste el servicio, pues lo contrató por ciertas características. Hay quienes dicen que esto no es enteramente cierto, que la gran industria muchas veces contrata por ejemplo cuarenta obreros, sin necesidad de experiencia ni entrenamiento a recibir salario mínimo general.

En este caso plantean que no se está seleccionando estrictamente al trabajador ni se requieren capacidades o cualidades particulares. ¿Es en este caso también necesario que el trabajador realice el trabajo en forma personal? Si, la respuesta proviene de las obligaciones que el patrón adquiere al entablar una relación laboral, el patrón queda obligado a "proteger" al obrero y entre otras cosas, pagar Infonavit, Seguro Social, uniformes, etc. Como éstas prestaciones son de beneficio particular, es decir sólo pueden beneficiar a un empleado, es necesario que ese empleado, el que está "protegido", sea el que desempeñe el trabajo.

Tenemos pues que el trabajador debe prestar el servicio personalmente, es decir es una relación Intuito Persona.

Pero ¿podría darse el caso de una substitución de un trabajador? Pongamos por caso que un tornero debe ausentarse unos días, por x motivo y le propone a su patrón que un amigo suyo, también tornero ocupe su lugar por una semana, para no interrumpir la producción, y el patrón acepta. ¿Es ésto un caso de substitución donde se rompe la regla de trabajo personal? Creemos que no. En nuestra opinión el amigo de nuestro empleado pasa a ser un nuevo empleado, aunque con carácter temporal o eventual, y debe tratarse como a un nuevo empleado, inscribirlo en nómina, pagar Seguro Social, etc., el único efecto que tendría este convenio es que el tornero que tuvo que ausentarse no pierde su trabajo y el que estuvo en su lugar, fue un trabajador temporal, por lo que creemos que no hay substitución, el trabajo siempre es personal.

Sólo para redondear lo anterior, ¿puede existir una susbtitución no temporal, sino permanente? Nos pronunciamos en contra de esta idea, pues los derechos del trabajador son más que personales, personalísimos, y no pueden cederse en favor de un tercero sus derechos de antigüedad, de indemnización, de aguinaldo, etc., en fin todos los derechos por él adquiridos en el desempeño personal de su trabajo.

Pero qué sucede cuando se hace una substitución sin consentimiento del patrón. En este caso, consideramos que si el patrón no ha dado su consentimiento, y no tiene noticia de la substitución, y en el lugar no hay costumbre de hacerlo, el patrón estará exento de responsabilidad, si algo le ocurre al empleado, y no se tendrá por nacida una relación de trabajo entre el patrón y el trabajador substituto. En todo caso la responsabilidad recaería sobre el trabajador que fue substituido, cosa que en la práctica se nos antoja imposible.

Hasta ahora hemos visto ciertas características de la realización de el trabajo y la necesidad de hacerlo en forma personal. A continuación y para terminar con la doctrina veremos ciertas obligaciones que tiene el trabajador al momento de la realización del trabajo, tales como la eficiencia, la productividad, las buenas costumbres, el cuidado de la herramienta, la consideración, el respeto, la fidelidad, la higiene, la seguridad, la lealtad, la diligencia y la puntualidad. De todo lo anterior, conviene detenerse, primordialmente, en la eficiencia, esta palabra

equivale a productividad y rendimiento, ¿y qué rendimiento o eficiencia debe tener un trabajador? Hernaliz Márquez opina que un trabajador debe emplear la totalidad de sus facultades en la realización del trabajo y debe hacerlo con diligencia y espíritu de colaboración, la legislación Belga dice que el trabajador debe desempeñar el trabajo con el cuidado de un buen padre de familia, frase que al comentar Mario de la Cueva, nos dice que la única conclusión que podemos obtener de la legislación Belga, es que la eficiencia debe quedar al arbitrio judicial.

La legislación italiana, nos comenta el maestro de la Cueva, es mucho más precisa al utilizar dos criterios para valorar la eficiencia: el primero, objetivo, está basado en la productividad promedio, es decir, lo que produce una persona normal en determinado tiempo, y el segundo criterio, subjetivo que es en relación directa con las capacidades y aptitudes del obrero; por último, Francisco de Ferrari comenta que el trabajo debe hacerse con diligencia y esmero.

Una vez vista la eficiencia, convendría detenerse un segundo en la fidelidad, la lealtad y el respeto. Este deber de fidelidad tiene dos aspectos, uno positivo que obliga al trabajador, a hacer todo lo que esté en sus manos para la mejor marcha del negocio, acciones tales como hacerle sugerencias y observaciones sobre una mejor y más segura producción, y el aspecto negativo, que prohíbe al trabajador realizar acto alguno que entorpezca y detiore la buena marcha del negocio, como por ejemplo divulgar

secretos, ocultar información, actuar negligentemente, etc. A este último aspecto, se ha hablado mucho de la no concurrencia. En la doctrina y en muchas legislaciones extranjeras, es lícito pactar la no concurrencia por un tiempo y en un lugar determinado, y esta proscrita la concurrencia desleal, como el caso de un vendedor que se robe la clientela, usando precios más bajos y las relaciones que obtuvo trabajando en una tienda.

Sin embargo, en México, no es posible el pactar la no concurrencia, pues la constitución previene que todo hombre puede dedicarse a ejercer el oficio o profesión que prefiera, siempre y cuando sea lícito, y al efecto citamos el artículo 4o. de nuestra Constitución que dice:

Artículo 4o. A ninguna persona podrá impedirsele que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo -- que le acomode, siendo lícitos. El ejercicio de esta libertad sólo podrá vedarse por determinación judicial, -- cuando se ataquen los derechos de terceros, o por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la Ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad. Nadie puede ser privado del producto de su trabajo, sino -- por resolución judicial.

La ley determinará en cada Estado cuales son las profesiones que necesitan título para su ejercicio, las condiciones que deban llenarse para obtenerlo y las autoridades que han de expedirlo (26).

Por lo que a la vista del texto que antecede, en México no puede exigírsele a un trabajador la no concurrencia una vez que

26 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, colecc. Leyes Mexicanas, Botas, México 1935, art. 4o.

ha terminado la relación laboral y existen serias dudas sobre la concurrencia durante la relación laboral.

En efecto, creo que en México un obrero, o cualquier tipo de trabajador puede paralelamente con su trabajo ejercer por su cuenta, el mismo trabajo, siempre y cuando, no aproveche ventajas o sea desleal a su patrón original. Un ejemplo de esto podría ser el mecánico de la Volkswagen que terminada su jornada laboral, realizara algunos trabajos en su casa, y al que buscan porque su casa tiene un letrero de "talachas", esto sería una concurrencia lícita, pero si en cambio ofreciera a los clientes del taller Volkswagen hacer los trabajos más baratos por fuera, estaríamos ante el caso de una concurrencia desleal que debe sancionarse con el despido en los términos del artículo 47, fracciones IV, IX y XV de la Ley Federal del Trabajo. Hasta aquí, la eficiencia y la lealtad; las demás obligaciones, como procurar seguridad, obedecer las normas de higiene, cuidar el herramental, devolver los sobrantes útiles, etc., creo yo que no requieren de mayor abastecimiento.

Y hasta aquí la doctrina, conviene ahora de acuerdo con lo propuesto por el maestro Roberto Muñoz Ramón, analizar la realización del servicio desde el punto de vista de la legislación mexicana, dividido en cuatro rubros:

- a) Materia
- b) Eficiencia

- c) Lugar
- d) Tiempo

Materia: Con relación a la materia de la prestación del servicio, vemos que el artículo 25 de la Ley Federal del Trabajo dice:

Art. 25. El escrito en que consten las condiciones de -
trabajo deberá contener:

III. El servicio o servicios que deban prestarse, los -
que se determinarán con la mayor precisión posible (27).

Este artículo merece poco comentario pues ya hemos analizado ampliamente la prestación del servicio, sírvase notar que el artículo dice que los servicios deben de determinarse con la mayor precisión posible, y cabe recordar que el trabajador tiene la obligación de realizar el servicio, lo relacionado con él, y prestar auxilio en caso necesario.

Eficiencia: En relación a este rubro podemos ver el artículo 134 de la Ley Federal del Trabajo:

Art. 134. Son obligaciones de los trabajadores:

IV. Ejecutar el trabajo con la intensidad, cuidado y es-
mero apropiados y en el tiempo y lugar convenidos (28).

27 B. CAVAZOS FLORES, et. al., op. cit., p. 125

28 B. CAVAZOS FLORES, et. al., op. cit., p. 199-200.

El comentario que se le puede hacer a este artículo es que, al igual que la Legislación Belga deja al arbitrio judicial qué es "apropiado" en intensidad y esmero, sin embargo parece que el artículo 85 de la Ley Federal del Trabajo, recoge algo del criterio objetivo y subjetivo del que nos habla la Legislación Italiana.

Art. 85. El salario debe ser remunerador, y nunca menor al fijado como mínimo, de acuerdo con las disposiciones de esta Ley. Para fijar el importe del salario se tomarán en consideración la cantidad y calidad del trabajo - (29).

Como se puede observar, la calidad es un elemento subjetivo de la producción y la cantidad un elemento objetivo, aunque la ley mexicana, de acuerdo al espíritu del artículo 27, parece inclinarse más por el criterio subjetivo.

Art. 25. Si no se hubiese determinado el servicio o -- servicios que deban prestarse, el trabajador quedará -- obligado a desempeñar el trabajo que sea compatible con sus fuerzas, aptitudes, estado o condición y que sea -- del mismo género de los que forman el objeto de la em-- presa o establecimiento (30).

Como se puede ver, el artículo anterior es de corte plenamente subjetivo.

29 B. CAVAZOS FLORES. et. al., op. cit., p. 154.

30 Ib. Idem. p. 124.

Lugar: El lugar puede ser de acuerdo con el artículo 25, fracción IV, uno o varios, veamos pues el artículo:

Art. 25. El escrito en que consten las condiciones de - trabajo debe contener:

IV. El lugar o lugares donde deba prestarse el trabajo (31).

Por lo que se deduce que pueden ser uno o varios los lugares, es útil subrayar aquí, que de no estar expresamente pactado, el patrón no podrá en forma unilateral modificar el lugar donde se deba prestar el servicio. Pueden ser también de interés para nosotros los artículos 28 y 30 de la Ley Federal del Trabajo, que a continuación se transcriben y que regulan el trabajo fuera de la República.

Art. 28. Para la prestación de servicios de los trabajadores mexicanos fuera de la República, se observarán las normas siguientes:

I. Las condiciones de trabajo se harán constar por escrito y contendrán para su validez las estipulaciones siguientes:

- a) Los requisitos señalados en el artículo 25.
- b) Los gastos de transporte, repatriación, traslado hasta el lugar de origen y alimentación del trabajador y de su familia, en su caso, y todos los que se originen para el paso de las fronteras y cumplimiento de las disposiciones sobre migración, o por cualquier otro concepto semejante será por cuenta exclusiva del patrón. El trabajador percibirá íntegro -

el salario que le corresponda, sin que pueda descontarse cantidad alguna por esos conceptos.

- c) El trabajador tendrá derecho a las prestaciones que otorguen las instituciones de seguridad y previsión social a los extranjeros en el país al que vaya a -- prestar sus servicios. En todo caso, tendrá derecho a ser indemnizado por los riesgos de trabajo con una cantidad igual a la que señala esta Ley, por lo menos;

II. El patrón señalará domicilio dentro de la República para todos los efectos legales;

III. El escrito que contenga las condiciones de trabajo será sometido a la aprobación de la Junta de Conciliación y Arbitraje dentro de cuya jurisdicción se celebró, la cual, después de comprobar los requisitos de validez a que se refiere la fracción I, determinará el monto de la fianza o del depósito que estime suficiente para garantizar el cumplimiento de las obligaciones contraídas. El depósito deberá constituirse en el Banco de México o en la institución bancaria que éste designe. El patrón deberá comprobar ante la misma Junta el otorgamiento de la fianza o la constitución del depósito;

IV. El escrito deberá ser visado por el cónsul de la Nación donde deban prestarse los servicios; y

V. Una vez que el patrón compruebe ante la Junta que ha cumplido las obligaciones contraídas, se ordenará la cancelación de la fianza o la devolución del depósito (32).

Art. 30. La prestación de servicios dentro de la República, pero en lugar diverso de la residencia habitual del trabajador y a distancia mayor de cien kilómetros, se regirá por las disposiciones contenidas en el artículo 28, fracción I, en lo que sean aplicables (33).

Tiempo: El tiempo o la jornada de trabajo como es bien sabido es de 8 horas diarias con media hora para comer o una hora,

32 Ib. Idem.

33 Ib. Idem.

dependiendo de si puede o no salir de la fuente de trabajo, hay tres tipos de jornada que son diurna, nocturna y mixta, y que son respectivamente 8, 7 y 7 1/2 horas; y a menos que esté expresamente pactado, el patrón no podrá variar el horario del trabajador. En México es lícito el contratar jornadas reducidas y tiempo extra. A este respecto, y por ser tan amplio el tema, creo que sólo es conveniente citar los artículos 58, 66, 67 y 68 de la Ley Federal del Trabajo, puesto que son los más importantes a este respecto.

Art. 58. Jornada de trabajo es el tiempo durante el -- cual el trabajador está a disposición del patrón para -- prestar su trabajo (34).

Art. 66. Podrá también prolongarse la jornada de trabajo por circunstancias extraordinarias, sin exceder nunca de tres horas diarias ni de tres veces en una semana (35).

Art. 67. Las horas de trabajo a que se refiere el artículo 65, se retribuirán con una cantidad igual a la -- que corresponda a cada una de las horas de la jornada.

Las horas de trabajo extraordinario se pagarán con un -- ciento por ciento más del salario que corresponda a las horas de la jornada (36).

Art. 68. Los trabajadores no están obligados a prestar sus servicios por un tiempo mayor del permitido en este capítulo.

La prolongación del tiempo extraordinario que exceda de nueve horas a la semana, obliga al patrón a pagar al trabajador el tiempo excedente con un doscientos por ciento más del salario que corresponda a las horas de la jornada, sin perjuicio de las sanciones establecidas en esta Ley (37).

34 Ib. Idem., 147 y 148

35 Ib. Idem.

36 Ib. Idem.

37 Ib. Idem.

Creo que es importante hacer notar que la jornada de trabajo está limitada para los trabajadores, es decir, no puedo emplear a un trabajador más de 8 horas, y si por algún motivo se excediere, tendría que pagar el tiempo extra al doble o al triple, y con una prima en caso de ser domingo o día feriado; como veremos éste no es el caso de los profesionistas, pues ellos cobran no por el momento en que realizan su trabajo, sino por el trabajo mismo.

2.4 SUBORDINACION

Este elemento de la relación laboral, representa para el presente trabajo una gran cantidad de dificultades.

La subordinación como elemento de la relación de trabajo debe de ser distintivo y determinante de la relación laboral, pero debido a que se le ha diluido mucho para adaptarlo a todos los tipos de relaciones de trabajo, y se le han permitido tantos grados o matices, desde uno muy estricto y visible, como ordenarle algo verbalmente a un obrero, hasta uno muy étereo y ocasional, como es el caso de los vendedores viajeros. En este momento, es muy difícil saber cuando se está utilizando la facultad de mando, que da la subordinación, y cuando se está indicando a un profesionista ciertas actitudes y actividades que ayuden la cooperación entre profesionistas y empresa.

Debido a que esta tesis trata de las diferencias que existen entre un trabajador o empleado, y un profesionista independiente

o empresario, y habiendo aceptado que un profesionista puede ser empleado o empresario independiente, que vende en forma independiente su actividad profesional, es de primordial importancia saber cómo afecta ¿o si afecta? a estas dos diferentes figuras la subordinación, veamos por principio la definición que de subordinación nos da el maestro De Ferrari:

"Es sabido que cuando se habla de la subordinación que crea el contrato de trabajo no se hace referencia a una situación de hecho en la que el trabajador pierde su iniciativa y su libertad y aparece desarrollando una actividad totalmente dirigida. La subordinación a que se refiere la doctrina y la jurisprudencia es simplemente un poder, como lo hacen notar los autores alemanes, particularmente Sinzheimer y Jacobi. Se trata nada más que de la posibilidad que tiene una de las partes de imprimir -cuando lo crea necesario- una cierta dirección o sentido determinado a la actividad ajena. Sobre todo, no es una subordinación técnica, sino, como queda dicho, una subordinación jurídica" (38).

Debido a esa consideración, el maestro Ferrari concluye, que como la subordinación como elemento de la relación de trabajo, es una facultad potestativa de imprimir una dirección en sentido jurídico a la actividad ajena, no existe impedimento alguno para que un profesionista teniendo plena libertad técnica esté jurídicamente subordinado a un patrón, opinión con la que estamos plenamente de acuerdo. Sin embargo existe la dificultad de delinear, cuando un profesionista actúa como empresario o trabajador independiente, y cuando, como un empleado o trabajador subordinado.

Pongamos un ejemplo, la compañía "Mayex, S. A.", tiene empleado un abogado que, de tiempo completo, se dedica a la cobranza judicial de dicha empresa, y está contratado con un contrato de trabajo. Sin embargo, viaja constantemente por la República efectuando la cobranza y teniendo la obligación porque así se lo ordenaron, de realizar la cobranza, enviar el dinero e informar de sus actividades en una forma determinada cada cierto tiempo. Ahora bien, debido a una sobrecarga de trabajo y a la distancia, el director de "Mayex, S. A.", decide contratar los servicios de un abogado que posee un pequeño despacho en Mérida, para que ayude a la cobranza judicial de dicha plaza y le envía una carta diciéndole que debe cobrar, enviar cobranza e informar en una forma específica y cada determinado tiempo (igual que el abogado empleado) de sus actividades, el abogado acepta, aunque a éste se le paga por honorarios y la cobranza de "Mayex, S. A.", sólo representa una pequeña parte de sus ingresos, pues posee muchos clientes.

Se puede añadir al ejemplo, además, que aparte de la carta inicial en que se le indican al profesionista, ciertos lineamientos que convienen a la empresa, se le envían periódicamente cartas donde se le piden aclaraciones, o se le hacen nuevas indicaciones. Ahora bien, surgen de este ejemplo varias preguntas, la primera sería ¿es el abogado de Mérida empleado de Mayex, S. A.? Estimamos que no, pero ¿puede decir el abogado de Mérida, que las cartas en las que se le indican lineamientos o se le dan ciertas directrices, son órdenes dadas en uso de la facultad de mando que da la subordinación? Nosotros opinamos que no, aunque sean idénticas.

ticas a las ordenes que se le dan al abogado empleado, las indicaciones que se le hacen al abogado de Mérida les falta un elemento esencial que es la obligatoriedad, pues mientras que el empleado tiene la obligación de cumplirlas, el abogado independiente puede cuestionarlas o rehusarse.

Como podemos ver, siguiendo el criterio de subordinación a que hemos aludido, no es posible diferenciar entre un abogado independiente y uno empleado, pues si la facultad es potestativa, es decir puede o no usarse, y sólo puede imprimirse una "dirección" jurídica, dejando plena libertad técnica y de conciencia, el criterio de subordinación a que aludimos sirve de poco o nada para distinguir entre un profesionalista empleado y uno empresario. En el caso planteado anteriormente, tendríamos por fuerza que recurrir a los demás elementos y particularidades del caso para poder clasificarlos, por lo que creemos que es necesario redefinir y precisar el término subordinación.

El diccionario de la Real Academia define subordinación como:

"del latín subordinationis, f., sujeción a la orden, --mando o dominio de uno (39)".

De esta definición podemos deducir que más que una facultad de un patrón es una obligación (aunque sean correlativas) del empleado de mantenerse en un estado de sujeción a la orden o mando, es una obligación de obedecer, y no un obedecer jurídico sino un obedecer humano, jurídico y en un grado determinado, técnico.

Para ilustrar el punto, un abogado empleado en una compañía debe seguir ciertas normas de trabajo, higiene, horario (aunque no es necesario), etc., su trabajo estará orientado en un determinado sentido, y en la mayoría de los casos estará obligado en la utilización de su arte en un sentido técnico, es decir, un abogado empleado de una compañía para defenderla no podrá negarse a hacerlo, debido a que no lo cree correcto éticamente hablando. Tendrá que avocarse a como mejor pueda defender a su patrón, mientras que un abogado independiente podrá siempre aceptar o rechazar un caso. Lo anteriormente dicho, es una idea que repugna a la doctrina, y que es constantemente rechazada, pero es en la práctica un hecho cotidiano y aceptado.

Resumiendo hasta este punto, tenemos que la subordinación es una facultad de ordenar técnica y jurídicamente hablando a un empleado, y una correlativa de obedecer o mantenerse obedeciendo las órdenes y directrices de un patrón, es por lo tanto, una relación jerarquizada, que además puede ser muy notoria y sensible o muy discreta y ocasional y por lo mismo difícil de diferenciar de simples indicaciones.

El maestro de Ferrari nos habla además de otros tipos de subordinación y citamos aquí un párrafo en el que contrapone la subordinación jurídica a la subordinación económica:

"De esta manera, la subordinación jurídica sería aquella que emana del contrato, al dar éste, a una de las partes, la facultad de impartir órdenes y al imponer obligación de acatarlas. En cambio la subordinación económica hundiría sus raíces en los vicios de la organización económica capitalista y se basaría en la existencia de clases sociales sometidas económicamente unas a otras. Esta su subordinación de carácter material resultaría entonces, -- para los autores mencionados, del hecho de que el obrero obtiene normalmente de su trabajo su único medio de vida, lo que lo obligaría a aceptar que su actividad se viera siempre enteramente dirigida por el que paga el salario (40)".

El criterio anterior resulta algunas veces tristemente cierto, pero es un criterio tan poco jurídico que no podemos tomarlo en cuenta para la tipificación del contrato de trabajo. Sin embargo, creo que el criterio material o económico sí debe entrar de alguna manera en el concepto de subordinación, pero no como en el caso anterior, basado en clases sociales sometidas, sino en el sentido de esta bonita frase del maestro de Ferrari:

"Habría contrato de trabajo siempre que alguno se encontrara al servicio del jefe de una empresa trabajando (a las órdenes) por cuenta y beneficio de él, sin correr -- los riesgos de la explotación, ni participar en el provecho resultante de su propia actividad (41)".

40 F. DE FERRARI, op. cit., p. 312.

41 F. DE FERRARI, op. cit., p.

Con lo anterior podemos concluir que para que exista subordinación, debe de existir, además de las órdenes, un beneficio que no es propio, sino que se es aprovechado por una tercera persona.

2.6 SALARIO

El salario es, sin duda alguna, el elemento de la relación de trabajo que representa la mayor importancia práctica, es decir, así como al empresario le importa principalmente recibir el trabajo del obrero y que sea bueno, al obrero lo que más le interesa es el salario y que sea suficiente, es decir que alcance a cubrir sus necesidades básicas.

Debido a esta importancia, el salario es un tema que se ha desarrollado muy extensamente en la doctrina del derecho laboral, tanto que si quisiéramos ver el tema con cierta profundidad, sería el por sí mismo, motivo de una tesis particular. Por lo anterior, para efectos de ver el salario como elemento de la relación laboral, y en contraposición al honorario, veremos en este rubro solamente varios comentarios a las disposiciones que sobre salario contiene nuestra Ley Federal de el Trabajo, y algunas opiniones de otros autores, pero en forma muy somera. Comenzaremos por narrar brevemente la evolución de la filosofía del salario, después veremos la diferencia entre salario y remuneración, luego las diferentes clasificaciones del salario y por último el caso de la Mora.

El salario, durante el siglo XIX y parte del XX, fue regulado por el concepto económico-liberalista de la Ley de la Oferta y la Demanda, lo que ocasionó que el trabajador fuera vilmente explotado por los industriales. Sin embargo, una humanización de la producción y una evolución de la ideología, ha cambiado el concepto por el llamado salario social, que tiende a fijarse por las necesidades del obrero y no por ley económica alguna.

A causa de su carácter alimenticio, el salario cumple -- una función vital en provecho de millones de trabajado-- res. Al constituir en la práctica su única renta, debe asegurarse la subsistencia, en condiciones decentes del -- trabajador y de su familia. Este derecho al salario, co-- rolario del derecho del trabajo, constituye una prerrogá-- tiva fundamental del individuo afirmada solemnemente por el preámbulo de la Constitución de 1946 y por la Declara-- ción Universal de los Derechos del Hombre, que precisa -- que cualquiera que trabaje tiene derecho a una remunera-- ción equitativa y suficiente (42).

Como se desprende de la cita anterior, el trabajo ya no es más un producto que se compra o se vende, sino una actividad que debe darle provecho al hombre que la realiza. Ahora que ya vimos el salario como un elemento social del contrato de trabajo, conviene diferenciarlo del término remuneración que no son idénticos.

El concepto de Salario no se confunde con todos sus efectos con el de remuneración en nuestro Derecho del Trabajo. El tratamiento de salario obedece, en cada ordena--

miento jurídico, peculiaridades que le son propias, que -
adecúan su concepto al sistema legislativo de cada país.
La consolidación de las leyes del trabajo siguiendo esta
orientación uniforme de las legislaciones sobre salario,
se propuso distinguir, para determinados efectos, este -
instituto del de la remuneración, conceptúa asimismo, --
como salario, tan solo las atribuciones económicas debi-
das y pagadas directamente por el empleador, como contra
prestación del servicio. Reserva, por otro lado, el tér-
mino remuneración para todos los provechos fluidos al em-
pleado en función del empleo, inclusive los obtenidos de
terceros, como las propinas. Pero, el concepto de sala-
rio, en nuestro Derecho es de delineación precisa, no --
comprendiendo, en su ámbito aquellas prestaciones paga-
das por los clientes del establecimiento directamente al
empleado, en razón del agrado de aquél por el cumplmien-
to de un acto de empleo la práctica de las propinas, se-
gún el uso universal, es peculiar a ciertas categorías -
profesionales ligadas a establecimientos donde hay concu-
rrencia de público o clientela. La remuneración puede -
consistir, por tanto, en salario más propinas (43).

De la cita anterior, obtenemos que el salario sólo se inte-
gra por las cantidades que el patrón da al trabajador a cambio
del trabajo, más no se incluye el dinero que puedan dar los
clientes del establecimiento al trabajador. Esto que parece tan
obvio, no lo es, como dato curioso la ley francesa incluye las
propinas dentro del salario.

Una vez que hemos ubicado el salario, podemos internarnos
ligeramente en el concepto viendo las diferentes clasificaciones
que de él se han hecho.

Salario por tiempo o jornal; este es el salario que más

43 GOMEZ, GÖTTSCHAHN Y BERMUDEZ: Curso de Derecho del Trabajo,
Tomo I, p. 301

comúnmente se aplica y generalmente es en jornadas de ocho horas, aunque existe el tiempo extraordinario que también debe considerarse dentro de esta clasificación

Salario por obra o a destajo; esta modalidad consiste en pagar el salario no por el tiempo que se tarde en realizarse, sino por el producto en sí, aquí lo que se paga es el producto que se entrega terminado y no el tiempo que se invirtió en hacerlo. Este sistema de pago ha sido tradicionalmente combatido por los obreros, pero representa claras ventajas para el patrón, y es al modo de ver del maestro Miguel Hernaiz, mucho más justo que el de tiempo.

Salario ecléctico; esta forma consiste en combinar el salario por tiempo y el salario por obra, es decir, se paga por jornada de trabajo pero con una producción determinada de antemano, generalmente este salario se establece como forma de incentivar a los obreros y ofrece ventajas adicionales, como por ejemplo si termina su producción asignada en un tiempo menor, puede salir antes, o al contrario si supera la producción asignada en la jornada se le da una prima adicional; este sistema nos parece muy conveniente.

Salario en numerario; esta es la forma clásica de pagar los salarios y consiste, como todos sabemos, en pagar el salario en moneda nacional de curso corriente.

Salario en especie: esta forma de pagar salario puede ser muy provechosa o muy negativa.

Desde el punto de vista negativo, se presta a los abusos que en alguna época cometieron las tiendas de raya que pagaban con hierba del paraguay y mezcal y con artículos de primera necesidad a precios altísimos, obligando a los trabajadores a agotar su salario en nimiedades, por otra parte, se puede prestar a abusos y fraudes, al expender productos de infima calidad o lograr un lucro indebido por parte del patrón.

Desde el punto de vista positivo, muchas veces el patrón puede obtener excelentes precios por mayoreo y las tiendas sindicales pueden expender los artículos sin recargo del 15% I.V.A., factores los dos que combinados representan un muy importante ahorro para los trabajadores. Sea como fuere, y debido a los abusos a los que se puede prestar, existen fuertes restricciones legales para el pago en especie de los trabajadores.

Horas Extras: éstas también forman parte de el salario, y se pagan al doble del salario normal por tiempo determinado, debido al esfuerzo extra que representa el aumentar la jornada.

Reparto de Utilidades: este concepto no es propiamente dicho un salario. Nació de la participación de los trabajadores en el producto de su trabajo, concepto netamente marxista y que da a

los trabajadores participación en la utilidad que rinde el capital, aunque como ya lo mencionamos antes, no es salario.

Prima de Antigüedad: esta figura extraña parece considerar implícitamente que el salario no es suficiente paga al trabajador, y por ello al término de su empleo se le da una cantidad extra. Este concepto, aunque se basa en el salario, no debe formar parte del mismo.

Mora: esta figura que consiste en no pagar el salario a tiempo, es decir semanal o quincenalmente en forma puntual, da lugar a la acción rescisoria por parte del trabajador obligando al patrón a pagarle, además de los salarios atrasados, la indemnización constitucional y la fijada por el artículo 50 de la Ley Federal del Trabajo.

En México, nuestro derecho laboral dispone en el artículo 82 de la Ley Federal del Trabajo, que:

Art. 82. Salario es la retribución que debe pagar el patrón al trabajador por su trabajo (44).

Del artículo anterior, creo sólo cabe comentar que no es necesario que el trabajador realice trabajo alguno, sino por el

simple hecho de estar a la disposición del patrón en los términos convenidos se hará mercedor al salario.

El artículo 83 recoge las clasificaciones que de salario hicimos anteriormente:

Art. 83. El salario puede fijarse por unidad de tiempo, por unidad de obra, por comisión, a precio alzado o de cualquier otra manera.

Quando el salario se fije por unidad de obra, además de especificarse la naturaleza de ésta, se hará constar la cantidad y calidad del material, el estado de la herramienta y útiles que el patrón en su caso, proporcione -- para ejecutar la obra, y el tiempo por el que los pondrá a disposición del trabajador, sin que pueda exigir cantidad alguna por concepto del desgaste natural que sufra la herramienta como consecuencia del trabajo (45).

Este artículo, además de enunciar los tipos de salario, habla de las herramientas de trabajo, ésto puede ser útil, pues sirve para diferenciar entre una prestación económica que integre el salario, y una herramienta de trabajo, ejemplo: un coche puede ser o parte integrante del salario, o herramienta de trabajo.

Art. 82. El salario se integra en los pagos hechos en efectivo por cuota diaria, gratificaciones, percepciones, habitación, primas, comisiones, prestaciones en especie y cualquier otra cantidad o prestación que entregue al trabajador por su trabajo (46).

45 B. CAVAZOS FLORES, et al., op. cit., p. 153.

46 B. CAVAZOS FLORES, et al., op. cit., p. 153.

El artículo anterior, nos refiere a en qué forma se integra el salario y básicamente, con todas las prestaciones económicas o en especie que el trabajador recibe del patrón, esta disposición tiene especial importancia a la hora de computar las indemnizaciones.

Art. 85. El salario debe ser remunerador y nunca menor al fijado como mínimo de acuerdo con las disposiciones de esta Ley. Para fijar el importe del salario se tomarán en consideración la cantidad y calidad de trabajo.

En el salario por unidad de obra, la retribución que se pague será tal, que para un trabajo normal, en una jornada de ocho horas, dé por resultado el monto del salario mínimo, por lo menos (47).

En el Artículo anterior resalta de manera muy especial la palabra remunerador, y nunca inferior al mínimo, ésto cristaliza en la Ley las ideas de que la retribución que recibe el obrero no debe fijarse por leyes económicas, sino en base a sus necesidades esenciales.

Art. 86. A trabajo igual, desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales, debe corresponder salario igual (48).

El precepto anterior tiene como fundamento la posibilidad de

47 B. CAVAZOS FLORES, et al., op. cit., p. 154.

48 B. CAVAZOS FLORES, et al., op. cit., p. 154.

desdiscriminación de trabajadores por motivos particulares, cabe hacer notar que el prestigio o la confianza de un trabajador poco importa a la luz de este dispositivo legal.

Art. 87. Los trabajadores tendrán derecho a un aguinaldo anual que deberá pagarse antes del día veinte de diciembre, equivalente a quince días de salario, por lo menos.

Los que no hayan cumplido el año de servicios, independientemente de que se encuentren laborando o no en la fecha de liquidación del aguinaldo, tendrán derecho a que se les pague la parte proporcional del mismo, conforme al tiempo que hubieran trabajado, cualquiera que fuere éste (49).

La institución del aguinaldo parece ser un premio anual por buena conducta, aunque no la hayan tenido.

Art. 88. Los plazos para el pago del salario nunca podrán ser mayores de una semana para las personas que desempeñen un trabajo material y de quince días para los demás trabajadores (50).

El artículo anterior parece arrojar un poco de luz sobre los vocablos obrero y empleado, aunque está fatalmente redactado, pues tanto unos como otros realizan trabajos materiales, pero a los que es preponderantemente material el trabajo se les llama obreros y se les paga semanalmente, y a los que su trabajo no es

49 B. CAVAZOS FLORES, et al., op. cit., p. 155.

50 B. CAVAZOS FLORES, et al., op. cit., p. 155.

tan preponderantemente material se les llama trabajadores y se les paga en forma quincenal; esta disposición que comentamos, es de gran importancia pues de no pagarse puntualmente pueden los trabajadores y obreros rescindir por causas imputables al patrón su contrato de trabajo.

Art. 89. Para determinar el monto de las indemnizaciones que deban pagarse a los trabajadores se tomará como base el salario correspondiente al día en que nazca el derecho a la indemnización, incluyendo en él la cuota diaria y la parte proporcional de las prestaciones mencionadas en el artículo 84.

En los casos de salario por unidad de obra, y en general, cuando la retribución sea variable, se tomará como salario diario el promedio de las percepciones obtenidas en los treinta días efectivamente trabajados antes del nacimiento del derecho. Si en ese lapso hubiese habido un aumento en el salario, se tomará como base el promedio de las percepciones obtenidas por el trabajador a partir de la fecha del aumento.

Cuando el salario se fije por semana o por mes, se dividirá entre siete o entre treinta según el caso, para determinar el salario diario (51).

El artículo que antecede nos aclara la forma de integrar el salario para casos de indemnización.

Art. 90. Salario Mínimo es la cantidad menor que debe recibir en efectivo el trabajador por los servicios prestados en una jornada de trabajo.

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

El salario mínimo siempre debe pagarse en efectivo sin descuento de ninguna especie, salvo lo dispuesto por el artículo 97 (52).

La institución del salario mínimo obedece a que, con las posibilidades de trabajo de un trabajador que son -como ya hemos visto- una jornada de ocho horas, tenga una retribución que le baste para vivir dignamente.

CAPITULO III**EL PROFESIONISTA INDEPENDIENTE**

3.1 EL PROFESIONISTA INDEPENDIENTE

¿Qué es un profesionalista independiente? A primera vista, podría decirse que es aquella persona que ha recibido un título debidamente legitimado, y que ejerce en forma autónoma su profesión. Esto es en parte cierto, pues no hay que tener título debidamente legitimado.

Para efectos de esta tesis, vamos a agrupar a los profesionalistas independientes y a los trabajadores independientes, o autónomos, bajo el rubro de profesionalistas. Entendiéndose por ellos toda persona que conociendo a fondo una profesión, oficio o arte, laboran por su cuenta, prestando sus servicios a todas aquellas personas que lo soliciten. Es decir son industriales, cuya industria consiste en una habilidad manual, como un pintor o un artesano o una habilidad preponderantemente intelectual como un médico o un astrólogo, que ejercen su industria en provecho propio, y sin estar bajo las órdenes o dirección de alguien. Realizando su industria con sus propios medios y por ellos mismos, o ayudados de sus aprendices o pasantes, y comercializando ellos mismos su producto.

De las anteriores definiciones podemos deducir lo siguiente: Uno es una persona física y sus ayudantes o pasantes y aprendices quienes realizan la actividad. Esta actividad material-intelectual, requiere de una muy especial y específica habilidad y conocimiento. Realiza la actividad en interés y en beneficio propio,

es decir el producto o beneficio de su labor la va a recibir directamente él.

La labor que va a realizar la realiza en una forma autónoma, es decir, sin obedecer órdenes de alguien, sin obligación de una jornada específica. Y por último aunque se remunera esta labor con un pago que se conoce como honorario, puede o no exigir el pago que por otra parte él mismo fija en base a su mérito y fama, dejando a los demás el problema de aceptarlo o rechazarlo. Resumiendo, tenemos que los elementos del profesionalista son:

- 1) Persona física que puede ser ayudada.
- 2) Una habilidad y conocimiento especial.
- 3) Un trabajo en beneficio propio.
- 4) Realizado en forma autónoma.
- 5) Remunerado por un honorario o un precio.

3.2 CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS

A diferencia y en contraposición de el contrato de trabajo, este contrato pertenece al ámbito del derecho civil, y en él tiene plena validez la autonomía de la voluntad. Es decir, en un contrato de prestación de servicios en el cual las partes pueden estipular cualesquiera disposiciones que imaginen, siempre y cuando sean lícitas o no contravenga la ley y las buenas costumbres.

Ha habido muchas especulaciones con respecto a la naturaleza

del contrato de prestación de servicios. Deveal cree que son principalmente, contratos de mandato en algunos casos y en otros contratos de arrendamiento de servicios o de locación de obra; esta clasificación es correcta, pero creemos, sin embargo, que los contratos de prestación de servicios pueden tener mil peculiaridades y ser en una gran cantidad de casos contratos inominados. Este tipo de contrato obedece por ende todas las reglas de los contratos civiles, y aunque éste no es el lugar indicado para hacer un análisis de los contratos civiles, cabe hacer notar que en éstos el incumplimiento o la nulidad, producen en lugar de una indemnización, la realización forzosa de lo contratado, o el pago de daños y perjuicios.

3.3 REALIZACION DEL OFICIO, PROFESION O ARTE

La realización de la actividad profesional o artística, tiene una característica predominante, o más bien dos, aunque derivan una de la otra en forma muy directa y a saber son: para realizar la actividad, se requiere de una habilidad o de un conocimiento o de conocimientos y habilidad muy especial, y dos, ese conocimiento y habilidad son muy particulares y tienen un sello indisoluble de la persona que lo realiza. Trataremos de explicar lo anterior con un ejemplo.

Una persona necesita para ser un artesano, un abogado, un médico y en general un profesionista o hombre de oficio, primero una educación relativamente larga y especializada, después un

período largo de práctica y perfeccionamiento y después y debido a lo diferentes que somos, un hombre de otro, el desarrollo de un estilo o modo particular cuando se perfecciona la formación; además de lo anterior, un profesionista crea alrededor de su persona una imagen con sus defectos y sus cualidades que a lo largo de su vida profesional, van a ser su publicidad y su capacidad de comerciar. Así cuando hablamos de un profesionista, comenzamos por decir: donde estudió y sus calificaciones y luego donde trabajó, donde está instalado y sus cualidades personales, ejemplo una gente honrada, competente, puntual y responsable, y la suma de todos estos elementos un tanto cuanto subjetivos, son los que van a determinar la valía social y profesional del, valga la redundancia, profesionista.

Y en este marco, nos encontramos de pronto con que dos hombres de la misma edad, con estudios similares, cobran totalmente diferente por realizar un mismo trabajo, para ejemplificar más claramente, una línea trazada por Picasso y que puede imitar cualquier muchacho de quince años, tiene más valía, que cuadros mil veces más elaborados de un principiante. ¿Creatividad, originalidad, carácter? Lo cierto es que al profesionista o trabajador autónomo se le valga por su persona, siendo insustituible, aún cuando él delegue el trabajo y sólo lo revise y termine.

Resumiendo la realización de la actividad profesional, requiere de una capacidad, estilo y habilidad personalísimos.

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

Visto lo anterior, debemos pasar a otros aspectos de la realización de la actividad profesional. Existen dos formas básicas de realizar la actividad profesional, una por gusto o iniciativa propia, como sería el caso de un pintor que pinta lo que le antoja y luego lo vende, o dos, el que desarrolla el arte o profesión por encargo de alguna persona, como sería el caso de un abogado que tramitara algún asunto judicial por encargo o el caso del mismo pintor, a quien se le encomienda un retrato, o algún motivo. Lo determinante en estos dos casos, es que el profesionista se beneficia en forma totalmente particular de su trabajo, y en muchos casos del trabajo de otros que le ayudan y que son sus empleados, aprendices, pasantes, etc. Lo que destaca aquí en forma inmediata es que el profesionista es un empresario, no importa que su empresa sean su propia persona y sus conocimientos y habilidad, aún cuando pequeña o personal, la empresa del profesionista se perfecciona en todos los aspectos, no recibe un salario regular, las percepciones que recibe son aleatorias, está expuesto siempre al riesgo de ganar o perder; este riesgo y este pleno aprovechamiento del producto de su trabajo son principalmente los caracteres distintivos de la prestación de servicios profesionales.

En contra de lo que antecede, se pueden alegar varios argumentos, que muchas personas trabajan por encargo o por iguala y que de ese modo no hay riesgo ni empresa, sino trabajo asalariado. Esto es falso, en primer término, hay gentes que trabajan, casi siempre por encargos, la diferencia con el asalariado, es que el profesionista fija el precio y la forma de pago que puede

ser cualquiera, ya que no tiene reglas, en segundo las iguales, son cantidades, generalmente pequeñas que obligan a prestar una cierta asesoría, son también fijadas por el profesionista, y algo muy importante, no existe subordinación en alguno de los dos casos, debido en parte a la pluralidad de sus clientes, pero de manera preponderante a que la iguala o el encargo no implican una necesidad de estar a la disposición continua del cliente o durante una jornada determinada, y más importante aún, no se trata de imprimir características determinadas a la actividad, pues se paga al profesionista independiente, al reconocersele mérito en su materia para que desarrolle su genio.

Una vez establecido que las cualidades que posee el profesionista son personalísimas, es interesante plantearse si por ello la actividad que realice debe ser por fuerza personal, y de ser así qué papel juegan los aprendices. Si bien es cierto que se contrata a un profesionista por sus características personales, también es cierto que dentro de su autonomía se acostumbra y se permite que delegue cierta parte de su actividad. Así no se espera que un abogado conteste una demanda, haga el escrito a máquina, acuda a todas las audiencias y vigile diario el expediente, pues existen secretarías y pasantes que ayudan y aligeran la labor del profesionista.

En el capítulo que dedicamos a los trabajadores, al estudiar la forma de realización de su trabajo, y las enumeramos someramente de la siguiente forma: El trabajador debía realizar el

trabajo con eficiencia, productividad, buenas costumbres, fidelidad, higiene, seguridad, diligencia y puntualidad. Al compararse estas características de la labor del trabajador con la actividad profesional, se advierte una gran diferencia, mientras que la eficiencia y buenas costumbres, son obligatorias para todos los trabajadores, para los profesionistas se les busca porque en lo particular poseen ciertas características o ninguna de ellas en la realización de su actividad. Dicho de otra manera, es difícil ponderar la eficiencia de un pintor surrealista o las buenas costumbres de un tenista o la fidelidad de un astrónomo, es decir, no importa, fundamentalmente, la manera en que el profesionista desarrolle su actividad.

3.4 LA AUTONOMIA DEL PROFESIONISTA

Autonomía: La autonomía, la libertad, son elementos que en la actividad profesional, van íntimamente ligados al riesgo y al provecho económico. ¿Por qué? Veamos para comenzar, en qué consiste la autonomía. Ella es una facultad que permite a una persona ejercer su voluntad, sin subordinación a otra voluntad, es hacer lo que se quiere hacer. Es no estar sujeto a voluntad alguna.

Como elemento de la actividad profesional, da la potestad de elegir, es decir, las opciones son parte del mundo de los profesionistas, y existen opciones de toda especie, desde arriesgadas y productivas hasta seguras y apenas rentables y en este contexto

debe el profesionista desarrollar su profesión y comercializar el producto por él mismo, el profesionista es un ente autónomo, una empresa personificada en un individuo.

Aquí cabe mencionar, al menos en forma somera, a los "profesionistas" que no son autónomos, y a los que para evitar confusiones en el lenguaje, denominaremos trabajadores calificados. Para estas gentes con conocimientos y habilidad, pero sin originalidad, una superioridad o en algunos casos una falta de arrojo o temeridad, deciden subordinar sus servicios y ponerse a las órdenes de algún empresario, a cambio de la seguridad y comodidad que da un salario fijo, para ellos esa opción elimina las demás. La libertad se esfuma en una opción única, a la que quedan ligados. En algunos casos no tienen que estar subordinados en la realización de su arte o trabajo, otras veces sí, pero en su actividad externa de trabajo, sí lo están. ¿Qué diferencia de estos trabajadores calificados a los profesionistas autónomos? Es un afán de riesgo, de aventura, de libertad, de lucro, de progreso. Mientras uno vive seguro y cómodo con un salario, el otro vive en forma riesgosa con cuantos honorarios o precios pueda conseguir, uno es un empleado, el otro un comerciante, un empresario libre.

Ahora bien, el profesionista autónomo tiene todas las libertades posibles, la de aceptar o rechazar cualquier proyecto o empresa, sin otra consecuencia que tener o dejar un cliente, ¿pero cuando tiene un cliente, existe alguna subordinación hacia él? Creemos que no, la relación entre un cliente y un profesionista

como ya lo hemos mencionado antes, es una relación de cooperación y no de subordinación.

Y la cooperación al contrario de la subordinación, no es una relación jerárquica de dependencia, sino una relación, en la que en un plan de igualdad, las partes ayudan para la consecución de un fin que tiene interés para ambas partes, y donde la cooperación es necesaria.

Ahora bien, ya que hemos visto que el profesionalista es autónomo porque no subordina su actividad, porque vive en un mundo de opciones donde tiene libertad de elegir, y porque aparte de realizar su arte él mismo lo comercializa. Conviene percatarse de que es autónomo, porque se basta y cuida a sí mismo, es decir es responsable de sí mismo, no está protegido.

Como todos sabemos, los trabajadores y obreros después de años de explotación y a raíz de una revolución, conquistaron para ellos ciertos derechos y protecciones, ejemplo, la jornada de trabajo de ocho horas y las horas extras a doble salario, este logro tendiente a proteger la explotación de los obreros y provecho del patrón, no reza con los profesionalistas, pues para ellos entre más trabajo, más ingreso, y no hay más jornada que la que él decida. A qué se debe esto? A que, mientras que del trabajo del obrero se aprovecha el patrón, del trabajo del profesionalista se aprovecha él mismo, Únicamente y así la duración de su jornada será de acuerdo al reloj de su ambición.

Aunque aparte de estos logros, en los que naturalmente, caen aparte de la jornada, los días de descanso obligatorios, los pagos dobles y triples de horas extras, etc., también existen un número de protecciones, como son por ejemplo, el Seguro Social, el Infonavit, la prima de antigüedad, la indemnización por despido, y en fin todas aquellas disposiciones legales que tienden a hacer seguro el trabajo asalariado. Esta protecciones no se dan en el caso del profesionista independiente, pues mientras que los trabajadores dependen de la empresa, los profesionistas son la empresa, y no dependen de alguien y se les entiende capacitados para bastarse y protegerse a sí mismos. Alguna persona ha llegado a sugerir que la protección de los profesionistas esté a cargo de sus clientes, idea absurda que eliminaría la libertad de elección y rechazo de clientes del profesionista, sería tonto como proponer que los clientes de una tienda de abarrotes le pagarán al abarrotero el Infonavit y el Seguro, idea muy absurda que haría depender a un comerciante de clientes.

Además de lo anterior, existen para los trabajadores y los profesionistas distintas responsabilidades, y así, mientras que para los trabajadores su responsabilidad es para con el patrón, para los profesionistas su responsabilidad es para consigo mismos, y esta diferencia que a primeras luces no nos parece tan importante se llega a ver reflejada, aún en el pago de impuestos, pues mientras que a uno, el empleado, le retienen los impuestos que debe pagar por su salario, quitándole así obligaciones y responsabilidades, al profesionista independiente se le entiende

suficientemente responsable como para que el mismo entere sus ingresos y pague sus impuestos.

3.5 EL HONORARIO

Honorario: El honorario o los honorarios y el precio, son las retribuciones que los profesionistas reciben por la actividad que desarrollan, como ya se ha dicho en otra parte de este trabajo, el honorario proviene del latín, y era un legado que hacían en su testamento las personas a los abogados que los habían ayudado en vida, pues en la antigua Roma, nos se cobraba dinero alguno por defender a una persona y esta palabra que derivada de honrar, representaba un legado testamentario, pasó a ser utilizada para denominar las retribuciones que sí cobran hoy abogados, médicos, artistas, etc., por el desarrollo de su arte.

Del honorario, su elemento más importante es el por qué de su monto. Como ya vimos anteriormente en el rubro de salario, éste se fija para poder cubrir las necesidades de los trabajadores, pero en el honorario la filosofía que se utiliza es totalmente diferente. Aquí sí rige la ley de la calidad y la oferta y la demanda, en el elemento del profesionista independiente no influyen elementos de consideración social. Para el profesionista cuenta básicamente su prestigio, sus cualidades personales, su habilidad y en base a esos ponderables fija los honorarios que han de pagarle quienes soliciten sus servicios. Y aquí no existen mínimos y máximos, sino fama y grado de dificultad.

Para el honorario, las únicas disposiciones legales que existen son las fiscales que imponen la manifestación del I.V.A., pero respecto de forma de pago o cualquier otra modalidad, más bien parecen contradecir que coincidir con las normas fijadas para el salario por la Ley Federal del Trabajo, y para mostrarlo, basta con recordar el artículo que obliga a los patrones a pagar semanal o quincenalmente y compararlo con la forma en que se paga a los profesionistas que puede ser por adelantado, por mensualidades, en determinada fecha, al gusto del cliente o a la conclusión de un asunto o gestión, los profesionistas no tienen reglas para el cobro de sus honorarios, ni tiempos, ni modo específico que aplicar, aquí reina la voluntad de las parte y más específicamente la voluntad del profesionista.

Otro artículo que claramente enuncia que a trabajo igual salario igual, parece también encontrar su contraparte en los honorarios y en el desempeño de las profesiones, pues aquí es el nombre y no el trabajo lo que realmente cuenta, aunque la calidad del trabajo y el prestigio del hombre son general y directamente proporcionales.

Como comentario, los clientes de los profesionistas, no tienen la obligación de pagarle un aguinaldo y algo importante, la forma en que se haga el pago, es decir en dinero, en especie o en gratitud, es plenamente aceptable por el profesionista, para ser más claros; el profesionista, al contrario del trabajador, sí

puede renunciar válidamente al derecho a retribución, mientras que el trabajador no.

Otra consideración que ha despertado ciertas dudas es la de si la iguala es un salario, o forma parte de la figura del honorario; dado que la iguala es una cantidad fija y pagadera cada determinado tiempo, se ha llegado a pensar que constituye un salario y que debe tener repercusiones similares a las del salario. Esto no lo creemos nosotros lógico, pues la iguala es una especie de seguro de honorarios, debido a que los honorarios de algunos profesionistas pueden alcanzar cantidades considerables, la iguala es una forma de pagar siempre a cambio de servicios eventuales, algo así como un seguro de accidentes, es la prevención de una asesoría ocasional, y es común y natural que una persona cobre varias igualas y reparta su tiempo entre sus diferentes clientes, no siendo por ésto de ninguna manera, trabajador alguno.

CAPITULO IV**JURISPRUDENCIA**

4.1 JURISPRUDENCIA

Creo que tiene una grande importancia, dentro de este trabajo, conocer y comentar algunas tesis y algunas jurisprudencias que han sustentado los tribunales colegiados y la Suprema Corte de Justicia. Lo más importante de las tesis que se van a revisar es, creo yo, el reflejo que nos proporciona de la evolución que el concepto de Relación de Trabajo ha tenido, y la disparidad con que ha evolucionado.

Las tesis que a continuación transcribimos y comentamos, y que a veces nos parecen contradictorias, son los primeros pasos para que, en un futuro, la Ley del Trabajo defina y regule el Contrato de Servicios Profesionales.

A continuación transcribimos una tesis que creemos de interés para el presente trabajo:

PROFESIONISTAS, CONVENIO DE PRESTACION DE SERVICIOS DE -
 LOS. EXCLUYE LA RELACION OBRERO PATRONAL.- Demostrado -
 que entre actor y demandado no existió un contrato labo-
 ral, que se evidencia cuando una persona se obliga a --
 prestar a otra un trabajo personal subordinado, mediante
 el pago de un salario; y que, por el contrario, está vi-
 gente un contrato de prestación de servicios profesiona-
 les entre los litigantes, que excluye la relación de di-
rección y dependencia en que el trabajador se encuentra
frente al patrón, resulta inadecuada la vía laboral para
 que el actor haga valer sus pretensiones; por tanto, el
 laudo que así lo resuelve no viola sus garantías indivi-
 duales.

Amparo directo 45/1971. Armando Arceo Mendoza. Sep---
 tiembre 20 de 1972. Unanimidad de votos. Ponente: Magis-
 tra do Antonio Saloma Portal.

Tribunal Colegiado del DECIMO Circuito (Villahermosa).

TRIBUNALES COLEGIADOS Séptima Epoca, Volumen 45, Sexta parte, Pág. 53

TRIBUNALES COLEGIADOS Informe 1972 TERCERA PARTE, Décimo Circuito, Pág. 52, con el título: "EL CONVENIO DE PRESTACION DE SERVICIOS PROFESIONALES EXCLUYE LA RELACION OBRERO-PATRONAL".

Amparo directo 1039/1972. Jorge Octavio Cantú Rosales. Mayo 14 de 1973. Ponente: Magistrado Rafael Pérez Miravete.

Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del PRIMER Circuito.

TRIBUNALES COLEGIADOS Séptima Epoca, Volumen 53, Sexta Parte, Pág. 33. (53).

TRIBUNALES COLEGIADOS Informe 1973, TERCERA PARTE, De Trabajo Primer Circuito, Pág. 15.

Como se puede ver, la tesis anterior se basa, para tipificar una prestación de servicios profesionales, en el hecho de que en dicha relación se excluye la dirección y la dependencia. Por lo que toca a la dirección, no precisa de qué tipo, y nos parece extraño que haga mención de ella, pues en estos días los trabajadores autónomos, entendiéndose por ello a los que siendo empleados, no tienen una dirección ni técnica ni jurídica, está siendo generalmente aceptada, mientras que la dependencia aquí parece sugerir otras fuentes de ingresos, característica que por sí sola no basta para encuadrar una prestación de servicios profesionales, pero que dentro de un caso particular puede incidir decisivamente.

53 Jurisprudencia, Precedentes y Tesis Sobresalientes sustentadas por los Tribunales Colegiados de Circuito, Tomo I Laboral, Pág. 242, Ediciones Mayo, México, D.F., 1977.

A continuación citaremos otra tesis que basada en los mismos elementos, nos ejemplifica un poco mejor las circunstancias del caso específico pues se trata de propineros en las gasolineras.

PROPINAS, PERSONAS QUE SIRVEN A CAMBIO DE. NO SON SUJETOS DE RELACION LABORAL (GASOLINERAS).- Si un sindicato solicita de uno de los patrones con los que tiene celebrado contrato colectivo de trabajo, que permita a varias personas asistir al centro de trabajo, sin sujeción a horario u obligación alguna para con las labores a que se desarrollan en la propia negociación, sino para recibir a cambio de sus servicios las propinas de la clientela y el aludido patrón lo concede, cabe estimar que dichas personas no estuvieron bajo la dirección y dependencia del referido patrón y que, en consecuencia no existe relación laboral entre ellos.

Amparo directo 549/1966. Vicente Arteaga Trejo. Febrero 8 de 1967. Ponente: Mtro. Angel Carvajal.

Tesis que ha sentado precedente:

Amparo directo 9956/1965. Francisco Mercand Rojas y - Rafael Pascual Zola. Octubre 24 de 1966. Unanimidad 5 votos. Ponente: Mtro. Ma. Cristina Salmorán de Tamayo.

4a. SALA.- Informe 1967, Pág. 30. (54).

Como se puede observar en la tesis anterior, lo único que se hace valer es la falta de dirección y dependencia, cosa que no nos parece extraña pues estimamos que en el caso que se comenta, es más importante la falta de contratación, la falta de salario y la absoluta falta de subordinación, que a nuestra manera de ver son las circunstancias particulares que realmente determinan la

54 Jurisprudencia y Tesis Sobresalientes 1966-1970. Actualización II laboral, sustentadas por la 4a. Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, pág. 168. Ediciones Mayo. México, D.F., 1968.

falta de relación laboral. Por estas fechas, 1966, 1977, comienza a pesar más el elemento de subordinación y así vemos la tesis que sigue a la subordinación unida a la dirección y dependencia.

PRESTACION DE SERVICIOS, CUANDO NO CONSTITUYE UNA RELACION LABORAL.- La simple prestación de servicios, conforme a una retribución específica, no constituye por sí sola una relación de trabajo, en tanto que no exista el vínculo de subordinación denominado en la ley con los -- conceptos de dirección y dependencia, según el artículo 17 de la Ley Federal del Trabajo.

Amparo directo 2624/66. Holger Miller. Junio 5 de 1967. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Mtro. Angel Carvajal.

4a. SALA.- Sexta Epoca.- Volumen CXXX, Quinta Parte, -- Pág. 24. (55)

La anterior tesis, realmente no merece mayor comentario, salvo que es el comienzo de la subordinación como elemento determinante de la relación de trabajo.

Sin embargo, se ha intentado que la subordinación no sea otra cosa, sino un elemento que se deriva de la dependencia. Aunque en la mayoría de los casos, la dependencia se entiende como meramente económica, sin embargo y por excepción la dependencia puede traducirse por subordinación. Hecho esto que resulta curioso, pues depender, significa necesitar algo en forma esencial, mientras que el estar subordinado implica una obligación de acep-

55 Jurisprudencia y Tesis Sobresalientes 1966 1970.
Actualización II laboral. Ob. cit., Pág. 168.

tar órdenes; en la tesis que enseguida transcribimos, podemos notar una confusión entre los términos subordinación y dependencia que nace creo yo, de la tradición de lustros de la dirección y dependencia y su encuentro con la flamante subordinación:

PROFESIONISTAS. CONTRATO DE TRABAJO DE LOS.- Para estimar que el profesionista es un verdadero asalariado y su trabajo está comprendido dentro de lo dispuesto por el artículo 17 de la Ley Federal del Trabajo anterior a la vigente, no basta que al ejercer su profesión trabaje, sino que su trabajo profesional lo desempeñe como empleado, por un sueldo o salario, atento a lo establecido por el numeral indicado, que establece como elementos característicos del contrato individual de trabajo la dirección y dependencia entendiéndose por dirección la facultad del patrón para disponer la realización del trabajo contratado, conforme a sus fines, y por dependencia, la subordinación a la decisión del mando del patrón, así -- como la obligación de obediencia del trabajador en relación con el trabajo contratado, circunstancias que no se acreditan cuando el profesionista es contratado mediante un contrato de prestación de servicios profesionales a iguala, los servicios que presta son de carácter profesional, quedando la dirección bajo su responsabilidad, -- su labor no se sujeta a horario fijo, se presenta a las oficinas de la empresa a cualquier hora, pudiendo desempeñar su trabajo en domicilio particular y, además, queda en libertad para ejercer su profesión.

Amparo directo 8108/1964. Plinio Medina Pérez. Diciembre 4 de 1970. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Mtro. Raúl Castellano.

SALA AUXILIAR Séptima Epoca, Volumen 24, Séptima Parte. (56)

Cabe comentar aquí, además, que el juzgador da a entender

56 Jurisprudencia y Tesis Sobresalientes 1971-1973. Actualización III laboral. Sustentadas por la 4a. Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Pág. 458. Ediciones Mayo. México, 1975.

que no existe subordinación, porque una labor no está sujeta a horario determinado y que se puede desempeñar en un domicilio particular, circunstancias ambas que aunque no presuponen por sí la falta de subordinación, sí pueden influir determinadamente en un caso particular.

Es posiblemente la más atinada de las tesis que comentaremos, la que a continuación se transcribe, y la razón de su tino, creo yo que es un sentido común incomparable y una apreciación muy clara de la realidad.

PROFESIONISTA(S). RELACION LABORAL Y CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS.- Existen circunstancias en que la -- prestación de servicios de un profesional puede configurar la existencia de un contrato de trabajo de los previstos por la Ley de la materia, aunque éste es el caso de excepción y no la regla general y son las condiciones especiales en que se presta el servicio, las que determinan si se trata de una relación de trabajo o de una simple prestación de servicios por un profesional. De modo que si bien sería un error excluir de las disposiciones de la Ley Federal del Trabajo a un profesionista por el solo hecho de serlo, también lo sería el incluirlo en todos los casos entre los beneficiados por la propia legislación. Así, para que un profesionista pueda aspirar a que sus relaciones con la empresa a la que presta servicios sean tuteladas por la Ley Federal del Trabajo, debe probar, ante la respectiva negativa del patrón, los elementos de la relación laboral.

Amparo directo 857/1971. Alejandro Orozco Tapia. Octubre 15 de 1971. 5 votos. Ponente: Mtra. María Cristina Salmorán de Tamayo.

4a. SALA Séptima Epoca, Volumen 34, Quinta Parte, Pág. 17. (57)

En mi opinión, lo atinado de lo anterior, es que no sujeta a la Relación de Trabajo a elementos a veces indefinibles, sino que propone estudiar las condiciones especiales en que se presta un servicio para determinar si se labora como profesionista o como empleado, siempre estudiando los casos en una forma particular, con todos los elementos y las características de la prestación del servicio y sin sujetarlo a que tal o cual cosa suponen subordinación, dependencia o dirección.

Existen casos en que parece que es muy clara la falta de relación laboral, sin embargo aún en estos casos han surgido inquietudes, tal es el caso de la tesis que comentamos en seguida.

RELACION DE TRABAJO. EXIGE LA SUBORDINACION DEL TRABAJADOR AL PATRON.- No hay relación de trabajo entre la persona que tiene instalado un taller de servicios a disposición del público y la que aprovecha esos servicios, -- aún cuando se presten directamente por aquélla, pues falta la subordinación de una hacia otra, que es característica de la relación laboral.

Amparo directo 3929/1971. Eleuterio Sánchez Jaramillo. Febrero 4 de 1972. 5 votos. Ponente: Mtro. Salvador Mondragón Guerra.

4a. SALA Informe 1972, Pág. 37. (58)

En la anterior tesis, creo que más conveniente que observar el por qué no es una relación laboral, es más interesante el observar el por qué es una prestación de servicio profesional, ya

que éste es, por así decirlo, el caso típico donde no se da la relación de trabajo. El punto esencial que aquí se puede encontrar, es que el que obtiene un lucro es el dueño del taller y sólo obtiene un servicio el que lo contrata, característica indispensable de la prestación de servicios profesionales, y además las condiciones y el precio las fija el que labora y no el que contrata el servicio, y en apoyo a lo anterior el servicio que se presta es público, es decir, se ofrece a quien quiera contratarlo, pudiendo trabajar para muchos o sólo uno, como prefiera el profesionalista y requiera el mercado.

Las anteriores características particulares del caso, son en mi opinión más importantes que cualquier falta de elemento de la relación laboral, que no es tan clara. Verbigracia en el ejemplo anterior, el dueño del taller, podría arguir que el que recibió el contrato le ordenó qué hacer, cómo y cuando hacerlo, pues si se tratara de un taller de albañilería, nada le impide al que recibe el servicio decir (ordenar) que se haga una fosa de concreto, con tales dimensiones y características en tales días (sábado y domingo), pues así es como a él le conviene y no por ello cambia la naturaleza de la relación de prestación de servicios profesionales.

Para poder apreciar la importancia del factor económico en la determinación de la relación laboral o profesional, veamos esta tesis:

DEPENDENCIA ECONOMICA.- No es necesaria la dependencia económica absoluta para que exista la relación obrero-patronal.

Amparo directo 2072/1963. Comercial Fuentes. Enero 17 de 1964. 5 votos. Ponente: Mtro. Ma. Cristina Salmorán de Tamayo.

4a. SALA.- Sexta Epoca, Volumen LXXIX, Quinta Parte, -- Pág. 12. (59).

Como se puede observar en la tesis anterior, el factor económico se identifica con la dependencia, es decir la dependencia económica a un patrón, pero en realidad la importancia del factor económico depende de si el "patrón" por el salario que paga obtiene un lucro sobre la labor del trabajador, o si sólo recibe un servicio, o si por el contrario, correlativo de lo anterior el trabajador obtiene un lucro al fijar el costo del servicio.

La Suprema Corte trató de definir las características del contrato de trabajo de los profesionistas:

PROFESIONISTAS, CARACTERISTICAS DEL CONTRATO DE TRABAJO DE LOS.- Para que exista la relación laboral, no es necesario que quien presta sus servicios dedique todo su tiempo al patrón ni que dependa económicamente de él. -- El verdadero criterio que debe servir para dilucidar una cuestión como la presente es el concepto de subordinación jurídica establecida entre el patrono y el trabajador, a cuya virtud aquél se encuentra en todo momento en posibilidad de disponer del trabajo, sino que basta la posibilidad de disponer de la fuerza de trabajo, según -

59 Jurisprudencia 1917-1965 y Tesis Sobresalientes 1955-1965. Actualización I laboral, sustentadas por la 4a. Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. MAYO Ediciones. México, 1968, Pág. 204.

convenga a sus propios fines. Así pues, no se requiere la utilización efectiva de la energía y de la fuerza de trabajo. Correlativo a este poder jurídico es el deber de obediencia del trabajador a las órdenes del patrón. - La facultad de mando presenta un doble aspecto: jurídico y real. En cuanto al primero, el patrón está siempre en aptitud de imponer su voluntad al trabajador y éste está obligado a obedecer acomodando su actividad a esa voluntad. En cuanto al segundo, debe tomarse en cuenta que, precisamente porque los conocimientos del patrón no son universales, existe la necesidad de confiar numerosas fases del trabajo a la iniciativa propia del trabajador, - siendo más amplia esta necesidad cuando se trata de un término de tal manera que la dirección del patrón puede ir de un máximo a un mínimo. Por consiguiente, para determinar si existe relación de trabajo, debe atenderse - menos a la dirección real que a la posibilidad jurídica de que esa dirección se actualice a través de la imposición de la voluntad patronal.

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 desarrollo 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 u honorario mensual, cualquiera que sea la intensidad, calidad e importancia económica o monetaria del trabajo desarrollado, el profesionalista 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.

Amparo directo 3339/1964. Marcelo de la Cueva y Foucade. Febrero 10. de 1965. Unanimidad 4 votos. Ponente: Mtro. Manuel Yáñez Ruiz.

4a. SALA.- Sexta Epoca, Volumen XCII, Quinta Parte, Págs. 33. (60).

Y visto el intento hecho por la Corte, no estamos de acuerdo con ella, ya que aunque admitimos que para que se configure la relación de trabajo, el patrón debe poder disponer y disponer efectivamente de la fuente de trabajo, la sola posibilidad de disponer del trabajo de una persona, no basta para configurar la figura de relación laboral. Ejemplo: cualquier persona puede acudir a un taller de tapicería y obtener los servicios del tapicero para forrar determinado mueble, por lo que cualquiera "puede" disponer del trabajo del tapicero, pero no cualquiera es patrón del tapicero, él es su propio patrón.

Para terminar, conviene ver la jurisprudencia que sobre los profesionistas ha emitido la Suprema Corte, a continuación cito las dos tesis jurisprudenciales que al respecto encontré.

PROFESIONISTAS, CUANDO SON SUJETOS DE DERECHO OBRERO.--

Si se comprueba que un profesionista presta sus servicios por honorarios mensuales convenidos y conforme a las instrucciones y orientación del director del establecimiento, con un sueldo o salario fijo, o sea, bajo su dependencia económica, se reúnen todos y cada uno de los requisitos que la Constitución General requiere para que haya un verdadero contrato de trabajo.

		Págs.
Tomo XXI	García J. Cristóbal	671
Tomo XLIII	Gómez Ochoa y Cía.	213
Tomo XLIV	Aragón Enrique O. y Coags.	3985
Tomo XLVI	Sindicato de Ferrocarrileros de la República Mexicana	1275
	Cía. Liquidadora de Tranvías, S.A., Liq. Jud. de San Luis Potosí	2373
JURISPRUDENCIA 824, Compilación de fallos de 1917 a 1954 (apéndice al Tomo CXVIII), Pág. 1502.		

PROFESIONISTAS, TRABAJO DE LOS.- El trabajo objeto de la protección legislativa, fue el asalariado, el sujeto a jornal o a sueldo, pero no el profesional, cuando no se preste en ejercicio de un empleo; y en los debates -- del Constituyente se declaró de modo categórico, que en el artículo 123 no quedó comprendido ni el trabajo de -- los abogados, ni el de los médicos, ni el de los farmacéuticos, ni, en general, el trabajo de las otras profesiones de las clases elevadas, que deben regirse por -- otra ley. La prestación de servicios profesionales, en general, no está incluida en el artículo 123 constitucional; pero también sin duda alguna, los profesionistas -- pueden celebrar y de hecho celebran en muchos casos, un contrato de trabajo, como cuando entran al servicio de -- una empresa, o de un particular como empleados; entonces el profesionista es un verdadero asalariado, y su trabajo está comprendido dentro de lo dispuesto por el tan repetido precepto, pero no por el hecho de que al ejercer su profesión trabaje, sino porque su trabajo profesional lo desempeña, como empleado, por un sueldo o salario.

Págs.

Tomo XXI	García J. Cristóbal	671
	Collado Jacinto	1223
Tomo XXII	Hernández Manuel P.	178
Tomo XXV	Moreno Sánchez Francisco	2257
Tomo XXVII	"Hospital Luisa Martínez"	1859

JURISPRUDENCIA 826, Compilación de fallos de 1917 a 1954 (apéndice al tomo CXVIII), Pág. 1504. (61).

La jurisprudencia que ha emitido la Suprema Corte es todavía algo oscura, pienso, para saber cuando se está ante un trabajador y un profesionista independiente. Todavía el concepto de subordinación es muy alto y muy difícil de diferenciar una orden o una indicación. Una opinión personal, es que para poder saber de qué situación se trata, se debe atender a las particularidades del caso específico como son: si había despacho o taller propio,

un número abundante y variable de clientes, ayudantes a su servicio que fueran empleados directos del profesionista, libertad de acción, beneficio directo económico, etc. Por lo que deben tomarse en cuenta estos elementos, para redefinir el contrato o la relación de servicios profesionales.

CAPITULO V**CONCLUSIONES**

5.1 CONCLUSIONES

Del todo de la presente tesis, podemos concluir varias cosas; una de ellas, posiblemente la más importante, y que menos relación tiene con el tema general, es que ha evolucionado la naturaleza humana, en el sentido de concederle cada vez más y más importancia, dignidad y respeto al hombre como individuo. Y vemos como se avanza de la esclavitud del hombre, hasta el actual derecho del trabajo, que protege no sólo las condiciones de trabajo, sino las condiciones de vida del trabajador al establecer salarios mínimos para asegurar su digna subsistencia.

Esta evolución en la apreciación del hombre, nos da en esta época de crisis, una esperanza para la solución de los problemas de la Humanidad, y nos permite soñar en un futuro próximo donde los hombres traten a los demás hombres y las naciones a las demás naciones, con bases de justicia, equidad, respeto y honestidad.

5.2 LOS TRABAJADORES

Por lo que se refiere a los trabajadores sujetos a la protección o tutela de la Ley Federal del Trabajo, podemos concluir lo siguiente:

La relación de trabajo, es de origen contractual y está fundada en el Derecho General, por lo tanto debe obedecer a los principios generales del Derecho.

Existen cuatro elementos esenciales de la relación laboral, que a saber son:

- 1) Acuerdo de voluntades;
- 2) Realización de un servicio en forma personal;
- 3) Subordinación a las órdenes de un patrón;
- 4) Salario

Estando presentes estos cuatro elementos en una relación jurídica, ésta deberá someterse a la aplicación del Derecho del Trabajo en forma imperativa y no potestativa. Es decir, habrá contrato de trabajo siempre que uno se encuentre al servicio personal de otro, trabajando a las órdenes, por cuenta y beneficio de él, sin correr los riesgos de la explotación ni participar en el provecho resultante de su propia actividad, sino estando sujeto a un salario.

Atendiendo a los elementos esenciales de la relación de trabajo, podemos concluir:

1. Acuerdo de Voluntades

Debe existir forzosamente la voluntad de ambas partes al celebrarse un contrato de trabajo, pues por una parte no se puede obligar a un trabajador a trabajar para alguien, como no se puede obligar a un patrón a contratar a alguien.

2. Realización de un Servicio en Forma Personal

El trabajador debe realizar el servicio en forma personal, y no puede ser substituido en el desempeño de su trabajo, debido a que las protecciones para los trabajadores (Seguridad Social, Infonavit, Prima de Antigüedad, etc.) son personalísimas. Además, si hubiere personas que le ayudaren en el desempeño del servicio, éstas serían empleados suyos, y sería más bien una pequeña empresa que un trabajador. Asimismo, la realización del servicio no puede ser una relación que implique dar o no hacer.

3. La Subordinación a las Ordenes de un Patrón

Este elemento consiste en una facultad de mando, en base a una relación jerarquizada de mayor a menor, donde el patrón manda y el empleado obedece.

La extrema latitud con que se ha tratado este elemento para adaptarlo a todas las clases de relaciones laborales, ha hecho que se vuelva inexacto y confuso, y por lo mismo no sirve en forma determinante para distinguir la relación laboral.

4. Salario

El salario debe en principio ser siempre igual o superior al

mínimo que establece la Ley, y la base para fijar el salario es el tiempo en que disponemos de la energía de trabajo.

En base a lo anterior, proponemos como definición de trabajador, la siguiente:

TRABAJADOR: es aquella persona física que celebra un -- Contrato para la realización de una determinada actividad, en interés y beneficio de un tercero, en forma personal y subordinada durante cierto tiempo y a cambio de un salario.

5.3 LOS PROFESIONISTAS

Por lo que respecta a los profesionistas, o personas que no están sujetas a la aplicación forzosa del Derecho del Trabajo, podemos definirlos así:

PROFESIONISTA: Aquella persona que, conociendo a fondo una profesión, ofucio y arte, laborando por su cuenta, - realiza servicios para todas aquellas personas que lo soliciten. Son empresarios, cuya industria consiste en una habilidad manual o una habilidad preponderantemente intelectual, ejerciendo su industria en provecho propio, en forma autónoma, con sus propios medios y por ellos -- mismos o ayudados de sus aprendices o pasantes, y comercializando ellos mismos su producto.

Visto lo anterior, y sólo para oponer a los elementos esenciales de la relación de trabajo, veamos cómo funcionan diametralmente diferentes en esta figura:

1. Acuerdo de Voluntades

Este elemento funciona en forma paralela en las dos figuras, pues es indispensable la concurrencia de la voluntad de las dos partes para establecer una relación civil de prestación de servicios profesionales.

2. Realización de un Servicio

En este elemento, podemos encontrar importantes diferencias, pues mientras que el trabajador debe de realizar el trabajo en forma personal, el profesionista sólo debe supervisar el trabajo, pudiendo tener empleados a sus órdenes que lo realicen por él.

Aquí cabe destacar que el profesionista carga con todo el peso de la responsabilidad del servicio, es decir, él es el responsable absoluto del negocio que se le encomienda y es el esmero, dedicación y eficiencia que demuestre en la realización de los negocios encomendados lo que fijará su status social y determinará el monto de sus emolumentos.

3. Autonomía

Este elemento contrapuesto al de subordinación, resalta las ventajas y el orgullo del profesionista independiente. El profesionista establece con sus clientes una relación de

cooperación en la que no existen jerarquías, sino un trato de igual a igual y donde no existen órdenes y obediencias, sino cordiales indicaciones para el mejor desempeño del negocio.

4. Honorario

Este elemento reviste una muy especial importancia, pues es posiblemente donde resulta una mayor diferencia entre trabajador y profesionista, pues mientras que el trabajador recibe su salario en atención al tiempo que labora, al profesionista se le da la facultad de fijar sus honorarios por el elemento cualitativo y no cuantitativo de su trabajo.

5.4 CONCLUSIONES GENERALES

Como conclusión general, podemos obtener que para diferenciar entre un trabajador y un profesionista independiente, no podemos basarnos en uno solo de los elementos de la relación que estudiamos, sino atender a todas las características del caso específico que se presente y sumando sus elementos, y a la luz de todas las características que diferencian las dos figuras, enmarcar el caso específico en la figura que le corresponda.

BIBLIOGRAFIA

Orlando Gómez Elson Gottschalk
Curso de Derecho del Trabajo
Editorial Cárdenas. México, 1979.
Págs. 463

Jurisprudencia y Tésis Sobresalientes 1974-1975
Actualización IV laboral
Dirección: Francisco Barriveta Mayo,
Sustentadas por la 4a. Sala de la Suprema Corte
de Justicia de la Nación
Págs. 1079.

Jurisprudencia y Tésis Sobresalientes 1971-1973
Actualización III laboral
Sustentadas por la 4a. Sala de la Suprema Corte
de Justicia de la Nación
Dirección: Francisco Barriveta Mayo
Editorial Mayo. México, 1975
Págs. 666.

Jurisprudencia y Tésis Sobresalientes 1966-1970
Actualización II laboral
Sustentadas por la 4a. Sala de la Suprema Corte
de Justicia de la Nación
Dirección: Francisco Barriveta Mayo
Ediciones Mayo. México, 1968
Págs. 716.

Jurisprudencia, Precedentes y Tésis Sobresalientes
Sustentadas por los Tribunales Colegiados de Circuito
Tomos I y II laboral
Dirección: Francisco Barriveta Mayo
Ediciones Mayo. México, D.F., 1977

Jurisprudencia 1917-1965 y Tésis Sobresalientes 1955-1965
Actualización I laboral
Sustentadas por la 4a. Sala de la Suprema Corte
de Justicia de la Nación
Dirección: Francisco Barriveta Mayo
Ediciones Mayo. México, 1968
Págs. 732

Roberto Muñoz Ramón
Derecho del Trabajo, Tomo II
Editorial Porrúa. México, 1983. Primera edición
Págs. 450

Miguel Hernáiz Marquéz
Tratado Elemental de Derecho del Trabajo, Vol. I
Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1972.
11a. edición
Págs. 633

Francisco de Ferrari
Derecho del Trabajo, Vols. I y II
Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1969. 2a. edición
Tomo I, 436 págs. Tomo II, 551 págs.

Baltazar Cavazos Flores, Baltazar, Humberto, Juan Carlos
Cavazos Chena
Nueva Ley Federal del Trabajo Tematizada y Sistematizada
Editorial Trillas. México, 1984. 16a. edición
Págs. 543

CONSTITUCION POLITICA de los Estados Unidos Mexicanos
México, 1935. Ediciones Botas, expedida el 31 de
enero de 1917.
Págs. 214

Diccionario de la Lengua Española
Real Academia Española
Madrid, 1970. Editorial Espasa Calpe

G. H. Camerlynk y G. Lyon-Caen
Derecho del Trabajo
Traducción de la 5a. edición francesa por Juan M. Ramírez
Martínez. Editorial Aguilar. España, 1974.
Págs. 545

Jurisprudencia Poder Judicial de la Federación
Tesis de Ejecutorias 1917-1975. Apéndice al Semanario
Judicial de la Federación, Primera Parte
Pleno Director: Lic. José Luis Zambrano Sevilla
Ediciones Mayo. México, 1975
Págs. 481

Jurisprudencia 1917-1965 y Tesis Sobresalientes 1955-1965
Actualización I. Sustentadas por el PLENO de la Suprema
Corte de Justicia de la Nación
Dirección: Francisco Barriveta Mayo
México, 1966
Págs. 493

Jurisprudencia y Tesis Sobresalientes
Sustentadas por la Sala Laboral de la Suprema Corte
de Justicia de la Nación 1955-1963
Dirección: Francisco Barriveta Mayo
Ediciones Mayo. México, 1965
Págs. 478