

879309



UNIVERSIDAD LASALLISTA BENAVENTE

31

Lej

ESCUELA DE DERECHO
CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
CLAVE: 879309

**LAS RELACIONES OBRERO-PATRONALES
DE LOS TRABAJADORES DEL AUTOTRANSPORTE Y
SERVICIO PUBLICO DE ALQUILER**

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

TESIS

Que para obtener el título de:

LICENCIADO EN DERECHO

Presenta:

GUILLERMO MUÑOZ OLIVARES





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.

TESIS CON FALLA DE ORIGEN

I N D I C E

	Pág.
Introducción.	
CAPITULO PRIMERO	
I.-LA RELACION LABORAL U OBRERO PATRONAL.	1
1.1.Antecedentes.	2
1.2.Concepto de Relación Laboral.	8
1.3.Concepto de Trabajo.	15
1.3.1.Verbal.	42
1.3.2.Escrito.	43
1.4.Relación de trabajo entratandose de trabajos espe- ciales.	47
1.4.1.Generalidades.	58
1.4.2.Servicio Público.	59
CAPITULO SEGUNDO	
II.-RELACION CONTRACTUAL EN EL DERECHO MERCANTIL.	61
2.1.Antecedentes.	61
2.2.Contrato Mercantil.	68
2.2.1.Generalidades.	84
2.3.Asociación por participación.	93
CAPITULO TERCERO	
III.-LA CONCESION EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO.	103
3.1.Antecedentes.	110
3.2.La Concesión.	113

3.2.1.La Concesión de explotación de bienes del Estado.	117
3.2.2.La Concesión de explotación de servicios públicos.	120
3.3.Obligaciones del Concesionario.	123

CAPITULO CUARTO

IV.-EL DERECHO SOCIAL Y SU INFLUENCIA GENERICA EN EL AMBITO JURIDICO INDIVIDUALISTA.	126
4.1.Concepto, Influencia y clases de Derecho Social.	126
4.2.Influencia del Derecho Social en el Derecho Civil.	134
4.3.Influencia del Derecho Social en el Derecho Mercantil.	147
4.4.Influencia del Derecho Social en el Juicio de Amparo.	149
Conclusiones.	152
Bibliografía.	155

I N T R O D U C C I O N

Entre las novedades importantes dentro de la legislación laboral, sin duda alguna la constituyen las reformas de que ha sido objeto la actual ley Federal del Trabajo que representa al cabo un paso importante en el desarrollo de la clase trabajadora en su relación Obrero-Patronal con los titulares o propietarios de los medios de producción convirtiendo en ley de inmediato aquellas modificaciones necesarias para un mejor ajuste de la norma laboral a las condiciones políticas, económicas y sociales que influyen de manera indiscutible en el desarrollo y crecimiento de un país.

No debemos soslayar la tarea de traducir ese conjunto de normas reguladoras de toda relación laboral en un sistema que sea razonable y real, lo que indiscutiblemente queda a cargo de las diferentes autoridades laborales en su función de impartir justicia y en última instancia a la cuarta sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

A la vista de un solove problema en cierta forma desconcertante en cuanto a la condición jurídica que guarda la relación laboral entre los llamados choferes de taxi y aquellos titulares de los permisos y concesiones para la explotación del servicio público de transporte, decidí sin un ajuste exigente pero con un plan previo-elaborara el presente trabajo, que no obstante, de ir dirigido al interes público y de un sector en particular también observare por

fuerza algunas exigencias jurídicas establecidas en la actual legislación laboral en cuanto a la piedra angular reconocida como -- elemento fundamental denominado "Subordinación Jurídica" que con-- lleva a realizar un estudio y análisis profundo conforme a su propia reglamentación actual y que no está sujeta a cambios, modificaciones o alteraciones substanciales por la simple voluntad de los particulares, si no que simple y sencillamente estos deberán sujetarse a las exigencias y disposiciones previamente establecidas en el dispositivo legal de referencia, conforme a la propia relación contractual en la que se encuentran inmersos en forma real y fáctica.

Si bien por la naturaleza que la práctica ha originado a este tipo de relaciones, no pueden agotarse las múltiples interpretaciones y estudio sobre este particular, por lo menos me permito plantear algunas de ellas que en cierta forma han de ayudar a desentrañar la verdadera esencia contractual, materia del presente trabajo.

CAPITULO PRIMERO

LA RELACION LABORAL U OBRERO PATRONAL

I.-LA RELACION LABORAL U OBRERO PATRONAL.

La relación laboral, a manera de definición se comprende como la relación misma y es la vinculación existente entre el Trabajador y su Empleador, empresa o patrón, sea ésta persona real o jurídica con exclusión de la existencia o no de un contrato de trabajo y vinculado a elementos sociológicos rectores de la disciplina jurídica que regula la materia. Es una vinculación de carácter jurídico porque engendra Derechos y Obligaciones recíprocas y de carácter personal, porque eleva a un primer plano el elemento humano como finalidad en sí, abandonando viejos conceptos de "trabajo mercancía".

De la relación laboral o de trabajo, la Doctrina en general está acorde en separar en tres grandes grupos las causas que ocasionan la conclusión de la relación laboral.

Dentro del primer grupo comprende todas aquellas causas extrañas a la voluntad de las partes, entre ellas la muerte o incapacidad física o mental del empleado o empleador, quiebra, etcétera.

En el segundo grupo encierra a las causas basadas en la voluntad de las partes, como expiración del plazo contractual, mientras que el tercer grupo comprende todas aquellas causas de extinción unilateral o renuncia de la relación laboral.

Estas diversas causales juegan en los supuestos de extinción - dando origen a distintas fórmulas de indemnización, según los casos fórmulas basadas todas en el carácter de protección del Derecho Laboral como fundamentación sociológica del mismo.

De lo anterior se desprende que la relación laboral o de trabajo, origina un vínculo entre empleados y empleadores que tiene su - nota característica en la subordinación de unos y adecuando derecho de dirección de otros y que genera entre ambas, obligaciones y derechos, regidos por el Código Laboral desde el nacimiento de dicha relación, ya sea por el contrato o por la incorporación, hasta la extinción de la misma, por cualquiera de las múltiples causas señaladas por la Doctrina y contempladas por dicha ley en cuanto a las diversas consecuencias que en las mismas importan para las partes.¹

1.1. ANTECEDENTES.

El origen del trabajo humano corresponde a la prehistoria, primer hombre, primer trabajo, así como el homofaber pudo haber sido - el homo prometheus. Incontables años han transcurrido desde el inicio del trabajo humano y la evolución del mismo no sólo es conmovedora sino lacerante: desde el trabajo rudimentario, el trabajo de - los artesanos, de los mineros y otros, hasta que van apareciendo - las formas más depuradas de explotación que tienen como punto de -

¹ Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo XXIV, Edit. Bibliográfica Argentina, pág. 552.

partida la esclavitud y la servidumbre.

En la antigüedad se propicio el régimen de explotación del hombre por el hombre, base de la sociedad esclavista que aún subsiste en el capitalismo moderno. Por ello, en opinión de algunos tratadistas consideran que la historia del trabajo es la historia de la esclavitud y de la recolección de frutos se pasa a la agricultura incipiente, conservándose los mismos principios y teorías, así como las ideas fundamentales de la producción económica, y por último -- contra la injustas legislaciones civiles, se inicia la lucha por independizar las relaciones de trabajo de los Códigos comunes, especialmente del régimen de contratación del derecho privado; asimismo las revoluciones en el campo de la producción económica y en la vida misma originan el derecho de las relaciones de trabajo.

De ahí parten también las normas consuetudinarias en lo que -- respecta al trabajo, relaciones que se desenvuelven en el curso -- del tiempo en jalones progresivos y en las más remotas leyes y estatutos. En el Código de Hamurabi de Babilonia se escriben las primeras normas sobre el trabajo de los hombres, porque desde entonces -- ya se consideraba que el trabajo era actividad de esclavos, a tal -- grado que el genio polígrafo de Macedonia llegó a justificar el -- aprobaso régimen de esclavitud. También en Roma y en Grecia se sintió profundo desprecio por el trabajo, aunque después se reglamentó en la Legislación Romana a través de la locatio conductio operarum-

y loc-atio conductio operis.

La influencia del Cristianismo fue decisiva en función de amar al prójimo como a uno mismo, pero de la esclavitud superada se pasó a la servidumbre cuyo malestar originó inconformismo y movimientos revolucionarios para mitigar el estado económico que aún se conserva en los países Occidentales, pese a las leyes tutelares que se -- han dictado para dignificación del trabajo humano; porque solo por medio del trabajo los pueblos crecen y se superan y llegan a alcanzar los más altos niveles de cultura y progreso, pues como dijera -- con acierto nuestro "Nigromante" Ignacio Ramírez, allí donde hay va -- lor, allí esta efigie soberana del trabajo.

Derrocado el régimen Medieval y en los albores del Industria-- lismo, se expidieron las primeras normas de trabajo para proteger a la industria, fábricas y empresas, y se preocuparon también por tutelar a los obreros que habían sustituido a los explotados en aquél régimen, hasta la reglamentación del trabajo en los Códigos Civiles a partir del código de Napoleón, bajo la fórmula jurídica de "Arrendamiento de Servicios", en el que se consignan disposiciones que hacían del patrono, empresario o explotador, un monarca de la industria, amo y señor de hombres y bienes. Los principios de este código fueron recogidos por casi todas las legislaciones de la tierra, a excepción de nuestro Código Civil de 1870, que desechó la idea del arrendamiento de servicios porque atenta contra la dignidad humana--

pero el Código Francés influyó en todo el mundo jurídico y las relaciones de trabajo humano. La palabra del patrono era la verdad sagrada.

La lucha de la clase obrera, la asociación internacional de -- los trabajadores, los movimientos revolucionarios que combatieron el régimen de explotación del hombre por el hombre, el manifiesto comunista de 1848, El Capital y la difusión de Carlos Marx, propiciaron la expedición de leyes del trabajo que suavizaron la lucha, regulando las relaciones de los obreros con los patronos y reconociéndoles a aquéllos nuevos derechos: la limitación de las jornadas de -- trabajo, la asociación profesional y la huelga; pero tanto la regulación de las relaciones entre trabajadores y patronos contenidas -- en los códigos Civiles del Siglo XIX, como algunas leyes de trabajo de principios de la centuria que vivimos, constituyeron reglas de derecho privado que tanto han llegado a influir en el porvenir, por -- que de las relaciones laborales se han extraído derechos y obligaciones de trabajadores y patronos, e n función a conservar un equili -- bric entre los mismos, así como su paridad en los conflictos que se derivan de las propias relaciones.

No hay que confundir el derecho que nace de aquellas relaciones con el Nuevo Derecho del Trabajo, producto de la primera revolución de América en este siglo, la Mexicana de 1910, la cual habló socialmente en el Congreso Constituyente de Querétaro, al formular-

la célebre Declaración de los Derechos Sociales en los artículos 27 y 123 de la Constitución de 1917, creando nuevos derechos, agrario y del trabajo, como expresión de la violencia armada: porque en el ambiente de la gran asamblea legislativa de la revolución se respiraba el olor a pólvora y se oía el rugir de la fusilería y los derechos obrero y agrario se escribieron con sangre consiguientemente, - de las relaciones privadas laborales se pasó a las relaciones sociales del trabajo, surgiendo la norma exclusiva del proletariado, para su protección y reivindicación.²

Ahora bien, dentro del desarrollo histórico, largas épocas de inquietud social traducidas en huelgas y revueltas más o menos importantes, van perfilando la necesidad de un ordenamiento legal que contemple la situación de los trabajadores en cuanto elemento humano, es decir, en cuanto a sus vitales y apremiantes necesidades de pan, techo, atención médica y estabilidad.

El Derecho Laboral, va así imponiéndose lenta y penosamente, llevándolo desde su origen, como elemento calificador el carácter protectorio de sus normas llamadas de la "Nueva Clase".

La relación por trabajo, reconoce venerablemente la tradición. En efecto, sus antecedentes se rastrean en las más antiguas comunidades humanas, medidas claro está con el patrón de cada época, y -

² TRUEBA Urbina Alberto, Nuevo Derecho Administrativo del Trabajo, - Tomo I, Edit. Porrúa, S.A., México 1989, pág.5.

de hecho, poca o ninguna diferencia había en las primitivas civilizaciones entre el esclavo y el trabajador libre y, una serie de compensaciones económicas, llevaba al primero a la hipotética posibilidad de ser en oportunidades trabajador libre o liberto, y a los segundos, en determinadas condiciones, a perder su condición social y convertirse en trabajador esclavo.

La influencia del mundo del medio económico sobre la relación-laboral se mantiene durante siglos, haciéndose particularmente pesada, no sólo para los siervos de la gleba, atadas al destino de la tierra que cultivaban, sino también para aprendices artesanos y finalmente para la enorme población fabril que el maquinismo crea a fines del Siglo XVIII.

La Ley Francesa de 1884 legaliza en el terreno sindical situaciones de hecho existentes y pese a la relación o reacción que provoca en distintos sectores significa el comienzo de un movimiento legislativo que, en forma muy lenta, con altibajos y aún retrocesos en determinados momentos, concluye en la magnífica construcción jurídica que culmina con el sentido de protección hacia la más débil como fundamentación sociológica de esta larga peregrinación en busca de justicia.

En esta forma se nota, primeramente en Inglaterra y luego principalmente en Francia una reacción hacia las condiciones extremas -

de las relaciones de trabajo que atenúan las agobiantes jornadas - de 15 y 16 horas llevándolas a 13, 12 y aún 10 horas diarias, tratando de asegurar una continuidad de trabajo y un mayor salario, -- para desembocar finalmente en las actuales instituciones laborales- y de seguro social.

Esto quiere decir, que apartándonos del concepto de trabajo -- mercancía del liberalismo y del concepto de locación de servicios -- del Derecho Romano, se llega luego de crisis sociales y prolongadas luchas en busca de un nivel de vida digno, a establecerse una relación de carácter jurídico personal entre el objeto del obrero y su empleador. Nos apartamos así en forma radical, del concepto liberal "Trabajo-Mercancía", en el cual el esfuerzo del hombre era tomado simplemente como elemento de producción dejándose de lado el elemento humano que el mismo significaba y con ello sus diarios problemas.³

1.2. CONCEPTO DE RELACION LABORAL.

La relación de trabajo ofrece características especiales que la identifican, diferenciándola de otras situaciones jurídicas, que si bien cran nexos de trabajo, no pueden ser regidos por el Derecho Laboral.

Dichas características pueden resumirse principalmente en las-
³Enciclopedia Jurídica Omeba, ob.cit., pág.552.

siguientes:

a) Elemento protectorio, como fundamentación sociológica, no sólo de la relación laboral, sino de todo el derecho de trabajo.

b) Subordinación, como nota constitutiva infaltable e insustituible, pues su ausencia torna o torna al trabajador dependiente en -- trabajador independiente. "La subordinación es la nota característica tipificante del contrato de trabajo y debe entenderse como la posibilidad del patrono de sustituir su voluntad a la del trabajador -- cuando lo creyese conveniente", algunos autores manifiestan en este sentido que la subordinación no implica criterio fijo y determinado, sino que, por el contrario, es posible que sea flexible y elástico y por ello es precisamente que existen cosas de difícil ubicación el contrato o concepto de la subordinación, determinar su naturaleza y sus caracteres.

c) Voluntariedad, su existencia tipifica la relación laboral -- distinguiendo el trabajo libre del forzoso.

d) Onerosidad, como finalidad económica necesaria, ya que su -- ausencia debilita grandemente la posibilidad de subordinación.

e) Permanencia, ya que salvo los llamados "trabajos changas" la ubicación supone una ubicación estable, aún para los trabajadores -- de temporada, que respecto de esto existe un criterio jurisprudencial, donde se dice que escapan a la normatización de la ley las -- prestaciones fugaces, breves, adventicias o meramente transitorias, -- pues aquel régimen está inspirado en la idea de permanencia y esta

bilidad de las relaciones laborales.

f) La no profesionalidad, ya que la presencia de este elemento es totalmente indiferente para la existencia o no de la relación, -- si bien puede, en especiales circunstancias adquirir preponderancia como elemento constitutivo de dicha relación. El nexo laboral reviste un carácter eminentemente personal, es un nexo INTUITO PERSONAE-- cuya formalización se tiene en vista, de modo fundamental, la persona de quien ha de asumir el papel de trabajador.

Algunos autores manifiestan que es una relación de comunidad -- jurídica personal, basada en la fidelidad y la previsión, que se -- distingue fundamental y esencialmente del Derecho de las Obligaciones del Código Civil cuya orientación es exclusivamente patrimonial. En esto consiste propiamente la especialidad de dicha relación.

En definitiva, la relación de trabajo ofrece en la actualidad-- características propias y distintas, ubicadas entre las más modernas tendencias en cuanto a la formalización de normas jurídicas protectoras, que convierten a dicha relación entre trabajo y capital, en una relación de carácter jurídico en cuanto a su respaldo legal y -- de carácter personal en cuanto, finalmente, humaniza el Derecho, apreciando al hombre como tal y no como mercancía y a su actividad como medio para un armónico desarrollo de la colectividad y no como fin-- para la prosperidad de sectores reducidos.

Dentro del campo de las relaciones laborales, existen varios - conceptos de lo que la misma entraña, de tal suerte que podemos decir que existe una RELACION MEDIATA y que podemos en estos casos en cuadrar la relación de trabajo, si bien se establece entre el prin cipal y el dependiente, hace o nace para la actividad de un interme diario que actúa entre ambos.

El trabajador toma contacto con dicho intermediario y por la indicación del mismo trabaja para el principal, pero éste no queda relegado en cuanto a sus obligaciones, que son idénticas a las exis tentes en las relaciones inmediatas de trabajo. Esta figura va len tamente elaborándose en el Derecho Laboral, existiendo todavía agudas discrepancias doctrinales y jurisprudenciales en cuanto a su -- tratamiento. En efecto, motivo de discusión es el de determinar -- aquellos casos en que el intermediario, llamado a veces contratista es un simple dependiente del principal, siendo entonces la relación entre éste y el trabajador inmediato, de aquellos otros en que di-- cho intermediario si bien se subordinará al principal es solidario en las obligaciones hacia el trabajador y consecuentemente la relación laboral entre éste último y el principal es de carácter mediató.

Ahora bien, en la RELACION DE A PRENDIZAJE O MIXTA, la relación de aprendizaje se remonta a los albores de la humanidad y, conjunta mente con la relación de trabajo, evolucionó hasta llegar de un es-

tado de práctica esclavitud al status legal actual.

Ya 700 años antes de Cristo, se conocían en Roma colegios de artesanos, en los que los aprendices realizaban dura y lentamente la práctica de un oficio que, luego de diversas pruebas de capacitación les permitirían ingresar a los diversos talleres o corporaciones.

Paralelamente a los conventos o congregaciones religiosas desahollaban durante toda la Edad Media de un trabajo artesanal que culmina con la formación de las gildas en Alemania.

Ya en plena evolución industrial, el trabajador aprendiz es -- prácticamente encerrado por la misma oposición de sus maestros artesanos, de salir de su condición, salvo casos fortuitos, hasta llegar gracias a una incesante elaboración doctrinaria, a las actuales formulaciones legales en materia de aprendizaje.

La misma naturaleza de esta relación, hace notoria la dualidad de caracteres de que participa, en efecto, por un lado tenemos los fines específicos de la misma, o sea una capacitación profesional -- mientras que por otro lado nos encontramos con los elementos propios de toda relación de trabajo y como tal, basada en el carácter protectorio del Derecho Laboral.

Esta composición mixta de la relación de aprendizaje, hace que se determinen distintos y característicos deberes y obligaciones mediante el desarrollo de una actividad profesional un grado suficiente de capacitación.

De las relaciones laborales antes mencionadas, se puede concluir en que la doctrina en general está acorde en separar en tres grandes grupos las causas que ocasionan la conclusión de la relación laboral.

El primero de ellos comprende todas aquellas causas extrañas a la voluntad de las partes, entre ellas la muerte o incapacidad física o mental del empleado o el empleador, quiebra, etcétera.

El segundo grupo encierra las causas basadas en la voluntad de ambas partes, como expiración del plazo contractual mientras que el carácter que encuadra el tercer grupo, comprende todos aquellos casos de extinción unilateral o denuncia de la relación laboral.

Estas diversas causales juegan en los supuestos de extinción dando origen a distintas formulas basadas todas en el carácter de protección del Derecho Laboral, como fundamentación sociológica del mismo.

En conclusión, la relación laboral, origina un vínculo entre em

pleados y empleadores que tiene su nota característica en la subordinación de unos y el adecuado derecho de dirección de otros y que genera entre ambos derechos y obligaciones, regidos por la ley Laboral desde el nacimiento de dicha relación, ya sea por el contrato o por la incorporación, hasta la extinción de la misma, por cualquiera de las múltiples causas señaladas por la doctrina y contempladas por dicha ley en cuanto a las diversas consecuencias que las mismas importan para las partes.

De esta relación jurídica laboral se tiene un doble sentido; - El primero, como vinculación establecida por una norma jurídica entre una codición y una consecuencia, en virtud de la cual el conocimiento imputa ésta o aquella; y el Segundo, como cambio o vinculación establecida por esa misma norma entre el deber y la obligación de un sujeto y la facultad o derecho subjetivo de otro, integrando ambos, simultáneamente, la consecuencia jurídica.

Este doble sentido se fundamenta en la estructura doblemente racional que tiene toda norma jurídica, en tanto prescribe deberes y concede facultades sujetas ambas a la previa producción de un hecho antecedente, y en tanto correlaciona necesariamente el deber jurídico de un individuo con la facultad de otro.

De los anteriores conceptos vertidos se puede definir a la relación de trabajo o laboral, como la relación de trabajo que es la-

vinculación existente entre el trabajador y su empleador, sea éste personal real o jurídica, en conclusión, con la exclusión de la existencia o no de un contrato de trabajo y vinculado a los elementos sociológicos reactivos de la disciplina jurídica que manifiesta en la regulación de la materia. Es una vinculación de carácter jurídico porque engendra derechos y obligaciones recíprocas, y de carácter personal porque eleva a un primer plano el elemento humano como finalidad en sí abandonando viejos conceptos de "Trabajo-Mercantía"⁴

1.3. CONCEPTO DE TRABAJO.

El contrato de trabajo y la relación de trabajo son dos conceptos que van íntimamente vinculados, pero tratándose del contrato de trabajo es, en general, el acuerdo entre aquel que presta el trabajo y aquel que lo recibe, dirigido a constituir un vínculo jurídico, que consiste, para el primero en la relación y obligación de trabajar y para el segundo, en la obligación de pagar la merced.

La infinita variedad de formas que puede prestar o presentar el contrato de trabajo y los distintos aspectos que puede contener el mismo, obligan a ser sumamente cautos en cuanto a las denominaciones dadas, no usando las mismas como elementos definitorios del contenido del contrato, sino que, por el contrario, débese valorar la relación de trabajo existente para la exacta ubicación de los de

⁴ Enciclopedia Jurídica Omeba, ob.cit.pág.553.

rechos y obligaciones surgidas de dicho contrato.

En ese aspecto, es necesario tener presente, tomándolos en consideración, todos los elementos concurrentes principales o secundarios, contemplando forma de pago, condiciones de trabajo, seguros sociales, comportamientos de las partes, etcétera, en definitiva, - que el análisis de la situación del contrato, debe basarse primordialmente en la relación existente entre una y otra parte.

Los autores en general, exigen que la relación de trabajo sea substituida por un contrato de trabajo insistiendo en la necesidad de su presencia, pero sin sujetar el mismo al formalismo o condición alguna, e infiriendo muchas veces su existencia de la propia conducta de las partes. Todas estas posiciones doctrinarias, desembocan en dos teorías finales que comprendían las distintas posturas. La primera de ellas, es la Teoría del Contrato, de tal suerte que - mientras que la segunda es la de la Incorporación.

La una presupone necesariamente la existencia de un contrato - para que tenga efecto válido la relación de trabajo. Hace caso omiso de la incorporación o no del trabajador al establecimiento, como figura secundaria en la valoración de las obligaciones y derechos - surgidos entre las partes, pero insiste en la presencia del elemento contractual como imperativo de la relación, sin sujetarlo a forma - ni condición alguna y más aún en ocasiones presuponiéndolo de la -

simple conducta de las partes.

Así es que esta teoría, que debiera ser de por sí formalista, orilla la tesis contraria de la incorporación, en cuanto infiere el contrato de la conducta observada; de este modo va dando relevancia al hecho de la incorporación. En ese aspecto de la segunda de las teorías mencionadas exige, para una relación laboral el hecho simple en sí o sea una válida relación laboral en el hecho físico del ingreso al establecimiento, y en este aspecto existen conceptos jurisprudenciales en sentido de hacer lugar al reclamo por falta de preaviso del obrero que había trabajado dos horas en una fábrica de la demandada sin consentimiento de la oficina de personal.

Gran parte de la doctrina Alemana y aún de la sajona y la Española, se vuelcan hacia esta tendencia de la incorporación y en especial, porque surge de ellas en forma indubitable el carácter protectorio del Derecho Laboral.

En síntesis, que debe hablarse de la necesidad de un contrato formal de trabajo, con todos los elementos que el mismo presupone, únicamente para aquellos casos en que es impuesto por ley, es decir, sujeto a las condiciones y características de determinadas prestaciones para las que el correspondiente régimen legal marca imperativamente dicha obligación.

Todo este problema de las teorías del contrato de la incorporación adquiere primordial importancia en los casos en que el contrato de trabajo es nulo, surgiendo entonces la necesidad indubitable de la protección del más débil.

En ese aspecto la doctrina alemana marca en forma expresa la inaplicabilidad de las disposiciones civiles en materia laboral y en consecuencia se apoya para cada caso, en el examen de la relación efectiva de trabajo, para el logro de un adecuado régimen de la relación laboral.⁵

Ahora bien, sobre el concepto del contrato de trabajo a manera de antecedentes, se puede decir, que la tan reconocida crisis del contrato de trabajo en base a la pérdida de la autonomía de la voluntad de las partes para realizar un convenio de esta naturaleza y ajustarlo a sus recíprocas prestaciones es hoy una verdad indiscutida.

Pero debemos agregar algo más en ese sentido de que prácticamente dicho contrato ha desaparecido. Entendiendo que en un futuro no muy lejano, el convenio de trabajo de nuestros Códigos y como expresión sinalagmática será pieza de museo. En efecto, si la duración de la jornada y el salario mínimo general o legal se determinan por la ley; si las condiciones de ascenso, traslado, etcétera,

⁵Enciclopedia Jurídica Omeba, ob.cit.,pág.553.

se señalan por el escalafón; si en las modalidades de ingreso deben darse preferencia a anteriores empleados, a miembros de la familia a socios o miembros del sindicato, etcétera, y si la actividad o el servicio a prestarse está determinado en su reglamento interno, - aprobado por las autoridades de trabajo o en los mismos contratos - colectivos de trabajo, cabe aquí una cuestión ¿Que resta para las partes en el contrato de trabajo? muy poco por cierto, y es por -- ello que en la actualidad por muchos se ensaya sustituir esta figura por el concepto moderno de la relación de trabajo, en razón de - la cual quienes contratan en definitiva son las partes por su sost - nimiento a la ley, a las demandas u ordenanzas y a los laudos o con - venios colectivos que fijan las condiciones de trabajo, en donde ni el empleador ni el empleado suelen ser parte directa. Configura la relación de trabajo la existencia de un avance del estado sobre el - trabajo del particular y en donde mejor se manifestó esa institu-- ción fue en Alemania, con el régimen que creó el llamado "Frente de - Trabajo Alemán" durante el hitlerismo.

Algunos tratadistas de la materia laboral sostienen que el con - trato individual de trabajo continúa siendo la institución fundamen - tal de la rama jurídica laboral, por la razón evidente de que es la que determina la aplicación del derecho del trabajo; las categorías del patrono y trabajador sólo pueden entenderse en función de él. - Por otra parte, el derecho del trabajador, según lo dicho en varias - ocasiones, tiende a proteger, inmediatamente, a la persona física y

a su familia cuando aquel es sujeto del contrato de trabajo, de tal manera que la organización colectiva, sindicato, contrato colectivo huelga, etcétera, no son sino medios para el logro de aquella finalidad.

Estos dos conceptos tan opuestos dan clara idea de la importancia y trascendencia del estudio del contrato de trabajo.

En algunas opiniones se dice que el trabajo es el mejor presente que Dios dió al hombre; sin él no habría civilización, cultura ni vida plena. En un principio, tuvo un aspecto puramente individual, ya que cada persona trabajaba directamente la tierra o la industria, que le permitía solventar sus necesidades inmediatas. Posteriormente las guerras llevan a la esclavitud de los vencidos, lo que luego fue extendiéndose al campo privado, con ello comenzó a dibujarse un concepto erróneo del trabajo, por relegarse éste a los hombres vencidos que arrastraban la terrible herencia del haberlo sido ellos o sus antepasados en la lucha por la vida, llevando al concepto del trabajo un sentido equivalente al de una mercancía, susceptible de contratación, que podía ir de unas manos a otras, según las convenciones o conveniencias, aspiraciones y capacidad de sus titulares. Este falso concepto se aplicó, por extensión a los trabajadores en general, no esclavos ni siervos y de esta suerte lo mismo que se encontraba un esclavo con su dueño, se estipulaba el trabajo del hombre libre, encadenándose de hecho al situarle en la

disyuntiva de aceptar las condiciones que se le imponían o morir-se de hambre que era realmente el único derecho que a su condición humana se le otorgaba.

En Roma sólo se tenía en consideración por el servicio militar y el trabajo agrícola las demás tareas eran reputadas serviles y no debían ser ejecutadas por un ciudadano. Se necesitaban siglos para que se vaya dejando de lado de la mano de obra esclava y surja lentamente la libre. Se equiparaba no obstante al servicio del siervo, por lo que LOCATIO HOMINIS de aquél era semejante a la LOCATIO OPERARUM, ya que, obteniéndose el trabajo servil por medio del disfrute del cuerpo del siervo, se asemejaba a la locación de una cosa -- con el disfrute de su esfuerzo y, por lógica implicaba el disfrute del esfuerzo del obrero. Atendiendo al arrendamiento se manifestaba de la siguiente forma: de cosas, de servicios y de obras, con una configuración jurídica que era muy similar para los tres y que tenía como característica la ACTIO CONDUCTI y la ACTIO LOCATI, comunes a todas ellas. El trabajo revestía dos aspectos: LA LOCATIO CONDUCTIO OPERARUM, que era el arrendamiento de servicios y la LOCATIO CONDUCTIO OPERIS, que era el arrendamiento de obras, la relación de trabajo era por tanto, en Roma, un simple arrendamiento. En la Edad Media guerrera y feudal, el concepto no varía; aún las labores del campo eran viles, el concepto de arrendamiento seguía en vigor. El arrendamiento conservó durante la primera mitad del siglo XIX el mismo carácter denigrante; basta para convencerse de ello la lucha-

entablada entre los juristas que querían asimilar el contrato de -- las profesiones liberales al del trabajo manual es susceptible de -- arrendamiento. La relación de trabajo adquiere un carácter personal de manera eminente y surge la comunidad semifamiliar. Los hombres -- se ponen bajo la protección de un patrono, prometiéndole fidelidad- y obedeciendo sus órdenes; se entregaba temporalmente tierras al -- trabajador. Hasta entonces el trabajo se paga exclusivamente con -- tierras y protección pero la moneda metálica y el desarrollo de -- los oficios debilitaban el poder del jefe militar o político del -- feudalismo quien fue sustituido por una jerarquía plenamente y pura- mente laboral que, a la antigua protección dispensada, le sumó la - enseñanza de una profesión. Se acentuó así el desarrollo del gremia- lismo, que originalmente fue un elemento de contención a los avan-- ces del feudalismo y que en la actualidad constituye el instrumento de lucha más eficaz de la clase obrera.

El trabajador es dignificado, pero hay que tener presente, que todos los pueblos conocieron y reglamentaron la esclavitud como fac- tor económico, y cuando fue llegando el momento de su transforma-- ción se le dijo al hombre que era libre, que su cuerpo no volvería- a ser objeto de apropiación, pero al no darle los medios de mante-- ner la libertad, realmente no se le otorgó la independencia; tenía- que vivir con su esfuerzo personal, puesto al servicio de otro, dan- do lo que poseía a cambio de lo que necesitaba desapareció la escl- avitud, pero permanece la servidumbre. El cambio del esfuerzo humano

obedece al fin de la conservación de la vida que, imperiosa necesita y reclama de las cosas materiales, del dinero, que no es una mercancía, sino creación jurídica del Estado; símbolo de una prestación realizada en la comunidad de pagos, y la legitimación del derecho a una contraprestación equivalente. He aquí convertido el trabajo en una mercancía o mercadería, desde el momento que se vende o se permuta. Lo demás serán palabras bellas, conservadoras, pero sin enlace con la realidad.

La revolución francesa alteró profundamente el panorama de las relaciones laborales; desaparecen las corporaciones, y con la ley - Chapellier, del 17 de junio de 1791, se da contenido contractual a la misma, se pone, por así decirlo, la piedra fundamental al contrato de trabajo, el maquinismo, las concentraciones obreras, la demanda constante de la mano de obra, la alteración profunda en las relaciones entre los trabajadores y patronos, incide plenamente sobre la relación laboral, la cual adquiere así un contenido netamente contractual pese a ello, no se dió por los juristas ni por los hombres del gobierno la importancia que este hecho tenía, y fiel reflejo de ellos son los Códigos de Napoleón (1804), Civil Español (1889) y Alemán (1897) en que el contrato se regula en forma harto concisa, pero, con todo, en ellos hay una gran diferencia a la forma romana de ser considerados; se dignifica y se reconoce el carácter humano al trabajador, recién cuando el derecho del trabajo se independiza del civil en cuando adquiere su desarrollo el contrato de tra-

bajo y se crean y se constituyen doctrinas sobre él.

El término de contrato de trabajo, es una denominación, es relativamente reciente. Fue utilizado por primera vez cerca de fines del Siglo XIX por los economistas. Oficialmente acogido, primero en Bélgica, en una ley del 10 de marzo de 1900, y luego en Suiza y -- Francia a comienzos del siglo presente.

En contra de esta denominación se ha dicho que es más de carácter económico que jurídico, y no indica a que título el trabajo hace el objeto del contrato, posición atacada por algunos tratadistas, diciendo que los jurisconsultos se han habituado a llamar al arrendamiento de trabajo, contrato de trabajo. En derecho esta expresión no tendría más razón de ser que la simetría de contrato de cosa, si se aplicara al arrendamiento de cosas, no hay más que una so la expresión que tenga valor científico, esto es, la de arrendamiento de trabajo considerada como un bello nombre.

La discusión se encuentra hoy colmada; el término ha entrado - en leyes y doctrina en forma casi universal y total, y tiene la -- ventaja de no prejuzgar sobre la naturaleza jurídica del contrato - y de evitar las discusiones sobre el término arrendamiento de servicios o de trabajo.

A manera de definición, se transcriben los conceptos de algu--

nos tratadistas:

Carbalho de Mendonca.-El contrato de trabajo representa la relación jurídica establecida entre la persona que, con fin determinado presta su propio servicio material o intelectual, la otra que lo aprovecha o saca ventaja o utilidad.

Cardoso Oliveira.-Es el acuerdo entre el empleador y el empleado para la realización, por parte de éste, por parte de determinado servicio, teniendo aquél la obligación de pagarle un determinado salario.

Cabanellas.-Es aquel que tiene por objeto la prestación continuada de servicios privados y con carácter económico y por el cual una de las personas o partes dá una remuneración o recompensa a --- cambio de disfrutarlo o servirse, bajo su dependencia o dirección - de la actividad de otra. El esfuerzo productivo debe, en todos los casos, recibir una compensación equitativa de aquel que obtiene beneficios.

Amiaud.-Es el contrato por el cual una persona se obliga a poner su actividad a disposición de otra, mediante una remuneración - estando subordinada en la ejecución del trabajo que debe cumplir, a aquella por cuya cuenta debe trabajar.

Scelle.-Es un acuerdo de voluntades por el cual una persona se obliga a ejecutar temporalmente los trabajos correspondientes a su profesión, por cuenta y bajo la dirección de otra persona que se -- obliga a pagarle, durante el mismo tiempo un salario convenido.

Además de la legislación y la jurisprudencia haberlo también - definido.

Dentro del ámbito, al procederse a la sistematización doctrinal de cualquier ramo del saber jurídico, debe comenzarse por concretar su terminología y fijar su concepto, resulta evidente que debe también delimitarse sus instituciones, encuadrándola dentro de los márgenes del Derecho al cual pertenece. Esa regla es de aplica-

ción estrictamente a lo laboral, ya que ha pasado el período llamado "constituyente o formativo, para entrar en la etapa de la concreción y estructuración definitiva de sus principios fundamentales", tomando sus institutos, contornos definidos, aunque siempre mutables, como consecuencia de la evolución.

Es la faz contractual de la materia, aquella que, pese a las discusiones doctrinarias habidas, se encuentra en gran atraso, siendo necesaria una revisión consistente en la misma.

Debemos llegar a la precisión terminológica y, así hablar de - contratos laborales o contratos de derecho laboral al referirnos a ellos en forma amplia y de contrato de empleo privado, contrato de aprendizaje, contrato de empleo público, etcétera, al aludir en particular para cada situación determinada. Y no es que los autores no se hayan dado cuenta del problema, sino que no lo enfocaron debidamente. Así entre otros, Cabanellas, pareciera ubicarlo correctamente al titular su obra: "El Derecho del Trabajo y sus Contratos" y - cuando separa, en ella, el contrato de trabajo del de aprendizaje; pero, luego en su desarrollo, sigue la corriente generalizadora, refiriéndolo en su obra posterior al decir: "El término trabajo se refiere al asalariado o al que se presta subordinadamente". En otras - existen criterios donde hay quienes dicen que la vida económico-social queda reducida en definitiva a una idea primaria: el trabajo. Trabajo acumulado, en potencial, en actividad, hace imprescindible

y al mismo tiempo difícil, si no imposible, la constitución jurídica social que armonice todos sus elementos objetivando el SUUM CUIQUE, agregándose que desde el punto de vista del Derecho positivo, por el contrato de trabajo una persona en este caso el trabajador, se obliga respecto de otra o sea patrono, a trabajar durante un -- tiempo determinado o ejecutar alguna obra mediante un precio.

Otros tratadistas mencionan que el empeño de fijar la naturaleza del contrato de trabajo de acuerdo al campo de aplicación del derecho del trabajo, no sólo impide la elaboración de un concepto claro y definido de aquel contrato, sino que dificulta la formación racional del derecho, su aplicación e interpretación.

Estas dificultades que tienen origen en el convencimiento de que las normas del derecho del trabajo, se evitan cuando la ley determina las características que deben revestir una actividad para que sus disposiciones sean de aplicación.

La generalización de este criterio, en la elaboración de los regímenes reglamentarios del trabajo, se hace cada día más necesario y facilitará grandemente la aplicación de la norma jurídica, -- sin incurrir en el absurdo de que el contrato de trabajo comparte, necesariamente la aplicación de todos los estatutos legales o, a la inversa que su inexistencia conduzca a su ignorancia o inaplicabilidad.

Claro es que se ha dejado de lado el concepto laboral como rigiendo exclusivamente a un instituto, avance grande, pero aún no su ficiente. Algunos autores sostuvieron que el objeto de la Legisla-- ción del trabajo era reglamentar jurídicamente el contrato de trabajo, y como tal convencimiento llevó a la doctrina a identificar el - área de esa figura contractual con la del trabajo. De allí, que al caracterizar su naturaleza jurídica, se tuvo a menudo en cuenta la- posibilidad de aplicar las instituciones del Derecho Laboral a de-- terminadas relaciones de trabajo y al comprender, tales institucio- nes, preferente a los trabajadores subordinados, se definió el con- trato resaltando la nota de dependencia. Ese erróneo procedimien- to ha contribuido en gran parte a dificultar la adecuada solución al- problema; los sujetos de la realización de trabajo; empleador y traba jador, se identifican los sujetos de una disciplina en permanente evaluación y paulatina extensión. Por ello, cada reforma esencial - del régimen jurídico impuso una revisión del concepto contrato de - trabajo.

Aún hoy se mantiene muy generalizada la opinión de que lo labo ral rige exclusivamente en caso de existir dependencia por parte -- del trabajador, pero existe una reacción, aunque imprecisa, al res- pecto, no sólo en lo legislativo, sino también en lo doctrinario. Y es así como se incluye algunas situaciones de verdaderos trabajado- res autónomos, aunque para ello haya sido necesario muchas veces -- ampliar desmedidamente el concepto de subordinación. La tendencia a

comprender dentro de las disposiciones referidas a los trabajadores subordinados, a otros que no lo son en razón de que también media - respecto de los mismos un interés social en protegerlos, no se ha concretado en forma uniforme: El avance de la legislación que traspunta el decreto, que reconoce el derecho a percibir sueldo anual - complementario a las personas no subordinadas que se dediquen al corretaje de seguros, reaseguros, capitalización y ahorro, no llegan, como es sabido, a comprenderlos, por ejemplo, entre los beneficia--rios del régimen de previsión.

Pero todos mantienen el concepto harto restringido e incorrecto del contrato de trabajo, como si existiese tal figura jurídica - dentro del Derecho laboral. La expresión tuvo su razón en las primras épocas de la materia, como substitutiva de la considerada inju--riante a la personalidad humana del trabajador: La locación de servicios se entendió que ésta tenía el inconveniente de asimilar demasiado el trabajo humano a un mercancía cualquiera. Esta concepción - sacrifica la dignidad del trabajador y nos llevaría a aceptar todos los abusos a que puede dar lugar el régimen de la libre concurren--cia de la mano de obra; ha sido solamente condenada por el tratado - de Versailles (28 de junio de 1919), en su parte consagrada al régi--men internacional de los trabajadores. La expresión contrato de trabajo ha venido substituyendo, desde comienzo del Siglo XX la termino logía usada por el Código Civil. Primeramente fue adoptada como oficial en Bélgica, posteriormente en Suiza y, en fin, en Francia por-

la publicación del Código de Trabajo. Allí tuvo su nacimiento, pero no abarcó, la totalidad de lo que comprendía la locación de servicios.

Con la rápida evolución experimentada por el Derecho Laboral, fueron nuevas formas desprendiéndose, nuevas relaciones jurídicas - se contemplaron en el ámbito del contrato laboral, se hizo tan amplio que, más de un autor, ha preferido no definirlo. Y así algunos, aseguran que es imposible lograr una definición precisa y exacta de lo mismo. Pero es que, aquello que primitivamente fue una especie - de género de locación de servicios, ha llegado a ser un género en sí, conteniendo una serie de especies, cada una de las cuales pueden ser definidas con exactitud. Hablar hoy de contrato de trabajo o contrato laboral es señalar una clase de contratos regidos por el Derecho Laboral, no un contrato único, a igual que al decir contrato civil o contrato comercial, no es que se esté refiriendo a un contrato, sino a un tipo de aquellos, encuadrado dentro de las normas del Derecho Civil o Derecho Comercial.

Pecan en consecuencia de arcaicos quienes tratan de mantener - el término contrato de trabajo en un sentido restringido, y los -- que le dan un concepto amplio, yerran también, pues es imposible -- abarcar en una sola denominación o figura jurídica a toda una gama de situaciones diversas. Con ello, o bien crean una definición múltiple, siempre incompleta, o bien introducen el confusio nismo de la

materia.

No es posible dejarse llevar por hechos consumados que atentan contra el verdadero campo de la materia laboral. La unificación -- errónea, hecha por algunos autores, cercana del ámbito laboral a -- una gran cantidad de institutos. Así, los contratos de empleo públi-- co, de profesión autónoma, etcétera, que por tener el contenido -- prestación de trabajo humano deben estar normados por leyes labora-- les, actualmente se encuentran dispersos distintas ramas del dere-- cho o regidos por varias simultáneamente, muchas veces contrapues-- tos entre sí en punto a sus principios fundamentales. Esta anomalía es aceptada y aún defendida por aquellos que sostienen con todo ca-- lor la autonomía de nuestro Derecho.

Es menester reaccionar contra esta concepción retrógrada y dar a lo contractual laboral su verdadero contenido: cuanto acuerdo de-- voluntades tenga como objeto la prestación de trabajo humano, es un contrato laboral, que debe ser regido por este derecho, en todo lo-- que concierne exclusivamente a dicha prestación. Ello no implica la vigencia de normas de otras ramas jurídicas, si la actividad cae ba-- jo sus esferas específicas.

Se critica tal extensión, diciendo que, con ella se abarca a -- todos los habitantes de un país, pues no escaparía a nadie, o casi-- a nadie, al Derecho Laboral. No se ve en esto fundamento alguno: no

existe peligro en que las normas laborales rijan toda la actividad del hombre, sino que, al contrario, ello sería una garantía para el individuo, que podría dedicar todas sus energías a su empresa, sabiendo que siempre está protegido y amparado por leyes que le aseguran el futuro en el fruto de su esfuerzo. Por otra parte, si tal -- crítica fuese correcta, alcanzaría a otros derechos. Así por ejemplo, el civil que acompaña a todos los habitantes del país, en su carácter de personas, rigiéndolas desde que nacen y aún antes, hasta su muerte, recorriendo todas las etapas de su vida. De donde resulta alguna incongruencia, porque ello es admitido en lo civil y criticado en lo laboral.

Se da a lo laboral contractual todo su contenido, que así estamos bregando por la verdadera autonomía de nuestro derecho, y se logrará ubicarlo en el plano que le corresponde dentro de las ciencias jurídicas.

Ahora bien, entrándose del contrato de trabajo y relación de trabajo. Algunos autores manifiestan que al celebrarse el acuerdo -- de voluntades entre el patrono y el obrero, es decir, el contrato -- de trabajo, no nace ni el deber de obediencia ni la facultad de mandar. En cambio, en el momento en que el trabajador da cumplimiento a la obligación que contrajo, surge la subordinación, con las consecuencias mencionadas, es decir, las obligaciones para ambas partes.-- Ello lo hace distinguir el contrato de la relación de trabajo, y --

que, excepción hecha de los altos empleados, el empresario casi nunca interviene en la contratación de los trabajadores, a quienes, muchas veces, ni llega a conocer; son subordinados suyos que se encargan de realizar la contratación. En consecuencia, lo que realmente existe es un enrolamiento o enganche. En ocasiones se presenta la intervención patronal muy diluida, como cuando la cláusula sindical o cláusula de exclusión, de ingreso, que consiste en que las vacantes son llenadas por el Sindicato. Si bien el patrón tiene la facultad de despedir al trabajador durante el período de prueba, lo puede hacer únicamente a las causales estas como base que dan lugar a la disolución del contrato, por lo que, en realidad, su voluntad por la aceptación o rechazo del trabajador no está en juego, y comentan algunos autores que las leyes reglamentan la mayoría de las condiciones de trabajo estipulando los requisitos necesarios para la validez del contrato tanto de forma como de fondo, y que los convenios colectivos consideran también minuciosamente el mismo aspecto, llegando hasta los detalles que la ley ha establecido. Con ello, prácticamente, las partes no pueden tener ningún cambio de acuerdos, pues todo está previsto y reglamentado. El contenido de la relación de trabajo no depende de la voluntad patronal y obrera, y una prueba más de ello es el carácter dinámico de la relación, carácter que deriva de la naturaleza de el Derecho del Trabajo. Las diferentes fuentes del mismo inciden de tal manera que hacen que se vaya modificando el contenido de la relación de trabajo, aún en contra de la voluntad de una o ambas partes contratantes, y de lo anterior

se puede concluir:

1.-El contrato individual de trabajo goza de plena autonomía -- frente a los contratos de Derecho Civil, tanto por estar regido por un estatuto autónomo cuanto porque ninguna de las figuras civiles -- es apta para explicarlo.

2.-Es preciso distinguir entre el contrato, acuerdo de voluntades y la relación de trabajo, conjunto de las condiciones en que -- efectivamente se presta al servicio; haciendo notar que para la -- existencia de esta última, sólo es indispensable la voluntad del -- trabajador y que consiguientemente, la concurrencia de la voluntad del patrón no es necesaria para la formación de la relación, lo que a su vez trae consigo que lo fundamental sea la relación de trabajo y no el acuerdo de voluntades, puesto que es aquella la que determina, en todo su campo y en todo caso, la aplicación del Derecho del Trabajo.

3.-El origen de la relación de trabajo ha perdido el carácter contractual que si bien sustituye o más bien dicho subsiste en algunos casos, es en los de menor importancia. La noción de contrato -- debe substituirse por la de enrolamiento o enganche, según la cual el trabajador, aceptando las condiciones fijadas por el patrón o -- discutiendo con él o bien, finalmente, con el concurso de la voluntad del sindicato titular del contrato colectivo, entre a prestar -- el servicio en las condiciones fijadas por el convenio o contrato.

4.-El Contrato de trabajo, en su acepción de relación de traba

jo, es un contrato realidad, puesto que existe en las condiciones reales de prestación de servicios, independientemente de lo que hubiere pactado, con la limitación, que no esta por demás hacer, de que esas condiciones no podrán reducir los privilegios que se contengan en la ley, en el convenio o en el contrato colectivo. Es además un CONTRATO-DINAMICO, en cuanto está sujeto a todos los cambios del Derecho del Trabajo.

En nuestro país se ha dicho que no siempre la estipulación del contrato de trabajo coincide con las prestaciones del mismo, como cuando un trabajador se compromete para una determinada fecha futura. La relación de trabajo, en sentido propio, coincide con la ejecución del contrato que se inicia en el momento y por efecto de la prestación de trabajo, la importancia estriba en que, en todas las leyes, el objeto de las mismas es el hecho del trabajo más que el contrato en sí mismo y que, los Derechos y Obligaciones que hacen para las partes por el hecho del trabajo y en virtud de la aplicación de las normas legales y contractuales, constituyen la relación de trabajo. Si bien acepta el concepto relación de trabajo, no por ello niega la existencia del contrato, que continúa siendo la fuente normal de las relaciones de trabajo, no interesando que lo sea en forma muy limitada por la intervención cada vez mayor de la legislación con su carácter inderogable. En los países con la cláusula sindical el problema ya es diferente, y no puede más hablar de contrato de trabajo, dado que el patrono no solamente debe tomar de-

cisiones en cuanto a más trabajadores, sino que éstas le son impuestas.

Se hace notar que en Alemania adquirió más desarrollo, con la teoría de la institución, que significó un retorno al derecho germánico, con la relación de servicio fiel, existente entre un caudillo y si también con su séquito. De acuerdo a la doctrina alemana, la relación de trabajo es una relación jurídica personal de miembro de la comunidad de explotación, basada en el Derecho de familia, y en el de las Asociaciones. Se sustenta en el principio de la jerarquía o jefatura de la empresa y de la comunidad de explotación de los -- que constituyen la misma.

A raíz de la ley Chapelier, las asociaciones obreras fueron -- prohibidas, entregando inermes los trabajadores a los patrones, que imponían las condiciones que querían; ello dio lugar a la lucha de clases, obligando a la intervención del Estado. Por eso, respondiendo lo mismo a razones de índole ética y social que a realidades de tipo jurídico, en cuanto al estado, con su creciente intervención en la regulación de las condiciones de trabajo, viene a desdibujar, cada vez con más intensidad, los supuestos básicos para que la contratación continúe existiendo, se abandona el concepto de contrato de trabajo, sustituyéndole por la teoría de la relación de -- trabajo, que además tiene la trascendencia de dotarle de un evidente contenido humano y personal, que realiza, aún más, la función --

del trabajador. A su desarrollo no vabe duda contribuyen las nuevas teorías del Estado Moderno, que no solamente se reserva para sí la función del trabajador.

A su desarrollo como la función normativa de trabajo, sino que teniendo por una de sus normas el supremo interés de la producción nacional, busca el darle una unidad de contenido y de fin, acabar con la lucha de clases sociales. Las notas fundamentales de la relación de trabajo se pueden considerar las siguientes: 1) Comunidad de empresa y jerarquización, es decir, que los que integran una empresa no busquen un fin material y egoísta, sino un criterio común y plenamente coincidente: el interés de la empresa, subordinado al supremo interés nacional; 2) Tránsito del trabajo, de un orden puramente material y económico, al terreno personal y humano. Esta evaluación espiritualista del trabajo es una de las más innovadoras de la nueva concepción; 3) Se supera la lucha de clases, sustituyéndola por una franca colaboración entre los elementos personales de la producción. Es una consecuencia de los postulados anteriores; 4) La relación laboral, sin desconocer su sentido secundariamente patrimonial se basa en la recíproca lealtad y en la protección al trabajador. Siendo el mismo concepto que se sostenía en la teoría alemana, es decir la del servicio fiel.

Algunos tratadistas que se encuentran dentro de esta misma corriente, dicen que es una relación duradera y permanente, de carác-

ter eminentemente personal, establecida a base de lealtad y confianza recíprocas, que une a todos los colaboradores de la empresa en una comunidad de intereses y fines, sintiéndose todos ellos solidarios en una obra común de interés general, nacional y colectivo.

Siguen mencionando los tratadistas que pese a las acentuadas -- diferencias que las separan a ambas figuras jurídicas, lo evidentes que no cabe contra ponerlas ni sancionar sin más la inutilidad -- del contrato de trabajo como fuente de Derechos y obligaciones para las partes. el concepto de trabajo como fuente de Derechos y obligaciones para las partes. El concepto relación de trabajo tiene un -- contenido más amplio que el de contrato de trabajo, ciertamente, -- pues engloba la totalidad de los vínculos que ligan a la empresa -- con sus trabajadores pero el contrato sigue siendo la fuente principal de esa relación, si no la única, toda relación de trabajo se -- origina en un acuerdo de voluntades, sea éste expreso o tácito, entre el empleador y el empleado libres de vincularse jurídicamente y de estipular condiciones, aunque sea en medida limitada. Aún el simple hecho de la incorporación del obrero a un establecimiento como el hecho material, que carecía de valor jurídico si no va acompañado del consentimiento de partes, o sea un contrato, por el que una de ellas resuelve utilizar los servicios de la otra y ésta recibir, en reciprocidad las remuneraciones y ventajas consiguientes. -- Además de la otra y ésta recibir, en reciprocidad las remuneraciones y ventajas consiguientes. Además, la relación laboral no tiene-

su origen en puras relaciones de facto. Estas situaciones revelan una voluntad, una decisión interna, exteriorizada, si no formalmente sí materialmente. Sólo con el entronque de la relación de trabajo al contrato, se tiene asegurado el respeto por los derechos del trabajador, en contraposición a las medidas autoritarias del enrolamiento sin contrato, con la mera adhesión al estatuto establecido.

Después de analizar las causas y fundamentos dados por los -- sostenedores de la teoría amplia de la relación laboral se puede -- decir: que aunque todo ello fuera cierto, no ha de desconocerse el hecho de que en la práctica, sobre todo en la gran industria, el en ganche efectivamente coincide con la conclusión tácita del contrato, no sería un motivo suficiente para abandonar la designación y la -- teoría del Contrato de Trabajo, y reemplazarla, de modo general, por una doctrina de la Relación de Trabajo. Ninguno de los reparos hechos regularmente contractual de la relación de trabajo es incompatible con el mantenimiento de la doctrina de que el acuerdo de voluntades constituye la base de los Derechos y Obligaciones entre el empleador y el trabajador, tanto de los patrimoniales como de los -- personales, tanto de los libremente concertados como de los impuestos por alguna norma general forzosa. Y no importa que la circunstancia de la conclusión del contrato muchas veces pasa inadvertida, o que ciertos efectos de las normas laborales también se producen -- en caso de nulidad de contrato o que, por último, estas normas, a -- veces, tienen en cuenta los servicios realmente prestados con pres-

cindencia del contrato. Hay otra situación que, a la inversa, el -- contrato otorga derechos y crea deberes esencialmente laborales, -- aún cuando el trabajo no se realiza.

La teoría de la relación de trabajo tiene el mérito de haber -- fuertemente insistido sobre la actual declinación del contrato de -- trabajo. Considera que el contenido del contrato de trabajo disminu -- ye progresivamente; la determinación de las condiciones de trabajo -- no revelan casi ninguna autonomía de las partes; las reglas aplica -- bles a la relación de trabajo, difieren más y más profundamente de -- aquellas que gobiernan el derecho común de los contratos; un cierto -- número de reglas del Derecho del Trabajo que es el que la causa, -- en virtud del cual, el trabajo es cumplido y que la ruptura del con -- trato de trabajo con el derecho común de los contratos está tan --- -- avanzada, que la validez del contrato de trabajo no es más conside -- rada como una de las condiciones necesarias para la aplicación del -- Derecho del Trabajo. Por la relación de trabajo se concibe la apli -- cación del Derecho del Trabajo a situaciones extracontractuales que -- el Estado crea por vía de autoridad.

Después de analizar la evolución de la doctrina se puede decir -- que: A través de los órganos de valoración expresados puede afirmar -- se en conclusión, que el vínculo contractual, como el consentimien -- to que lo acompaña, procede y sigue, continua siendo la fuente prin -- cipal de l Derecho Laboral; y que la relación de trabajo no lo subs

tituye, ni lo eclipsa; a lo más, se agrega y lo robustece.

Hay ciertas inclinaciones por considerar que es errónea la doctrina que distingue entre relaciones de trabajo y contrato de trabajo y en tal posición se dice: Se entiende a la doctrina que establece la distinción entre la relación y el contrato de trabajo es errónea puesto que la relación de trabajo que contempla nuestra disciplina se origina en el contrato, esto es, en el acuerdo de voluntades entre el empleador y el empleado, acuerdo que puede ser expreso o tácito. No importa que la estipulación del contrato no coincida a veces con la prestación del trabajo, porque los efectos de ésta surgen precisamente, como una consecuencia de la estipulación del contrato; de no existir éste, no se cumpliría la relación de trabajo. Tampoco justifica la distinción de circunstancia de que las normas que constituyen el Derecho del Trabajo, se refieren más que al contrato como negocio jurídico, a la ejecución que se da al mismo por medio de la prestación de trabajo, puesto que tales normas sólo --
entienden o bien a suplir la falta de estipulaciones concretas entre las partes, o a limitar la autonomía de la voluntad, no para desconocer el principio de la libertad para contratar lícitamente, sino para corregir abusos que puedan cometerse en virtud de situaciones de superioridad económica, o para cumplir fines sociales que están por encima de intereses privados.

Ahora bien, la relación de trabajo es el género y el contrato-

de trabajo es la especie. Considera que, aún en el caso que un convenio llegase a suplantar la voluntad individual o sea la cláusula-sindical hay que tener en cuenta que para celebrar ese convenio colectivo hubo necesidad de la concurrencia de dos partes: patronos y trabajadores. Vale decir, aunque sea simbólicamente, siempre está presente la voluntad patronal.⁶

1.3.1. VERBAL.

El contrato de trabajo verbal, se entiende a éste básicamente por la manifestación del acuerdo de voluntades, tanto por parte del empleador como por parte del empleado, en situaciones de hecho sin que necesariamente exista plasmado en un documento los Derechos y - Obligaciones inherentes para ambas partes.

Y a este respecto tanto la doctrina como la jurisprudencia han discutido por varios años, cual es la naturaleza de la relación que se establece entre el empleador y el empleado, es decir, entre el - trabajador y el patrón, entratándose de la prestación de los servicios. La teoría tradicional, cuyas raíces se remontan al Derecho Romano, en la cual se sostiene que las relaciones jurídicas entre dos personas sólo pueden derivarse de un acuerdo de voluntades; en consecuencia las relaciones entre los Trabajadores deben configurarse como un contrato.

⁶ Enciclopedia Jurídica Omba, ob.cit.,pág.407.

Ahora bien la Teoría Moderna ha llegado a la conclusión de que la relación de trabajo es una figura distinta de la del contrato de trabajo, pues en tanto que el contrato la relación tiene por objeto el intercambio de prestaciones, en el nuevo derecho del Trabajo o -- Derecho Social, se propone garantizar la vida y la salud del empleado o trabajador y asimismo trae aparejada la seguridad en cuanto a un nivel más decoroso, teniendo como elemento indispensable para su correcta aplicación el hecho mismo de la prestación del servicio -- siendo cualquiera el acto que le dé el origen. Esto tiene como base la idea en la figura de la relación del trabajo, la cual se define y se traduce en la prestación de un servicio personal subordinado, el cual se remunera mediante el pago de un salario, de manera independiente del acto que le da origen, asimismo se acepta la idea contractual como un acto jurídico que en ocasiones se hace indispensable y que puede dar nacimiento a la relación de trabajo o laboral.

De lo anterior se desprende que entratándose de la relación -- contractual verbal, basta que se de la relación entre el empleador y el empleado, remunerándose el servicio que se presta, sin que medie contrato alguno.⁷

1.3.2. ESCRITO.

El contrato de trabajo escrito, implica necesariamente como --
⁷ Ley Federal del Trabajo. Exposición de Motivos.

una de las partes formales del contrato mismo, los conceptos de relación y contrato individual de trabajo, en los términos en los cuales se concluye la subordinación, y que viene a ser el elemento distintivo de las relaciones que se rigen por el Derecho del Trabajo, - de las que se encuentran reguladas por otros ordenamientos jurídicos, y es aquí donde no solamente basta la manifestación de la voluntad para que se dé la relación contractual, sino que además se requiere de que se atienda a los elementos formales del contrato de trabajo apegado a estrictas Normas de Derecho Laboral.

El concepto de subordinación, se entiende de manera general -- como la relación o vínculo jurídico que se crea entre la figura del empleador y del empleado, relación por virtud de la cual se obliga el empleado trabajador a la prestación de los servicios respecto -- del patrón, a cumplir con las obligaciones que nacen de la relación contractual apegadas a estricto derecho mencionándose así y pudiendo ser en un formato las condiciones de trabajo, prestaciones, jornadas de trabajo, salarios, etc., así como también las instrucciones dadas para el mejor desarrollo de las actividades empresariales.

Con respecto de la relación de trabajo la Doctrina y la Jurisprudencia han reconocido de manera uniforme que los contratos de -- trabajo no se pueden incluir ninguna cláusula que implique una renuncia a las normas protectoras de la clase trabajadora, por otro -- lado deben quedar consignadas las que vengan a favorecer a la clase

social pero en cambio no existe un criterio firme respecto de la renuncia que puedan hacer los trabajadores de las prestaciones a las cuales tienen derecho o que en un momento dado puedan devengar, alguna de éstas pueden ser los salarios por trabajos prestados o indemnizaciones por riesgos realizados.

El derecho del trabajo dentro de sus postulados establece la nulidad de las renunciaciones de los trabajadores respecto de sus derechos en cualesquiera que sean las formas o denominaciones que al respecto se le den, dado que estas formas y denominaciones han constituido uno de los procedimientos que permiten burlar los fines de la Legislación Laboral de ahí se desprende que si un trabajador manifestando su libre voluntad renuncia por ejemplo cada semana a percibir parte del salario al cual tiene derecho, la Legislación del trabajo en presencia de esta figura jurídica resultaría inútil. Sin embargo, la nulidad de las renunciaciones no puede llevarse al extremo de prohibir los convenios y liquidaciones con los patrones o con la figura de la empresa, porque llegado el momento y estando en ese extremo resultaría que en todos los casos de divergencia sería indispensable acudir ante los Tribunales Laborales y asimismo decidir la controversia; de ahí que la Legislación Laboral admita los convenios y liquidaciones siempre y cuando éstos no sean contrarios a los actos jurídicos que medien la relación obrero-patronal y que se sujetan básicamente a dos requisitos: PRIMERO.- Tales convenios y liquidaciones deberán hacerse por escrito, conteniendo una relación -

circunstanciada de los hechos que originan o motivan el convenio o liquidación, así como también los derechos que queden comprendidos en él; SEGUNDO.-Tal manifestación de la voluntad apegadas a Derecho deberán ratificarse ante los Tribunales Laborales cuidándose de que el acto no cotenga la renuncia de alguno de los derechos de los trabajadores.

Dentro del Código Laboral y dentro de sus postulados es determinante la proposición a evitar el peligro que significa la posibilidad de que en los convenios que se celebren entre las organizaciones sindicales y las patronales, durante la vigencia de los contratos colectivos de trabajo, se afecten los derechos individuales de la relación contractual de todos y cada uno de los trabajadores. -- Evitando el peligro se adopta dentro del postulado jurídico laboral los principios generales que vienen a dar firmeza a la relación -- obrero-patronal y se puede mencionar en primer lugar, que con base en el principio de retroactividad que rigen las normas de las relaciones jurídicas, se determina que los convenios que se celebren, -- regirán únicamente para el futuro y que por ningún motivo o caso -- particular podrán afectarse las prestaciones a que tienen derecho -- los trabajadores y las ya devengadas en segundo lugar puede mencionarse que el Contrato Colectivo de Trabajo es la fuente de derecho para la empresa, los convenios no podrán referirse a trabajos individualmente determinados sino que habrían de tener un carácter general para que medie cordialidad en las relaciones obrero-patronales-

y en tercer lugar se menciona que cuando los convenios impliquen -- una reducción de los trabajos de la Empresa el reajuste deberá efectuarse de conformidad con las normas que rijan a los derechos de antigüedad de los trabajadores.

De lo anterior se desprende que el Contrato de Trabajo por escrito tiene como finalidad principal la protección de los derechos que nacen con motivo de la relación obrero-patronal, atendiendo a las formalidades del Derecho Laboral entratándose de materia contractual especificándose los elementos básicos del Contrato de Trabajo. En primer término considerando la voluntad de las partes y la subordinación que nace de esta relación y en segundo término que esta relación de trabajo quede ajustada a Derecho protegiéndose las normas y condiciones de trabajo en que se dé la relación.⁸

1.4. RELACION DE TRABAJO ENTRATANDOSE DE TRABAJOS ESPECIALES.

La complejidad de la vida moderna, el creciente desarrollo y la variedad de las actividades a que el ser humano debe dedicarse para subsistir en mejor forma, el enfrentamiento, frecuente de intereses derivado de esa propia actividad, no podían dejar a un lado el concepto del Derecho de la clase social o derecho laboral.

En la relación que se establece entre quien presta un servicio

⁸ Ley Federal del Trabajo. Exposición de motivos.

y quien lo recibe, cuando no se trata de meros actos eventuales, se da una variedad de vínculos de trabajo que en su mayor parte pueda- estar regida por condiciones generales; pero existen determinadas - actividades que por su propia naturaleza sales de esa posibilidad y exigen una reglamentación.

Se debe reconocer que no siempre esa reglamentación es en beng- ficio de los trabajadores, sino que en cierto modo se crea para sog- tener la vida de la fuente de trabajo. Se ha dicho que cada vez que se legisla sobre alguna actividad humana se tiende a restringirla y en el caso del contrato de trabajo, se ha dicho que cada vez que se legisla y cuando se está refiriendo a actividades especiales, dife- rentes de las que pueden ser regidas por la generalidad de la ley,- se incluyen disposiciones que en efecto viene a restringir, a dis- minuir alguna libertad de los trabajadores, pero a cambio de ese sa- crificio bien puede decirse que le garantiza la posibilidad de con- tinuar trabajando, pues se sostiene activa la fuente de su labor.

En cada país se dan condiciones diferentes y en consecuencia - la legislación resulta también diferente. Donde algunos países la - historia del desarrollo de los grupos de trabajadores, de su organi- zación gremial y el desarrollo de sus oficios crearon estatutos es- peciales que han sido respetados por el Legislador, limitándose a - darles fuerza obligatoria. Tal es el caso de las disposiciones sobre el trabajo de los ingenieros, sobre el trabajo del transporte, al -

servicio doméstico o el de empleados de comercio y de los banqueros.

Otros sistemas, como el que usamos en México, establecen las diferencias dentro de la misma Legislación general, señalando que además las disposiciones de la parte general son aplicables a estos -- trabajadores, en cuanto no contrarían las normas específicas de la actividad.

En todo caso, con "Estatutos Profesionales" o con capítulos de la Ley se modifica el contrato de trabajo no en su esencia jurídica que sigue siendo la misma, sino que en su aplicación fáctica, ajustándola a la realidad del trabajo que se reglamenta.

En estas condiciones se puede afirmar, siguiendo el criterio -- de algunos tratadistas, en que se está abierta la posibilidad de -- aparición de nuevas reglamentaciones para nuevos trabajos que pudieran ir apareciendo y aún más, afirmaremos que por lo que hace a México ya existe la necesidad de que la Ley Federal del Trabajo sea -- acondicionada y adicionada con los capítulos convenientes para actividades específicas.

De lo anteriormente expuesto se puede dar una idea general sobre este tipo de contratos.

El Digesto habla del contrato al señalar su naturaleza diciendo: convienen los que de diversos puntos se reúnen y van a un mismo lugar; así también los que, por diversos movimientos de ánimo consienten en una misma cosa, esto es, se encaminan a un mismo parecer.

Algunos tratadistas en estudios de Derecho Civil mencionan: Que el contrato es la convención jurídica manifestada en forma legal, - por virtud de la cual una o más personas se obligan en favor de --- otra o varias o recíprocamente al cumplimiento de una prestación de dar, hacer o no hacer.

En las relaciones que se producen en el desarrollo del trabajo existen convenios orales o escritos, apoyados en la ley por los --- cuales el trabajador o trabajadores contraen obligaciones que a su vez crean derechos cuyo cumplimiento está a cargo del patrón o patronos. Consecuentemente se ha dicho que existe la figura del contrato como contrato de trabajo.

Los economistas de finales del siglo XIX acuñaron en su término contrato de trabajo, que fue acogido por las Leyes de Bélgica, - Suiza y Francia. Este contrato llegó a considerarse como elemento - esencial del Derecho del Trabajo, pero el normal desarrollo de esta disciplina, los estudios que se han venido realizando y las nuevas - teorías de ello derivadas han venido a hablar de algo diferente: la relación de trabajo.

Fue el tratadista alemán Wolfgang Siebert el primero en hablar de algo diferente: de la existencia de esta relación de trabajo, que crea las obligaciones mutuas entre trabajador y patrón, pero no quiere o requiere de una de las características esenciales del contrato de trabajo, que es la voluntad de quienes intervienen.

Nos damos cuenta de que en la actualidad la intervención del Estado a través de las legislaciones influye en forma constante sobre las condiciones en que se deben prestar los servicios, limitando la voluntad de las partes, tal como es el hecho de la fijación de salarios mínimos de jornadas máximas de trabajo, que señalan los Derechos de Escalafón, medios de calificación e inclusive que llegan a crear titularidad sobre los puestos de trabajo para el Sindicato, lo que permite a éste ser quien decide a la persona física, - al trabajador que debe ocupar ese puesto, aún sin contar con la voluntad del empleador, veremos que la realidad es otra, ha desaparecido ese aspecto esencial del contrato, cambiando en consecuencia - la naturaleza jurídica de la relación entre el trabajador y la empresa.

Es esta variación de la naturaleza del contrato la que ha llegado a hacer presente el vínculo jurídico de naturaleza específicamente laboral que liga al trabajador y al empleador, designándola como "relación de trabajo".

Pero por supuesto esa relación de trabajo o en el caso de existir el contrato de trabajo, están sujetos a una realidad específica la forma de prestación del servicio. Esto es lo que se reglamenta -- en una u otra forma y es a lo que nos vamos a referir cuando hablemos del contrato o de la relación de trabajo especiales.

Entraremos pues al análisis de esta forma de vinculación jurídica entre los trabajadores y sus patrones o empleadores.

Tanto la relación de trabajo como el contrato de trabajo, por referirse al mismo hecho social, el que una persona preste su fuerza y su energía para desarrollar labores en beneficio o en interés de otra, mediante una retribución, tienen los mismos elementos esenciales: el primero de estos elementos que caracterizan la situación jurídica es el hecho de que debe ser precisamente una persona física la que preste el servicio, mientras que quien lo recibe puede ser -- una persona jurídica; esta situación se desprende naturalmente de -- que el objeto de la realización jurídica es la aportación del esfuerzo personal, que requiere de la voluntad del trabajador, por lo -- que básicamente es necesario que sea una persona física la que señale su voluntad de trabajar y aporte la energía que posee o sus conocimientos o especializaciones.

La siguiente característica se refiere a que quien recibe los servicios debe tener la facultad de señalar cual es la actividad --

que desea le sea prestada, el lugar y la oportunidad en que ello debe suceder. Dicho en otras palabras tiene la facultad de mando, con la correlativa obligación por parte del trabajador de la obediencia.

Por último es básicamente necesario que exista la obligación - del empleador de pagar una justa de retribución por el esfuerzo realizado al trabajador; es decir, que exista la obligación de pago de salario o sueldo, pues de otra manera no se estaría en presencia de una relación de trabajo, sino tal vez de una subordinación fincada en la esclavitud.

Cuando se dan las tres características SINE QUA NON a que nos hemos referido, si hay documento en que se estipule se estará en — presencia de un contrato de trabajo, sino existe tal documento estaremos contemplando una relación de trabajo.

Ambas formas jurídicas están reconocidas en la mayor parte de las legislaciones modernas de trabajo y particularmente en la Ley - Federal del Trabajo Mexicana, donde en forma expresa se le reconoce igual fuerza y valor.

Es de nuestro conocimiento que las leyes regulan las relaciones entre los particulares, como sucede en el caso del trabajo, protegiendo los mínimos en lo que se refiere a las obligaciones patronales y los máximos en el desarrollo del esfuerzo personal, funda--

mentalmente esto último para evitar la fatiga, el agotamiento y la exposición de los trabajadores a enfermedad o al accidente.

Estas disposiciones generales de las Leyes, aplicables por su naturaleza a la gran mayoría de los trabajadores, en ocasiones resulta insuficiente para poder regular tipos específicos de actividades. Tal es el caso de los que se han llamado trabajos especiales que nuestra Ley Mexicana o estatutos profesionales en otras legislaciones.

Cuando la Ley Federal del Trabajo se refiere a este tipo de actividades, la exposición de motivos dice: "Existen trabajos de tal manera especiales, que las disposiciones generales de la Ley no son suficientes para su reglamentación; y en segundo lugar se consideró la solicitud de los trabajadores y aún de las empresas para que se incluyeran en la Ley las normas fundamentales para estos trabajos especiales".

Este criterio aunado con el de otros tratadistas nos lleva a lo siguiente: "los contratos especiales de trabajo contemplan una situación jurídica que emana de la necesidad de reglamentar de distinta manera situaciones jurídicas que emana de la necesidad de reglamentar de distinta manera situaciones jurídicas diversificadas por la actividad de quienes participan en ella."

Es decir, que en la Legislación Mexicana las disposiciones coinciden con la doctrina, salvo el hecho que desde el punto de vista - doctrinal se trata de contratos especiales mientras que según parece desprenderse del nombre del título sexto de la Ley Federal del Trabajo, los que resultan especiales son los trabajos, o sea la actividad que se trata de reglamentar.

No deja de ser esta una distinción meramente semántica, ya que del contenido de las disposiciones que aparecen en los diversos capítulos de dicho Título se desprende claramente que se trata de contratos especiales para diferenciarlos de los generales o de la relación de trabajo. Esto obliga a reflexionar de que en realidad en todos los casos en que se trate de pactar respecto de este tipo de actividades, debe constar por escrito la condición o condiciones de - trabajo, o sea por cuanto hace a los contratos o a los trabajos especiales únicamente debe considerarse la existencia del contrato de trabajo y no de simple relación de trabajo.

Por otro lado nuestra Ley contiene un Título Quinto destinado al Trabajo de las Mujeres y un Título Quinto Bis requerido al trabajo de los menores, que aparentemente no tiene razón de ser, pues en todo caso se trataría de una relación jurídica especial y deberían - caer dentro del mismo título de los trabajos especiales, que en - tre otros contemplan: trabajos especiales los cuales en la Legisla - ción Mexicana vigente aparecen varias actividades consideradas como

especiales. Desde luego se puede afirmar que no es nuevo tal Capítu lo, pues ya en la Ley Federal del Trabajo de 1931 se señalaban algunas modalidades de los Contratos del Trabajo, para los cuales existían normas específicas y a los que, según especificaba el artículo 41, podrían aplicarse las normas generales, siempre que no fueran - contrarias a las especiales.

Desde entonces aparecieron dentro de estas modalidades de contratación las referidas al trabajo de los domésticos, de los ferroviarios, del campo, del mar y de las industrias en pequeño; la nueva ley, llamada así desde que fue promulgada, agregó otros trabajos a los considerados especiales, en la inteligencia de que en 1931 y 1970 ya se habían considerado por ejemplo los de los tripulantes aéreos, el trabajo a domicilio y a la industria familiar. Los nuevos en la Ley en 1970 fueron los trabajadores de confianza, los agentes de comercio y similares, los deportistas profesionales, el trabajo en hoteles, restaurantes, bares y otros análogos, así como los del autotransporte que es en el que en esta ocasión le dedicamos especial atención y estudio, y por último se incluyó, posteriormente en 1977 el trabajo de médicos residentes en períodos de adiestramiento en una especialidad.

Muchos de los trabajos mencionados corresponden a contratos especiales en otros países, pero aún faltan por incluir algunos que son muy importantes y que ya están considerando.

Se dará una visión rápida al contrato que se refiere al trabajo de Autotransportes, señalando algunas de las modalidades que la Ley les imparte como específicas.

El trabajo de autotransportes, en el están comprendidos no solamente los operadores de vehículos foráneos, sino también los urbanos, incluyendo a los taxistas, con lo que se les viene a dar protección que la jurisprudencia les había negado durante la vigencia de la Ley anterior.

Respecto al salario, pueden ser fijados por viaje, por circuito, por distancia o porcentaje sobre boletos vendidos o sobre fletes contratados cuando se trata de carga.

También en el presente caso está permitido el pago de diferencias si las unidades que se operan son de diferente categoría, probablemente con base en el diferente ingreso que recibe el patrón.

Al igual que en caso de los ferrocarrileros dentro de sus disposiciones específicas se encuentran la de que no pueden tomar o dejar carga o pasaje sino en los lugares previamente señalados por patrón. Es el caso de las bebidas embriagantes, no solamente deberán abstenerse de ellas durante la jornada, sino desde doce horas antes de iniciada.

Algunas de las pretendidas responsabilidades que se les crean a los trabajadores del autotransporte serán muy difíciles de fincar tal es el caso del respeto a las disposiciones técnicas de tránsito que cuando están referidas al estado o equipo del vehículo no son a cargo del trabajador sino del patrón y mal podría aplicarse la sanción por este concepto.

Entre las causas del despido está la negativa sin causa justa a realizar el viaje o servicio contratado o su interrupción; pero es injusto el que se permita el despido porque hubiera una disminución en el volumen de ingresos producido por el vehículo, salvo causa justificada. Es injusto porque la Ley no señala cual es la importancia que debe tener esa disminución ni en que forma debe considerarse la reiteración de la misma.⁹

1.4.1. GENERALIDADES.

Se puede decir que las relaciones entre los trabajadores que prestan servicios a bordo de autotransportes de servicio público se consideran como relaciones de trabajo, las cuales se contemplan dentro de la Ley Federal del Trabajo, y que cualquier estipulación en contrario no producirá efectos legales y de igual manera impedirá que se ejerciten los derechos que se deriven de la prestación de los servicios. Considerándose así el ámbito personal o especial de

⁹CAVAZOS F. Baltazar. El Derecho Laboral en Iberoamerica. Edit. Trillas. Cap.36, pág.610.

válidez.

Que además se puede considerar que de la relación contractual se da no solo en lo individual sino además en la contratación colectiva, en donde también se contempla la no utilización de los servicios de menores de edad, quedando bien establecida la figura del patrón, encuadrándose además la responsabilidad solidaria.

Dentro de esta relación contractual se han determinado lo que representa la seguridad económica para el trabajador, es decir la fijación de los salarios en cuanto a que sean varios trabajadores en una sola maniobra, el cobro de salarios pagándose a intermediarios, el salario en día de descanso para el pago de las vacaciones, la determinación de la antigüedad en cuanto a la utilización del trabajador.

Contempla además esta relación todos los aspectos desde la prohibición para los trabajadores, hasta las posibles causales de rescisión del contrato o la relación de trabajo.¹⁰

1.4.2.SERVICIO PUBLICO.

En principio debemos entender al servicio público, como el conjunto de elementos personales y materiales, coordinados por los ór-

¹⁰Ley Federal del Trabajo.

ganos de la administración pública y destinados a atender una necesidad de carácter general que no podría ser adecuadamente satisfe--
cha por la actividad de los particulares, dados los medios de que -
éstos disponen normalmente para el desarrollo de la misma.

CAPITULO SEGUNDO

RELACION CONTRACTUAL EN EL DERECHO MERCANTIL

II.-RELACION CONTRACTUAL EN EL DERECHO MERCANTIL.

2.1.ANTECEDENTES.

Dentro de los Contratos Civiles y los Contratos Mercantiles, - según lo que se ha hablado respecto de la Unión del Derecho Civil y del Mercantil en materia de obligaciones y contratos, no existe diferencia alguna fundamental en la estructura orgánica de unos y --- otros contratos, lo que se explica la tendencia a la unificación de las normas sobre esta materia y el logro de tal unificación en las Legislaciones Suiza e Italiana. Aún en nuestro sistema que mantiene la dualidad de Legislaciones, la legislación Civil sobre Contratos- debe considerarse como el telón de fondo del cual resaltarán algu-- nas características o circunstancias accidentales, cuando el contra to adquiera la calidad mercantil. Pero no existen diferencias esen-- ciales. Por tanto, esta parte del Derecho Mercantil, o sea el Dere-- cho de Contratos de Comercio, debe considerarse como la suplementa-- ria de la parte correspondiente del Derecho Civil, por lo que sólo-- se hace referencia a aquellos aspectos de los contratos que el Dere-- cho Civil no considere, o que la Ley Mercantil trate de manera di-- versa que la Ley Civil.

Se puede señalar y también a manera de antecedentes de orden-- histórico, las disposiciones que rigieron en España, algunas de --- ellas tuvieron aplicación en nuestro país, otras, influyeron en la-

Legislación Patria.

Algunos tratadistas plantean algunos cuestionamientos: ¿Cual era en México el estado de la Legislación Mercantil, antes de la vigencia de las célebres Ordenanzas de Bilbao? y se responden así: A fines del siglo XVI, el Cabildo Justicia y Regimiento de la Ciudad de México, elevó una representación a la Corona, haciéndole ver que en atención al gran incremento que había alcanzado el comercio en la Nueva España, a los numerosos e importantes litigios que se suscitaban con motivo de asuntos mercantiles, y a los muchos perjuicios, dilaciones y gastos que aquellos ocasionaban, en virtud de tener que decidirse por el Derecho Común y por los Tribunales Ordinarios, era ya indispensable establecer en la Ciudad un Consulado, -- como los de Burgos y Sevilla, y suplicaba por lo tanto, que acordara su creación, autorizándolo el Rey Felipe II por cédula el 15 de junio de 1592.

A pesar de la oposición de los Escribanos de la Cámara y Relatores hecha a la cédula, no se suspendió su ejecución y el Virrey, -- el Presidente y/o Oidores de la Real Audiencia de la Ciudad de México de la Nueva España, la mandaron guardar, cumplir y ejecutar. Por cédula firmada por el Pardo el 8 de noviembre de 1594 se confirmó -- la primitiva de 1592 y se aprobó el establecimiento del Consulado.

Tal Consulado tenía sus propias Ordenanzas, se mandaron apli--

car las de Burgos y Sevilla. Las ordenanzas se formaron en el propio Consulado y se enviaron a España para su sanción real, la cual tuvo efecto el 24 de julio de 1604. Felipe III aprobó las Ordenanzas del Consulado de México, Universidad de Mercaderes de Nueva España.

El consulado de México tenía funciones Legislativas, Judiciales, Administrativas y Militares. En cuanto a las funciones Legislativas consistían en la tarea de crear y someter las Leyes Mercantiles a la aprobación del Monarca. En ejecución de las funciones administrativas, el Consulado procuraba la protección y fomento del comercio y en relación a éste cuando actuaba en su función judicial, resolviendo las controversias que del mismo derivaban. Cuidó de los intereses generales mercantiles para lo cual ejecutó obra de gran importancia. La función financiera la desempeñaba por la recaudación de un impuesto o derecho aduanal con el nombre de avería y también se constituía el arrendatario de alcabalas y rentas públicas. Hubo un cuerpo militar de Mercaderes llamado regimiento urbano de comercio en el cual el Consulado intervenía para proponer las vacantes de Jefes y Oficiales.

Transcurrieron dos siglos durante los cuales solo operó el Consulado de México. Fue hasta 1795 que por Real Cédula de 17 de enero se creó el Consulado de Veracruz después el 6 de junio del mismo año, el Consulado de Guadalajara. Más tarde se fundó el Consulado -

de Puebla, con la sola autorización virreynal, que no llegó a ser -- confirmada por el Rey. Antes, el Consulado de México tuvo jurisdicción en Nueva España, Nueva Galicia, Guatemala, Soconusco y Yucatán.

Disposiciones de carácter mercantil son recogidas en la Recopilación de Indias que promulga Carlos II en 1681. El Libro IX, que -- reglamenta el Comercio especialmente entre las colonias de América y España, manda nuevamente aplicar las Ordenanzas de Burgos y Sevilla, con carácter supletorio de todos los puntos omisos de las Leyes de Indias, que así también se conoce a la Recopilación; Sin embargo, se ha escrito, fueron tan grandes la autoridad y respeto que conquistaron las Ordenanzas de Bilbao, por su perfección y porque -- de Bilbao vuelven a aplicarse.

Cuando se restauró la República de 1867, se pensó en la creación de un Código de Comercio que pudiera aplicarse en todo el territorio y para ello hubo necesidad de reformar la Constitución de 1857, en su artículo 72, de manera que el Congreso quedara facultado para expedir Códigos Obligatorios en toda la República, de Minería y Comercio. La Reforma se hizo hasta 1883. Al año siguiente se promulgó el Código de Comercio. Este Código de 1884 derogó todas -- las disposiciones mercantiles incluyendo las Ordenanzas de Bilbao.

Como tercero y actual Código de Comercio, nos encontramos con el de 1889, vigente a partir del 1º de enero de 1890. Su antecesor--

de 1884, como el primero de 1854, tuvieron efímera vigencia. En su preparación influyeron tanto el Código Español de 1885, como el Italiano de 1882, ambos influenciados también por el Código Francés de 1808.

Un buen número de sus disposiciones han sido derogadas como consecuencia de la creación de diversas Leyes que ha habido necesidad de dictar para regular en forma más adecuada las materias que las mismas tratan.¹¹

Hablando en otros términos y considerando al Derecho Mercantil como un Derecho que es único es menester referirse a la tradicional clasificación del Derecho en Público y Privado, en la que todavía se insiste, en lugar de ayudar, obstaculizan la necesaria actualización de la materia. Esta distinción se ha convertido en deficiente fundamento de un conocimiento académico de tipo estructural, a nivel docente, y en un arma de ruinoso inutilidad, a nivel profesional.

La crisis que desde hace años vive la autonomía de la voluntad, antecedente que es origen de una de las dos grandes clasificaciones tradicionales, justamente la del Derecho Privado, ha provocado que algunas materias jurídico-privadas desaparezcan como tales debido a la acción de penetración que por parte del Derecho Público ha sufrido

¹¹ VAZQUEZ del Mercado Oscar. Contratos Mercantiles. Edit. Porrúa, S.A. México, 1982, pág. 21.

do el Derecho Privado. Y es aquí donde cabe un cuestionamiento: ¿Es ta desapareciendo el Derecho Privado? Si la respuesta fuera afirmativa estaríamos en presencia de un problema, pues una de las ramas tradicionales de éste es precisamente la Mercantil, y resultaría, - que, o bien el Derecho Mercantil está desapareciendo, o bien, se es tá convirtiendo en Derecho Público. Este cuestionamiento deja ver - la actual inoperancia de la clasificación citada, en tanto que el - Mercantil no esta desapareciendo, y en cuanto que no es exclusiva-- mente público o privado. Ante este inexplicable desconcierto, varios enunciados filosóficos emanados en la primera mitad del siglo y con solidados en la segunda, nos auxilian en el problema de clasificac-- ión: El Derecho, fuerza normativa, es cambiante porque la realidad que organiza es cambiante en el tiempo, y si el objeto calificado - del Derecho cambia, cambiará también el sistema de clasificación; - no cambiará la intensidad de la fuerza normativa sino su forma y -- por tanto, sus posibilidades de ser calificada.

No obstante la multitud de posibilidades de clasificación, el- Derecho, como fuerza normativa destinada a organizar las relaciones intersociales, es solamente uno.

No se puede negar la necesidad científica de clasificar metodo lógicamente un objeto con la finalidad de obtener un mejor conoci-- miento del mismo y proporcionarle un lenguaje propio. Pero, en el - caso del Derecho, al persistir la tradición de clasificarlo en públi

co y privado, resultará insuficiente un poco tiempo, ya que en la - definición público entrará todo el tema y sería ilógico el intento de clasificar algo que carece de alternativa. Dicho de otra manera, anteriormente se dieron en el Derecho tantos aspectos típicamente - privados y tantos típicamente públicos que se justificó clasificarlo en función de esa realidad: Lo público y lo privado, pero desapareciendo esa tipicidad, desaparece la justificación de tal clasificación.

En tales condiciones conviene indagar qué cosas y qué actos se presentan en el Derecho como manifestaciones típicas y diferentes a la vez, e intentar una clasificación real, que resulte de esta manera útil en cuanto a la exposición y claridad en la materia de Derecho Mercantil.

Actualmente, son tres las circunstancias suficientemente típicas que permiten una clasificación utilitaria del Derecho:

Primera.-Desde el punto de vista de su concordancia con la realidad, en Derecho eficaz o ineficaz.

Segunda.-Desde el punto de vista del tipo del bien jurídico tutelado por la norma, en modelos de carácter público y modelos de carácter privado.

Tercera.-Desde el punto de vista del ámbito en que debe aplicarse la norma, en nacional, extranjero o internacional.¹²

¹² DAVALOS Mejía Carlos. Títulos y Contratos de Crédito, Quiebras. - Edit. Haria, 1984. pág.3.

2.2. CONTRATO MERCANTIL.

Tratando de obtener una noción del Contrato Mercantil. Esta — viene a ser como el Contrato Mercantil que es un acto de comercio y que constituye una categoría jurídica formal: Serán mercantiles según se ha indicado, los contratos a los que la ley atribuya la mercantilidad. Y conviene repetir que a propósito de los actos de Comercio: En la mayoría de los casos, el Legislador atribuye la mercantilidad a los contratos cuando recaen sobre cosas mercantiles.

Ahora bien cuando hablamos de Contratos Mercantiles la importancia de la expresión no se encuentra en el calificativo mercantil, sino en el concepto de contrato, que en su esencia no difiere del que se considera civil, Privado o Común; y así, si sabemos que contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear derechos y obligaciones, esta definición es aplicable igualmente a los contratos — que por su forma o características accesorias se les llama mercantiles.

Y es aquí donde cabe una interrogante ¿Como distinguir a éstos, pues, para efectos de nuestro estudio? Pues acudiendo a criterios esgrimidos por autores de todos los países tales como: Que son mercantiles los contratos regulados por los Códigos de Comercio y no por los Códigos Civiles; que son mercantiles los contratos en los — que una o más partes tienen legalmente el carácter de comerciantes;

que son mercantiles los contratos que dan lugar a procedimientos ju
diciales supuestamente más ágiles que los Contratos Civiles; que -
son mercantiles los contratos en que su objeto acusa más claramente
su finalidad económica, etcétera.

Pero ahora surge otra interrogante: ¿Por qué si esas distincio
nes son ligeramente aceptadas, y aparentemente inconsistentes, hay
interés por dedicarles un estudio exclusivo?

La respuesta debe ser sincera: Los Abogados que especialmente-
conocen, estudian y manejan el Derecho Mercantil, empeñados en con-
siderarlo rama independiente y de características especiales, no --
pueden cejar en su empeño de luchar porque se le reconozca aquella-
calidad, y porque las operaciones de esa rama surjan, contratos por-
ejemplo, vuelvan a ser consideradas como especiales o independien--
tes del Derecho Civil, aún en lo que se refiere al procedimiento --
judicial que para su interpretación y solución, en su caso, puedan-
presentar.

Por lo expuesto en el último párrafo anterior, se propugna por
un método para el estudio del Derecho Mercantil, que implique:

Primero.-El estudio técnico y económico de las relaciones so-
ciales que rigen al Derecho Mercantil.

Segundo.-El estudio histórico comparativo del desenvolvimiento
de los aspectos de las instituciones de Derecho Mercantil en el --

tiempo y en el espacio.

Tercero.—El estudio exegético de las normas del Derecho Mercantil.

Cuarto.—El estudio sistemático de los principios del Derecho Mercantil, su interrelación con los preceptos y principios generales del Derecho Positivo en general.

Conocido de todos es el hecho de que en nuestro País han existido tres cuerpos de Leyes específicamente mercantiles: el Código de Lares, 1854; el Código de Comercio de 1884 y el vigente desde 1890 que ha ido desmembrándose en diferentes leyes a través de los años situación que de acuerdo a ciertos autores, no sólo a hecho perder fuerza al Código de Comercio, sino que ha robustecido su espíritu mismo.

Se ha querido encontrar esa desmembración un fundamento más para empeñarse en considerar al Derecho Mercantil como independiente del civil, y el mismo empeño cobra fuerza frente a situaciones como las que ha venido a iniciar la Ley Federal de Protección al Consumidor, en la que se desea ver un indicio de algo que aún parece lejano en nuestro medio: la creación y fundamento de Tribunales Mercantiles, presididos por especialistas y trayendo a la práctica principios que se hayan claros en los orígenes del comercio y de su regulación, y que hoy más que nunca estarían en consonancia con la época, la ideología y las necesidades sociales.

Para señalar cuando un contrato mercantil se perfecciona y adquiere por lo mismo su vida plena: este momento se da justo cuando la propuesta de una parte y la aceptación de la otra, coinciden y armonizan entre sí. Es decir, un contrato se perfecciona con el sentimiento manifiesto de las partes en relación.

De este perfeccionamiento son precedentes: la oferta o propuesta de una de las partes, propuesta naturalmente dirigida a alguien, y conteniendo en forma clara la declaración de voluntad del oferente: dicha propuesta además deberá mantenerse viva hasta el momento de la aceptación, pues de otra forma ésta podría no estar dirigida a algo real, vigente.

De una manera generalizada sobre la forma de los Contratos -- Mercantiles, que no es sino el modo de manifestarse el negocio en su forma exterior, pública. En base a lo anteriormente dicho, encontramos contratos formales y no formales; en nuestro Derecho se da la primera acepción a aquellos contratos a que los expresamente la Ley impone para su validez, determinada forma. Pero cabe señalar que esa imposición pierde fuerza frente a los principios básicos de todo contrato mercantil: la buena fé y la rapidez; así, basta la palabra oral para crear la obligación mercantil. El problema surgirá a nivel procedimental: para demostrar en juicio la validez del contrato, la forma será insustituible.

Y nos preguntamos ¿Que razones han existido para fijar a ciertos contratos formalidades ineludibles, y cuales son éstas?

La respuesta es sencilla: se trata de evitar decisiones impensadas por parte de los contratantes; fijar con toda exactitud el momento en que el contrato se perfeccionó por la coincidencia de la propuesta y la aceptación de que ya tratamos, hacer más amplio y detallado el contenido del contrato, y sobre todo, hacerlo oponible frente a terceros ajenos a la relación básica. Ahora bien, las formalidades se refieren a: plasmar por escrito la voluntad de cada uno de los contratantes y elevarlo a escritura notarial, no siendo supuesto indispensable del primer aspecto, en segundo.

Respecto de la interpretación del contenido de los contratos: siendo la voluntad de las partes la esencia del contrato, desentrañarla de contenido de éste, debe ser actitud y operación previa a cualquier otra, como será, en su caso, la interpretación judicial o legal, naturalmente ejercida por el juzgador, quien deberá respetar en todo caso, la buena fe como norma para su labor; así, se ha dicho que sería equivocado por parte del órgano judicial, iniciar su interpretación de un contrato, aplicando supuestos y construcciones jurídicas; es sólo hasta que ha agotado ese criterio emanado de la buena fe de los contratantes cuando él interprete podrá ir al encajonamiento del contrato dentro del casillero que conforme a la ley pudiera corresponderle, y aún más si fuere necesario: llevar en ing

trumento al campo de la doctrina jurídica, y a los usos y costum---
bres mercantiles. Pero aquí cabe agregar que, siendo tan definitivamente trascendente la voluntad de las partes contratantes, tiene lí
mites, como son: la ilicitud, que significa la contravención a las-
leyes o a la moral, y a la prohibición expresa de la Ley en sus mo-
dalidades administrativa, hacendaria, civil, etcétera.

Para confirmar lo anterior y concluir lo relativo a la inter---
pretación de los contratos, resulta adecuado transcribir la exposi-
ción de motivos del Código Civil de 1928, considerado como el Pri-
mer Código Mexicano del Derecho Privado Social, producto de la ideo
logía revolucionaria, socialista o intervencionismo estatal, en lo-
que se refiere a interpretar los contratos tomando en cuenta, funda
mentalmente, los intereses colectivos sobre los individuales, sin ---
dar un apoyo decidido a la autonomía de la voluntad, imponiendo cláu
sulas irrenunciables; a saber:

"El contrato se interpretará en los términos declarados, aún -
cuando no correspondan a la intención de las partes y es que la ló-
gica de este segundo sistema así lo exige, porque todo ordenamiento
jurídico que deja a un lado el principio de la autonomía de la vo-
luntad para imponer en los contratos determinadas obligaciones, pa-
ra restringir esa libertad de los contratantes y para en alguna for
ma hacer prevalecer la voluntad del Estado sobre la de las partes, -
tiene como base ésta: no es la intención la que nos va a dar el sig-
nificado y alcance de las cláusulas de un contrato, sino los térmi-

nos que se han empleado, que determinan una seguridad objetiva y -- que la Ley debe amparar, no por el interés de los contratantes, sino de los terceros que puedan vincularse a un contrato, que pueden adquirir derechos fundándose en sus términos preferentemente. Es -- decir, por la seguridad dinámica que se protege en un sistema que no es individualista.

Una clasificación general de los contratos es la siguiente:

Contratos nominados e inominados.

Contratos atípicos o innominados.

Contratos bilaterales o unilaterales.

Contratos onerosos o gratuitos.

De los contratos onerosos son: conmutativos y aleatorios.

Y los contratos de adhesión.

Ahora bien, respecto del contrato de concesión se puede decir que este tipo de organización, aparece precisamente en el momento -- del paso a una economía de cambio, organizada por los productores y distribuidores.

En 1960 y 1961, cuando Francia, Bélgica, respectivamente reglamentan por primera vez el Contrato de concesión, definiéndolo más o menos en los mismos términos: acuerdo que liga al proveedor con un número de comerciantes a los cuales les reserva la venta de un pro-

ducto, a condición de que, a su vez, ellos satisfagan un determinado número de obligaciones.

Pero como un antecedente de esta figura, pueden señalarse los contratos de distribución que algunas doctrinas ubican a fines del siglo pasado, y celebrados entre fábricas de cervezas y un distribuidor al menudeo de este producto.

Desde luego, el término concesión está tomado del Derecho público y orientado principalmente al Derecho Administrativo, en el que se ha entendido como una forma de explotación de los servicios públicos. Por medio de esa figura, el Estado concede en exclusiva a una persona física o moral, la explotación del servicio o bien, a cambio del llamado Canon que se obliga a pagar el concesionario.

Mercantilmente hablando, la concesión ha nacido más o menos -- dos décadas, como una técnica de distribución en el mercado de bienes fabricados por una empresa, buscando mayor auge en los lazos entre fabricante y comerciante, y buscando también mayores servicios a los consumidores, evitando en cierta forma los efectos de la competencia, vigilando mejor el producto y promoviendo y conservando -- adecuadamente el prestigio de sus marcas.

En nuestro país, encontramos un concepto técnico de la concesión administrativa, dentro de la respectiva Ley, al referirse a que

compete al Gobierno Federal por conducto de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público otorgar a los particulares concesión para dedicarse al ejercicio de la banca y del crédito, asimismo la Ley de Vías de comunicación, al referirse a la concesión necesaria a particulares para construir, establecer o explorar Vías generales de comunicación, que también otorga el Ejecutivo a través de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes.

Pero en México, en todas partes, la concesión, con carácter mercantil, es una realidad más, resultado de la capacidad creadora en la práctica mercantil, empresas que buscan la colaboración de otros comerciantes o empresas, para la consecución de sus fines.

En el tráfico moderno, la utilidad de la concesión no ofrece dudas: el fabricante mayorista orienta todo su esfuerzo en la distribución de sus productos, sin preocuparse por hacerlos llegar a los consumidores, adquiriendo indirectamente la dirección y control sobre su marca, con todos los beneficios que ello puede significar. Los elementos personales de este contrato, naturalmente tomado en su práctica comercial:

El concedente, que es el fabricante o distribuidor original de un producto o servicio.

El concesionario, a quien el concedente vende y reconoce la exclusiva de reventa o distribución definitiva del producto o servicio.

Ambas partes pueden tener el carácter de comerciantes individuales o colectivos, siendo en la práctica muy frecuente que el concedente sea una sociedad mercantil, y el cesionario un comerciante individual, sobre todo si se trata de vender y revender, respectivamente, productos de precio modesto.

Respecto del objeto del contrato, esto es, del elemento real - del mismo, algunas doctrinas sostienen: que suelen ser objeto de -- concesión, los productos estandarizados, fabricados en serie y por lo mismo, con posibilidades de alcanzar mercados en todos los estrato sociales: además son productos que al llegar al concesionario, - se encuentran ya respaldados por una opulenta publicidad, impuesta precisamente por los mercados en potencia.

En principio, toda clase de bienes son susceptibles de concesión, aunque hoy día se encuentran básicamente en la industria del automóvil y de la maquinaria pesada y semi-pesada.

Por tratarse de un contrato atípico, esto es, sin regulación - expresa en la ley mexicana, no es sujeto de ninguna formalidad, -- aunque la costumbre y el volumen de las operaciones comerciales que al amparo de este contrato se realizan, hacen que se celebre por escrito, con un clausulado por demás complejo, que engloba títulos -- como éstos: exclusividad de venta; derechos de control para el concedente; inexecución de las obligaciones; cláusula penal en relación

a esa inejecución; prohibiciones a los concesionarios; pedidos y entregas, etcétera.

Se ha afirmado que en nuestra legislación y en la mayoría de las legislaciones a nivel mundial, la concesión no se encuentra expresamente regulada, por lo que se ha encuadrado este contrato dentro de los innominados, la principal discrepancia entre la compraventa y concesión es que este último contrato, al concesionario le importa específicamente el poder vender los productos en exclusiva, -- para lo que necesita y existe la colaboración del concedente.

En ninguna de las formas de compraventa hayamos este carácter, pues el vendedor concluye su intención contractual en la compraventa al entregar el producto y recibir el pago, sin que esa colaboración, básica de la concesión sea distintiva entre el vendedor y el comprador.

Además, en la concesión los derechos y obligaciones de las partes no se agotan ni mucho menos en las respectivas compraventas -- que los contratantes realizan, y en la compraventa sea cual fuere -- su clase, si se presenta tal agotamiento de compromisos, en el momento mismo en que se realiza o produce la entrega de bienes y precio, respectivamente, por parte de los contratantes.

Con el mandato tampoco existe identificación, principalmente --

porque en la concesión el concesionario conserva su independencia - jurídica y patrimonial, y en el mandato el mandatario gestiona negocios ajenos.

Además, el objeto del mandato puede no ser precisamente una -- venta a nombre del mandante, y en la concesión el espíritu prevale-- ciente es la colaboración para ventas y reventas a cargo del conce-- dente y concesionario, respectivamente.

Pero tampoco puede entenderse a la concesión como contrato pre liminar, en virtud de que éste no es sino la promesa bilateral o -- unilateral de contratar, sin que tal promesa por sí sola, lleve a la adquisición de derechos y obligaciones.

En cambio, la concesión, desde el momento mismo de su celebra-- ción, crea para las partes el acervo de derechos y obligaciones a -- los que ya anteriormente se ha referido o descrito.

Así, y después de analizar las diferencias que distinguen a la concesión de entre otros contratos aparentemente identificables con ella, se puede concluir que se trata: de un contrato atípico, bila-- teral, oneroso, de contenido múltiple y finalidad típicamente comer-- cial; la adhesión cuando el concedente tiene como propósito el --- crear una vasta red distribuidora de sus productos, integrada por -- una pluralidad de concesionarios. Es además contrato mercantil, so-

Además debe señalarse que en este contrato se considera mercantil principalmente por sus antecedentes, que se remontan al inicio mismo del intercambio de mercaderías o productos que, para llegar a sus posibles consumidores, requería, como servicio adicional de la propia operación comercial; y a manera de reflexión: nuestras grandes concentraciones humanas parecían sin la posibilidad del transporte masivo de satisfactores, provenientes de zonas de producción y a veces también del procesamiento, por demás lejanos de aquellas urbes.

El transporte terrestre ha presentado en su desarrollo, gran variedad de modalidades, pero su auge definitivo puede fijarse coincidiendo con la aparición en las civilizaciones de los vehículos de tracción mecánica, notable ya a mediados del siglo pasado.

Ahora bien, atendiendo a las diversas clases de transporte terrestre, podemos mencionar lo siguiente:

Primero.-Según lo transportado, este contrato puede ser:

De personas, de mercancías, de documentos.

Segundo.-Según el medio utilizado para el transporte puede ser:

Ferrovionario, camionero.

Tercero.-El volumen transportado, podría clasificarse como:

Masivo, parcial, particular.

Cuarto.-Por el carácter de porteador, el transporte es:

Público, privado; y

Quinto.-Por la extensión del transporte el servicio puede ser:
Urbano, rural, mixto.

Dentro del contenido del contrato de transporte terrestre, y partes que en el mismo intervienen, se puede mencionar los elementos personales del contrato, son de diferenciarse con claridad:

1.-Porteador, que es la persona física o moral que acepta la obligación de realizar el transporte, por sus propios medios, o explotando la transportación pública.

2.-Cargador, que es la persona física o moral que entrega la carga al transportar.

3.-Y el consignatario, persona o empresa a quien deberá ser entregada la carga transportada.

Porte es el término con que se designa la cantidad que está en juego como pago, en el contrato a que se hace referencia. Y es carta de porte, el título representativo de la mercancía, aunque independiente del contrato relativo, además de constituir la prueba básica respecto a las obligaciones que adquiere el contratar, tanto porteador como remitente o cargador.

Cuando se trata de transporte de personas, el billete o boleto que el porteador entrega, es el elemento probatorio de la obligación de éste, y suele expedirse en forma anónima. Obviamente en el contrato de transporte de personas, la obligación de custodia por -

parte del porteador, desaparece, aunque no éstas otras obligaciones:

Transportar al viajero a través del itinerario fijado; en el -
plazo o tiempo convenidos y con la asignación previa de una plaza -
en el vehículo, de la clase, categoría y condiciones pactadas; trans-
portar al propio tiempo el equipaje de viajante, también en las con-
diciones de seguridad, higiene y condiciones generales que los usos
y costumbres señalen.

Por parte del viajero, su obligación fundamental es pagar el -
precio del transporte, y guardar la compostura y conducta adecuadas
dentro del vehículo transportador.

La responsabilidad sobre la vida y seguridad física en general
del viajante, y a cargo del porteador, se regulan por reglamentos es-
peciales y por la Ley Civil vigente.

Las peculiaridades que presenta este contrato, doctrinalmente-
se le considera a este transporte terrestre como una subespecie de
arrendamiento de obra. Además, es contrato generalmente de empresa;
consensual; sinalagmático perfecto; oneroso y con reducida auto-
nía de la voluntad de las partes, en ocasiones por tratarse de con-
tratos de contenido fijo por parte del transportador.¹³

¹³ OLVERA de Luna Omar. Contratos Mercantiles. Edit. Porrúa, S.A., --
México, 1982. p.p.1,103,297.

2.2.1.GENERALIDADES.

Al contrato mercantil se le tiene como un elemento de circulación. Dado que la actividad mercantil es un fenómeno circulatorio. Dado que la actividad mercantil es un fenómeno circulatorio. El comercio consiste en la intermediación en el proceso de la circulación de los bienes y de los servicios, con destino al mercado general.

EL PROCESO CIRCULATORIO PUEDE asumir tres formas, hay circulación, si tanto el titular de un bien traspaşa definitivamente el goce de éste a otra persona o sea el cambio, como en el caso de que la cesión del goce sea simplemente temporal, o sea el crédito, o en el supuesto de que ese bien pase a ser gozado conjuntamente por dos o más personas, es decir asociación.

Cambio, crédito y asociación son las tres manifestaciones capitales del fenómeno circulatorio.

La buena fé también se presume en el contrato mercantil. Pues los efectos de la buena y mala fé sobre los contratos mercantiles presentan un fenómeno curioso. En tanto que la mala fé no influye en la validez de ciertos contratos, como la compra-venta en otros como en los seguros de buena fe absoluta y líquida es esencial, y aún la simple reticencia puede anular los efectos del contrato, por

lo que tradicionalmente se ha dicho que el contrato de seguro es de exquisita buena fé. Debe entenderse en términos generales que siendo el tráfico mercantil esencialmente especulativo, debe haber cierta tolerancia aún en el engaño sobre calidades de mercancías y sobre otros elementos determinantes sobre el precio de las mismas. Esto es lo que viene a explicar el conocido fenómeno del regateo.

Ahora bien, dentro de la ciencia económica y el derecho, se hace referencia a la convivencia humana en cuanto a que no sería posible si los hombres desde que se asociaron, no hubiesen establecido normas que los rigieran. La gama de relaciones que se dan en la sociedad, obliga a orientarlas de tal manera que quienes intervienen en ellas necesariamente se ajustan a determinados mandatos que son precisamente los que condicionan la concordia entre las personas de un estado y de los estados entre sí. Esos mandatos en un régimen de derecho son el contenido de las normas jurídicas, las cuales, en su conjunto constituyen el ordenamiento jurídico.

En tal ordenamiento hay una serie de normas que toman el nombre de mercantiles y que son aplicadas a un sector que se ha considerado del campo de la economía, porque estas normas rigen en forma principal y definitiva de la actividad de las personas que actúan en el ámbito de la producción y distribución de la riqueza.

El campo económico comprende los diversos mecanismos de produc

ción, distribución y consumo de la riqueza que son fenómenos que se ocupa de observar, estudiar y describir la ciencia económica.

En relación con estos fenómenos los economistas no se concentran solamente a su descripción después de observarlos y estudiarlos, sino que buscan dar soluciones de orden práctico, de manera que sean favorables dentro de la vida económica. En este momento que es cuando se presenta la dificultad para ellos, ya que la búsqueda de las soluciones se da necesariamente dentro de la vida social, en la cual los fenómenos económicos se suceden. La sociedad representa un mundo de relaciones complejas que son encuadradas dentro de los marcos, cuya delimitación debe quedar fijada nada menos que por el derecho. Si los fenómenos económicos deben tener aplicación práctica, una vez que se dan en la sociedad, la ciencia del derecho está presente para su regulación. No puede pensarse sólo en una producción masiva, por ejemplo, para ser frente a las carencias de una población, sin reconocer al mismo tiempo la necesidad de su reglamentación por las normas jurídicas, a efecto de que todos los actos en relación con esa actividad económica se encuadren en el campo de lo jurídico y que permita por ello, y sin duda alguna, evitar desviaciones que acarreen como consecuencia el desquiciamiento de la misma producción en perjuicio de la comunidad que viven dentro de un sistema de derecho.

De nada serviría proclamar la necesidad de crear fuentes de --

trabajo, de producir si el productor, el distribuidor, o el consumidor, no van a encontrar la adecuada protección de la ley.

La ciencia económica constata los fenómenos económicos, pero es el derecho quien interviene para organizar esos fenómenos. Se tiene que pensar en la actividad de la banca, que incuestionablemente es una actividad económica, dentro de la cual se realizan una serie de actos, ésto es, de operaciones ya pasivas, ya activas, que van a caer en la esfera del derecho que las regula. En efecto es esta materia quien define estas operaciones, señala las condiciones en su ejecución y fija sus efectos y consecuencias. Es pues, en suma el derecho quien interviene para organizar los fenómenos sociales, y en especial, el derecho mercantil que juega el importante papel de organizador en gran parte de los fenómenos económicos.

No puede negarse que los hechos económicos son de la competencia del derecho en tanto ponen en contacto a las personas y originan por lo mismo relaciones jurídicas; sin embargo, sólo aquellas relaciones que se refieren al comercio fueron consideradas para ser atendidas por el derecho mercantil. Debemos recordar que la economía estudia los hechos económicos como tales, atendiendo a las leyes naturales y sociales que los producen, en cambio, el derecho mercantil, estudia las relaciones jurídicas que derivan, es decir, se crean entre los hombres, como consecuencia de esos hechos.

Dentro del concepto del Derecho Mercantil se tiene que estar sujeto, en cada país, a las disposiciones legales respectivas, esto es, al sistema de derecho vigente en cada uno de ellos. De esta manera tendríamos un concepto de derecho mercantil que atendiera al comercio o a los comerciantes que lo realizan, que sería un criterio subjetivo o un concepto que atendiera al acto de comercio y estaríamos frente al criterio objetivo. En consecuencia, si en contenido de nuestro derecho es principalmente el acto de comercio, el concepto de derecho mercantil se diera, necesariamente tendría que basarse fundamentalmente en él. Pero curiosamente el Código de Comercio no da un concepto de acto de comercio, y se limita a enumerar éstos. Con acierto se dice que no es posible deducir una noción genérica y unitaria de él, se toma de diversos supuestos que no es posible deducir una noción genérica y unitaria de él, se toma de diversos supuestos que el Código de Comercio reputa como actos de comercio y por lo tanto, tendríamos que admitir que por actos de comercio debe entenderse aquellos enumerados en el Código mercantil vigente, o sea, que el concepto de ciencia mercantil sólo podría entenderse en función del derecho positivo.

Consecuentemente, para obtener un concepto de derecho mercantil, basado en el acto de comercio, resulta necesario conocer qué es éste, lo que requiere el estudio de los actos que el Código enumera.

Después de hacer el estudio habrá posibilidad de entender porque en un sistema objetivo se define el derecho mercantil como — aquel derecho que regula los actos de comercio. El concepto podría considerarse acertado en principio, porque se basa en el sistema de nuestro Código esto es, de numeración de actos de comercio. No importa que no se comprendan todos los actos, porque la materia mercantil no es estática y por lo mismo, pueden darse otros actos diversos a los considerados, el concepto seguirá siendo válido aún — cuando por esa dinámica surga la necesidad de calificar como mercantiles estos otros, porque su fundamento permanecerá siendo el acto mismo, no determinados actos.

Ciara esta que el concepto puede resultar incompleto pero no — porque no se consideren en determinado momento todos los actos, sino porque no debe olvidarse al sujeto comerciante que los realiza, — así como a los sujetos auxiliares mercantiles, a ellos también rige, pero en función de su actividad mercantil.

Esto no es contradictorio, pues se ha afirmado que el derecho mercantil no puede basarse solo en la idea de comercio, que como — también se dijo se entiende como actividad en la que se realizan — los actos de comercio, puesto que en nuestro derecho el concepto se basa en el acto.

Diverso es entender que en la ejecución de los actos deban ne-

cesariamente darse la intervención, puesto que hay actos que siendo mercantiles se ejecutan sin que pueda hablarse de intermediación y que no por ello dejan de ser regulados por el derecho.

Pero pensar que después del estudio de los actos que el Código reputa mercantiles, puede darse un concepto absoluto de derecho mercantil sería erróneo. El concepto podría considerarse acertado en principio, porque se basa en sistema de nuestro Código, esto es, de enumeración de los actos de comercio, pero en realidad sería incompleto ya que hay actos que se comprenden en la materia mercantil, como señalamos que no están abarcados por el Código de Comercio, por no ser actos que el propio Código regule, se trata de actos de otras materias que tienen aplicación en la actividad comercial y -- que regulan normas propias de otras instituciones, no se debe olvidar que hay actos que sin ser mercantiles y encontrarse regidos por otras leyes caen en la materia mercantil. El concepto del derecho mercantil basado en el acto de comercio no los abarca, por ser actos regulados por otras disciplinas, como serían la adjudicación de inmuebles por liquidación de una sociedad mercantil, la aportación de inmuebles a una sociedad mercantil que las leyes fiscales equiparan a la compraventa para los efectos del pago respectivo.

Ahora bien, el Derecho Mercantil como el derecho de empresa, y dada la corriente moderna de considerar la empresa como eje del derecho mercantil y regresar así al criterio subjetivo, habrá necesi-

dad de hacer la referencia correspondiente.

En esta corriente doctrinaria se considera el derecho mercantil como un derecho propio de las operaciones realizadas en masa, o sea, la reiteración o repetición uniforme de unas mismas operaciones, de tal manera que el derecho mercantil no es ya la regulación de los actos aislados, sino que los actos en masa. La realización de estos actos requieren de una organización apropiada, precisamente llamada empresa. Entendiéndose a tal como el ejercicio profesional e una actividad económica organizada para los fines de producción o de cambio de bienes o de servicio. El derecho mercantil, es pues, el derecho que regula la empresa.

Sobre el particular, no se debe ignorar la influencia que tiene en el derecho, el desarrollo, no se debe ignorar la influencia que tiene en el derecho, el desarrollo técnico-industrial-económico, en la vida social. El surgimiento de grandes industrias, de grandes empresas, de grandes centros económicos, no pueden ser extraños al derecho, el que necesariamente debe seguir ese desarrollo de la vida social económica. El desarrollo de las empresas necesariamente es encausado por un sujeto, al que se le designa como empresario y es precisamente alrededor de estos conceptos que empieza a forjarse el conjunto de normas que van a regir su actividad. En consecuencia, como la vida comercial, parece que se concentra en torno a la figura del empresario, es lógico que el derecho comercial tien

da a considerarse como el derecho del empresario comercial.

Sin embargo habrá que decidir que tal actividad implica la ejecución de actos de comercio y que en última instancia, el concepto de derecho mercantil basado en la noción de acto de comercio. La -- reiteración de actos semejantes, la actividad uniforme, especializada y profesional, esto es, los actos en masa, en nada varía la naturaleza de los mismos y la regulación que de ellos se haga por el derecho será independientemente de que sean ejecutados aisladamente -- en masa.

A ello hay que agregar que habrá necesidad de resolver el problema que plantearían la regulación exclusivamente del empresario, -- esto es, regresar al sistema plenamente subjetivo bajo esta base. No se puede desconocer que hay personas que realizan operaciones de comercio, sin que tengan alguna organización, con carácter de empresa, sino simplemente lo hacen en forma particular, a quienes para distinguirlos del empresario se les llamaría simplemente comerciantes. Ellos también tendrán como el empresario, por ejemplo, de la necesidad del crédito, que es la base del derecho comercial, pero si esta disciplina regula la actividad del empresario, no caerán en su ámbito por no tener una empresa.

Por otra parte, en la vida de los negocios, no cabe duda, actúan profesionales, o sea empresarios o comerciantes, pero muchas --

personas sin ser profesionales de la industria o el comercio se ven precisados a intervenir en esta actividad, como aquél que adquiere valores, acciones de sociedades, para inversión propia, estas personas también quedarían fuera del campo del derecho mercantil, por no tener una empresa.

De esto se concluye que en un sistema objetivo quedan comprendidos todos aquellos que toman parte en la actividad industrial, comercial y agrícola, sean o no comerciantes, de manera que no se restringa en el derecho mercantil al empresario que se organiza, porque es ir contra la inercia que lleva poco a poco a todos los particulares e introducirse en la vida mercantil.¹⁴

2.3. ASOCIACION POR PARTICIPACION.

Atendiendo a lo que nos marca el articulado de la Ley General de Sociedades Mercantiles, en tratándose la Asociación el artículo 252 al tenor dice lo siguiente: La Asociación en participación es un contrato por el cual una persona concede a otras que le aporten bienes o servicios, una participación en las utilidades y en las pérdidas de una negociación mercantil o de una o varias operaciones de comercio.

Artículo 253.-La asociación en participación no tiene persona-

¹⁴VAZQUEZ del Mercado Oscar., ob.cit.,pág.25.

lidad jurídica ni razón social o denominación.

Artículo 254.-El contrato de asociación en participación debe constar por escrito que no estará sujeto a registro.

Artículo 255.-En los contratos de asociación en participación se fijarán los términos, proporciones de interés y demás condiciones en que deban realizarse.

Artículo 256.-El asociante obra en nombre propio y no habrá relación jurídica entre los terceros y los asociados.

Artículo 257.-Respecto a terceros, los bienes aportados pertenecen en propiedad al asociante, a no ser que por la naturaleza de la aportación fuere necesaria alguna formalidad. O que se estipule lo contrario y se inscriba la cláusula relativa en el Registro Público de Comercio del lugar donde el asociante ejerce el comercio.- Aún cuando la estipulación no haya sido registrada, surtirá sus efectos si se prueba que el tercero tenía o debía tener conocimiento de ella.

Artículo 258.-Salvo pacto en contrario, para la distribución de las utilidades y de las pérdidas se observará lo dispuesto en el artículo 16, las pérdidas que correspondan a los asociados no podrán ser superiores al valor de su aportación.

Y en correlación a este artículo, el 16 de la misma ley dice lo siguiente: el reparto de las ganancias o pérdidas se observarán, salvo pacto en contrario, las reglas siguientes:

1.- La distribución de las ganancias o pérdidas entre los so-

cios capitalistas se hará proporcionalmente a sus aportaciones;

II.-Al socio industrial corresponderá la mitad de las ganancias, y si fuera en varios socios esa mitad se dividirá entre ellos por igual; y

III.-El socio o socios industriales no reportarán las pérdidas.

Los contrayentes tienen, en principio, la más amplia libertad para fijar dichas normas, pero la ley prohíbe pacto leonino. De tal suerte que será nula la sociedad en que se estipule que los provechos pertenezcan exclusivamente a alguno o algunos de los socios y todas las pérdidas a otro u otros; en virtud del cual se excluya a uno o más socios de la participación en las ganancias; y en caso de ser así dicho pacto anula la sociedad, donde las cláusulas correspondientes del contrato social se tendrán por no consignadas y el reparto de utilidades se hará sin que se tome en consideración el pacto leonino.

De lo dicho se deduce que la voluntad de las partes no es omnipotente que su autonomía está limitada por ciertas normas legales inderogables por la voluntad de las partes.

En algunas legislaciones es nulo el pacto en virtud del cual uno o varios socios soportan las pérdidas y otros no; pero en nuestro derecho es válido y uno o varios socios pueden quedar excluidos de soportar las pérdidas. También asimismo podrá estipularse válida

mente que el asociado que aporte a su industria esté dispensado de contribuir a las pérdidas aunque tome parte en los beneficios que se repartan por igual entre todos los socios.

No obstante la posibilidad de la aportación de industria, el capital es esencial en las sociedades mercantiles, entendiéndose -- por capital la cantidad fija que debe determinarse cuando se constituye la sociedad. La permanencia del capital queda garantizada por la ley pues si hubiere pérdidas se reintegrará o reduce el capital-- de hacerse repartición o asignación de utilidades.

Aunque posteriormente la sociedad sufra pérdidas, e incluso -- llegue a ser insolvente la misma no puede dejar de repartir las utilidades, ni demorarse en ello.

Es inexacto que los socios industriales no reportan las pérdidas por que sí efectivamente las hubo, aunque tales socios no sufren disminución en un capital que no aportaron, tampoco obtienen -- remuneración a cargo de utilidades por los servicios prestados. -- Otro tanto puede decirse de los que aportan cosas reservándose el -- dominio; no pierden éste, pero quedó sin compensación el uso de la cosa aportada a la sociedad.

Artículo 259.-Las asociaciones en participación funcionan, se disuelven y liquidan, a falta de estipulaciones especiales, por las reglas establecidas para las sociedades en nombre colectivo en cuan

to no pugnen en las disposiciones de este capítulo.

El antecedente de la asociación en participación lo encontramos en la comenda, contrato típico del medievo, al cual nos hemos referido en otras ocasiones.

En Alemania se llama sociedad tácita a la Asociación en participación. Algunos autores dicen: la asociación en participación es una forma impropia de sociedad, por la cual una persona toma parte en los negocios mercantiles de la otra, dividiendo con ella ganancias y pérdidas. Donde podrán los comerciantes interesarse los unos en las operaciones de los otros, contribuyendo para ello con parte del capital que conviniere y haciéndose partícipes de sus resultados prósperos o adversos en la proporción que determinen.

En la doctrina mercantilista se entiende por sociedad momentánea instituida para la celebración de uno o varios negocios jurídicos, realizados los cuales, la asociación desaparece.

Algunos autores estiman que la asociación en participación es una asociación o sociedad oculta, esto es, que no se da a conocer como tal a terceros. La reglamentación de la asociación momentánea y la oculta se encuentra en el Código Mexicano de 1890, donde acoge los dos criterios y con el nombre de asociación comercial; y de acuerdo a los preceptos mercantiles vigentes, la asociación en par-

ticipación puede ser momentánea o permanente y oculta.

A este respecto hay dos corrientes: la primera, en la cual se entiende de que se trata de una sociedad especialísima, y la segunda que sostiene que no puede hablarse de un contrato de sociedad -- pero sí de un contrato próximo al de sociedad.

Dicha asociación no tiene personalidad jurídica ni razón social ni denominación.

Es evidente que persigue un fin común y son necesarias las -- aportaciones y las utilidades o pérdidas se distribuirán salvo pacto en contrario, observándose a lo que dispone la ley.

Y por otro lado es cierto también que el primer precepto de -- la ley mercantil no contempla a la asociación en participación entre las demás sociedades.

Las partes del contrato son: asociante y asociado, donde el -- asociante obra en nombre propio y no habrá relación jurídica entre los terceros y los asociados. Quiere esto decir que el asociante -- no puede plúrimo, sino único, de suerte que nos encontramos ante la existencia de un comerciante individual que gestiona un negocio propio, y con otras personas, los asociados coadyuvan con él.

Lo que el asociado da al asociante, para que lo emplee en operaciones comerciales, hácese propiedad de éste último, el asociado es un simple acreedor que tiene derecho a que se le dé cuenta de -- las ganancias y pérdidas del negocio efectuado. Esta doctrina la vemos consagrada en el artículo 257 cuando dice : respecto a terceros los bienes aportados pertenecen en propiedad al asociante, a no ser que por la naturaleza de la aportación fuera necesaria alguna -- otra formalidad, o que se estipule lo contrario y se inscriba la -- cláusula relativa en el registro público de comercio del lugar donde el asociante ejerza el comercio, y considero que es aquí el momento en que el concesionario del servicio público o asociante, al poner en manos del asociado que algunos han dado en llamar trabajador, la unidad móvil. Objeto del trabajo o comercio del cual se obtendrán las utilidades y generará a su vez gastos de aportaciones -- por diferentes conceptos, como pueden ser mantenimiento, reparaciones, etcétera, se celebre el contrato de asociación en participac--- ción y dada la naturaleza de la aportación se inscriba la formalidad respecto de la custodia, guarda, conservación, mantenimiento, -- cuidado de la unidad y se inscriba en el Registro Público de la Propiedad o de Comercio, incluso pudiendo protocolizar dicho contrato ante funcionario dotado de fe pública, para los efectos de ley, y -- así en un momento dado deslindar por completo en situación de hecho y de derecho, la relación obrero-patronal, y dada la naturaleza del contrato se puede estipular en el mismo en cuanto al renglón de seguridad social y demás efectos de ley para ambos, aún cuando la es-

tipulación no haya sido registrada, surtirá sus efectos si se prueba que el tercero tenía o debía tener conocimiento de ella, y es aquí donde el tercero puede llegar a ser o considerarse a las instituciones oficiales. Pues considerando que en un procedimiento de laudo - arbitral no podría fallar en favor del asociado, y con la obligación plena de demostrar la relación obrero-patronal, dado el antecedente del contrato de asociación en participación.

Los asociados están obligados a entregar al asociante la participación convenida que puede consistir en bienes o servicios, y el asociante debe llevar a cabo las actividades necesarias para la consecución del fin propuesto. Al asociante queda obligado a reintegrar a los asociados las aportaciones, más las utilidades que les correspondan una vez realizadas éstas o al expirar el término prefi-jado.

Y como se ha dicho frente a terceros la presunción de que los bienes aportados son propiedad del asociante; pero los asociados -- pueden pactar el reservarse el dominio de dichos bienes después de todo lo dicho podemos resumir que el asociante actúa en nombre propio y no la asociación en participación.

Pueden convenirse que las pérdidas que corresponden a los asociados no podrán ser superiores al valor de su aportación, que los asociados soporten pérdidas superiores a dicho valor de aportación.

Dichas asociaciones funcionan, disuelven y liquidan a falta de estipulaciones especiales, por las reglas establecidas para las sociedades en nombre colectivo, en cuanto no pugnen con las disposiciones que la Ley establece para regular a aquellas. Quiere esto decir que las normas relativas a las sociedades en nombre colectivo - se aplicarán supletoriamente, en defecto de las estipulaciones de - contratantes.

Según la ley es un contrato mercantil que carece de personalidad jurídica, de razón social o denominación, por lo que las aportaciones respecto a terceros, pertenecen en sociedad al asociante, -- quien obra en nombre propio sin que exista relación jurídica entre los terceros y los asociados, quienes tienen derechos contra el -- asociante para que les rinda cuentas según el contrato.

La forma escrita para la celebración del contrato de asociación no es una solemnidad, sino tan solo un medio de prueba.

No tratándose de un contrato solemne las manifestaciones y -- aceptaciones que tácitamente se deducen de los actos ejecutados por las partes, deben tener el mismo valor legal que si se hubiesen pagado expresamente por escrito. Si unas personas no aportan ni si quiera trabajo o producto de éste, sino sólo propósito de trabajar, no constituyeron legalmente ninguna asociación.

Que el contrato de asociación en participación debe constar -- por escrito y que no estará sujeto a registro, esa formalidad no es Ad solemnitaten, contrato que puede demostrarse por cualquier medio de prueba para la apreciación debe estarse a la preeminencia de la voluntad, sobre la declarada.

Dicha asociación debe constar por escrito, éste requisito no es de solemnidad, lo es únicamente de perfección, probándose la -- existencia de la sociedad, no solamente por el contrato escrito, sino por otras pruebas. La aportación de un bien raíz a una asociación, debe hacerse constar en escritura pública.

No es necesario asentar en el título de crédito el nombre de -- la asociación porque carecen de personalidad jurídica entre los terceros y el asociado.

Si en virtud de una cesión el asociante enajenó todos los derechos sujetos a la participación de sus utilidades o pérdidas en el contrato de asociación es evidente que se operó solo su objeto pero, a la vez, hizo el cedente imposible la continuación del mismo, quedando así la asociación en estado de disolución, que impone su liquidación.¹⁴

¹⁴ MUÑOZ Luis. Sociedades Mercantiles. Edit. Porrúa, S.A., México, -- 1972. pág.369.

CAPITULO TERCERO

LA CONCESION EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

III.-LA CONCESION EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO.

Dentro del concepto de concesión administrativa, se puede decir que la concesión es acto administrativo por medio del cual la administración pública federal, confiere a una persona una condición o poder jurídico, para ejercer ciertas prerrogativas públicas con determinadas obligaciones y derechos para la explotación de un servicio público, de bienes del Estado o los privilegios exclusivos que comprenden la propiedad industrial.

El término genérico de la concesión es aquel que califica diversos actos por los cuales la administración confiere a personas privadas ciertos derechos o ventajas especiales sobre el dominio del Estado, o respecto de público, mediante sujeción a determinadas cargas y obligaciones. La mayoría de las veces tales derechos y ventajas implican el ejercicio de ciertas prerrogativas administrativas.

Entre las actividades privadas de interés público, destaca en forma preferente en nuestro derecho administrativo la concesión administrativa. Las antiguas teorías sobre la concesión administrativa, derecho exclusivo de emprender una obra pública determinada, o una explotación sometida al consentimiento previo de la autoridad, o disposición de una porción del dominio público, va perdiendo su significado tradicional para encerrarse en nuevas formas de acción ad-

ministrativa.

El Estado Mexicano en la actualidad se enfrenta a graves y urgentes problemas, que la iniciativa privada está en la imposibilidad de atender, tales como: una justa distribución de la riqueza pública, la explosión demográfica, el desarrollo económico total, la incontrolable alza de los precios y la insuficiencia de los salarios y otras causas como el desempleo y la inflación.

En la concesión se establecen los derechos que corresponden legalmente a la Administración Pública, para atender al funcionamiento de los servicios públicos, al dominio y administración de sus bienes y las demás situaciones que las leyes administrativas consideran como elemento concesionable. La administración pública confiere, delega u otorga esas facultades a una persona jurídica, privada o pública, que se denomina el Concesionario, el cual adquiere un derecho o poder jurídico, que no tenía antes el otorgamiento de la concesión, al mismo tiempo que contrae determinadas obligaciones relacionadas con la concesión.

En términos más amplio respecto de la concesión se puede decir: que se alude a aquellos actos que transfieren a un particular facultades originariamente administrativas, así como a los que crean a su favor un derecho o capacidad prevista en el ordenamiento jurídico.

En cuanto al significado de la concesión administrativa, se dice que es un procedimiento discrecional eficaz dentro de la estructura de la sociedad moderna, para entregar a los particulares ciertas actividades o la explotación de bienes federales que el Estado no está en condiciones de desarrollar por su incapacidad económica, o porque así lo estima útil o conveniente, o se lo impide su propia organización.

La concesión estimula el fomento de la riqueza nacional, crea nuevos centros de trabajo, al mismo tiempo que el Estado recibe -- cantidades importantes por concepto de impuesto. El particular, estimulado por el espíritu de lucro, pone sus mejores esfuerzos para una explotación intensiva de los recursos naturales o una eficaz -- atención de los servicios públicos concesionados. De todas maneras y a través de la reversión, los bienes concesionados pasan a poder del Estado, el que puede determinar el tipo de explotación que se les debe dar.

Se puede decir que el Estado fomenta la regulación directa de los servicios públicos o en empresas de participación estatal.

En materia de transportes la nacionalización se ha planteado -- ante los graves problemas que origina, principalmente los transportes urbanos, independientemente de que se han nacionalizado los ferrocarriles y se han creado instituciones descentralizadas como la-

red de transportes eléctricos del Distrito Federal y el Metro de la ciudad de México.

Las graves responsabilidades del Estado lo obligan paulatina-- mente a ir rescatando de la actividad privada a aquellas materias - en las que debe predominar el interés general, sin obstáculos e inte-- reses privados, que pueden interferir con su régimen. No se debe ol vidar que la experiencia enseña que los particulares no son siempre aptos para asumir aquellas tareas del Estado dominadas por el inte-- rés general.

Bajo el concepto de concesión se comprenden diversos actos de la administración pública confiriendo ciertos poderes, derechos o - ventajas de las personas privadas sobre el dominio del Estado o reg pecto de los servicios públicos, con determinadas cargas u obliga-- ciones y otorgando una facultad para ejercitar ciertas prerrogati-- vas públicas.

La legislación Administrativa Mexicana no ha sido muy precisa- en el empleo del término concesión administrativa, pues hacer refe- rencia a numerosos actos administrativos, algunos de los cuales no deben llamarse, propiamente hablando concesión.

Es frecuente en la ley y en las resoluciones administrativas - llamar concesiones a contratos, permisos, licencias y autorizacio--

nes y otros actos similares. De esta manera se alude al contrato—concesión, o a la concesión-permiso y otras denominaciones contradictorias que desvirtúan la naturaleza de esta Institución.

También la doctrina ha pretendido reducir el campo de la concesión para denominar los actos del poder público que faculta a los particulares para el establecimiento y explotación de un servicio público o para la explotación y aprovechamiento de bienes del dominio directo y de propiedad de la nación. Si aceptar un concepto ilimitado de la concesión se cree que esta institución administrativa comprende además de esos dos grupos, otras actividades importantes de la administración pública, hasta llegar a comprender, a aquellos actos que transfieren a un particular facultades originariamente administrativas, como a los que crean en su favor un derecho o capacidad prevista en el ordenamiento jurídico.

Asimismo podemos decir que la concesión es un procedimiento —por el cual una persona pública llamada autoridad concedente, confía a una persona, física o moral, llamado concesionario, el cuidado de manejar un servicio bajo el control de la autoridad concedente, mediante una remuneración que consiste habitualmente en las cuotas que el concesionario percibirá de los usuarios en servicio.

Dentro de la clasificación de las concesiones en el derecho administrativo se puede decir: que la pluralidad de los actos que con

tal concepto se cubren haya de dar lugar a su vez, a una clasificación de las concesiones:

1.-Concesiones traslativas, que implican la subrogación del particular en las facultades de gestión o disfrute de que la administración pública es titular en relación con el servicio público o el dominio público, concesión de servicios públicos y concesiones sobre el dominio público.

2.-Concesiones constitutivas, mediante las que, en la base a los poderes que les vienen atribuidos por la ley, la administración constituye a favor de particulares nuevos derechos o facultades, y solo las concesiones traslativas responden con todo rigor a las exigencias del concepto.

De las relaciones del concesionario con el Estado y con el público se dice que los actos que afectan las relaciones entre el Estado y la forma de explotación de una concesión, son regulados por disposiciones administrativas de derecho público, que aseguren el interés general, el debido aprovechamiento de la riqueza pública para fines sociales, o la atención de un servicio público.

Por eso el régimen de la concesión de explotación de bienes del Estado es de estricto derecho, estableciendo ineludibles obligaciones del concesionario. Por otra parte el Estado no debe olvidar que si un particular adquiere una concesión, es para sacar un provecho razonable de ella, poniendo su capital y trabajo en una empre

sa que puede ofrecer beneficios o pérdidas. Combinar el interés general y el interés privado del concesionario es la base de la concesión.

En la concesión de explotación de bienes del Estado, el concesionario, además de las relaciones con el poder público, mantiene relaciones con los particulares.

De la naturaleza jurídica de la concesión, la doctrina administrativa, ofrece diversos criterios para determinar la naturaleza jurídica de la misma en tanto que la doctrina predomina a la naturaleza contractual de la concesión ha prevalecido el criterio de considerarla como un acto de naturaleza compleja o mixta, al considerarse a la concesión en cuanto a que tiene un acto unilateral y un acto contractual, descomponiéndose en dos elementos: la situación reglamentaria y el contrato administrativo.

Dadas las diferentes opiniones que se han expresado para determinar la naturaleza de la concesión, se puede enunciar:

- a) La teoría contractual de la concesión.
- b) La concesión como un acto unilateral y meramente reglamentario regulado por la respectiva ley.
- c) La concesión como un acto mixto.

Hoy día el acto de la concesión se presenta como un acto con--

plejo, como consecuencia de su carácter reglamentario y por otra -- parte, del carácter contractual. Siendo el dominante este último. -- Son de naturaleza reglamentaria todas las reglas que fijan la organización y el funcionamiento del servicio, la situación no es sobre este particular diferente a la del servicio administrativo.

Entre tanto el Estado no podrá aceptar la tesis contractual, -- ni aún la naturaleza compleja o mixta de la concesión. El Estado de nuestros días se ha transformado radicalmente al amparo de una política económica, rápida y flexible que no deberá detenerse en los intereses particulares, sino que deberá hacer valer el interés general, imponiendo en forma total el régimen jurídico que las circunstancias exijan. Las grandes carencias de nuestros pueblos demandan una acción continua, eficaz, flexible e inmediata del Estado, que -- deberán consagrar las leyes administrativas.¹⁶

3.1. ANTECEDENTES.

La administración pública, para su propia existencia y para satisfacer las necesidades colectivas, necesita la colaboración indispensable de los particulares, utilizando sus servicios personales o las cosas de que éstos son propietarios.

Esa colaboración la obtiene en forma compulsiva, o en forma vo

¹⁶ SERRA Rojas Andrés. Derecho Administrativo. Edit. Porrúa, S.A., México, 1982., pág. 259.

luntaria, según de la clase de servicios o cosas de que se trate, o el carácter más o menos apremiante de la necesidad de satisfacer.

Cuando el Estado exige la prestación de servicios o la entrega de cosas compulsivamente, lo hace en forma unilateral; cuando la prestación de servicios o la entrega de las cosas las logra con el consentimiento voluntario de los particulares, el Estado actúa en forma plurilateral o más comúnmente, es decir, mediante acuerdos en cuya formación actúa su voluntad y el libre consentimiento de quien o quienes prestan o deben prestar los servicios o las cosas.

Los contratos que en la última hipótesis celebra la administración pública, ¿Son iguales a los que vinculan a los particulares entre sí, o presentan algunas circunstancias características que los tipifican y diferencian de los principales?

Para parte de la doctrina no hay ni puede haber ningún contrato que no se ajuste a los cánones clásicos del Derecho Privado. Para otra parte los únicos que existen son actos administrativos unilaterales. Finalmente, hay quienes sostienen la existencia de dos tipos de contratos: a) Contratos de derecho privado; b) Contratos de Derecho Público; en otras partes, un género que es el contrato y dos especies de éste en el Derecho Público y en el Derecho Privado.

La última corriente es la que actualmente priva, tanto en la -

doctrina como en la jurisprudencia, aún cuando hay autores para -- quienes el problema debe resolverse de acuerdo al Derecho Positivo-- de cada País, mientras que para otros solo existen: a) Contratos regidos exclusivamente por el Derecho Público; b) Contratos regidos -- por normas especiales de Derecho Público y en lo previsto en ellas, por el Derecho Privado.

Se ha sostenido recientemente que el elemento característico -- fundamental es el establecimiento de una relación jurídica de subor-- dinación con respecto a la administración pública, mediante un acto de propia voluntad de quien se obliga con ella. Esta subordinación-- jurídica se manifiesta en la desigualdad de Derecho que se hallan -- ambos contratantes y se refiere al régimen de ejecución y rescisión del contrato.

Ella tiene su origen en la desigualdad de propósitos persegui-- dos por las partes. La Administración Pública vela por las necesida-- des colectivas: Primero, para que se satisfagan. Segundo, para que -- no se creen obstáculos para su satisfacción. El co-contratante de -- la Administración Pública, en cambio, sólo busca su propio benefi-- cio económico.

Como caracteres de los contratos administrativos se han indica-- do principalmente:

a) Limitación de la libertad de las partes, pues el fin público

limita la autonomía de la voluntad de los órganos administrativos y asume ante los particulares, generalmente, la forma de un contrato de adhesión.

b) Desigualdad Jurídica de las partes provocadas por la subordinación jurídica del co-contratante frente a la administración.

c) Mutabilidad del contrato que debe adaptarse a las necesidades públicas colectivas a medida que cambian las condiciones existentes al momento de celebrarse, constituyendo el ejemplo más típico el provocador por el reemplazo de alumbrado a gas por el alumbrado eléctrico.

d) Flexibilidad del contrato, lo que le permite contemplar a la vez la satisfacción de las necesidades públicas colectivas y los legítimos intereses del co-contratante en su aspecto económico.

e) Extensión de los efectos del contrato a terceros que no han sido parte en él.¹⁷

3.2.LA CONCESION.

La concesión de servicios públicos es un típico contrato administrativo por el cual el Estado delega temporalmente a una persona física o jurídica privada, o en un ente administrativo estatal, los poderes que son necesarios para la prestación de un servicio público, por cuenta y riesgo del concesionario.

¹⁷ Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo IV, ob.cit., pág.166.

El contrato de concesión de servicios públicos se concierta para la prestación de un servicio.

El concesionario del servicio público cobra, en cambio, del usuario la prestación del servicio en cuyo costo puede a veces entrar la construcción de una obra necesaria para su prestación; pero siempre lo fundamental, lo más importante, es el servicio que presta no la ejecución de las obras o instalaciones que el servicio requiere o pueda requerir. Hasta puede darse el caso de no ser necesaria ninguna obra o instalación por concederse la prestación de un servicio en pleno funcionamiento.

Se ha dicho que en la concesión de servicios públicos, el Estado delega poderes en una persona física o jurídica privada o en un ente administrativo estatal. En efecto, a veces el concesionario es una persona física o jurídica privada y a veces un ente administrativo estatal. Este último, no siempre constituye un ente administrativo menor que el concedente, ya que a veces el concedente puede -- ser el Municipio y el concesionario un ente administrativo del Estado.

Se ha dicho que el concedente delega temporalmente en el concesionario los poderes que son necesarios para la prestación del servicio, por cuanto el servicio público concedido continúa siendo servicio público, es decir, actividad propia del Estado para la satis-

facción de necesidades públicas indispensables. De ahí que la conce-
sión no es enajenación, sino delegación temporal.

También se delegan poderes, éstos son únicamente los necesari-
os para la prestación del servicio; poder de expropiar, de regla-
mentar el uso del servicio por el usuario, de cobrar tarifas a los
usuarios, de obtener el auxilio de la fuerza pública para hacer des-
aparecer los obstáculos que se oponen a su prestación.

La delegación debe ser cierta y determinada. En caso de dudas
sobre si un poder ha sido delegado, la duda se resuelve en contra
de la delegación. Los poderes de policía de servicio, su determina-
ción y contralor, no pueden delegarse, constituyen una atribución pro-
pia del concedente. Cualquier delegación al respecto sería ilícita.

Se ha afirmado que en la concesión de servicios públicos exis-
te un contrato de Derecho Público y una situación legal reglamenta-
ria. No obstante ello, en fecha reciente se ha combatido esta esci-
sión bipartita de la concesión en situación contractual y reglamen-
taria, sosteniéndose que el contrato es una unidad, aún cuando lo
integren dos tipos de cláusulas diferentes: a) Las relativas a la
prestación del servicio; b) Las relativas al interés económico del
concesionario.

El contrato de concesión de servicios públicos es consensual,-

sinalagmático, conmutativo y se celebra intuita personae. La naturaleza conmutativa del contrato y la necesidad de que el servicio se preste, o pueda prestarse ininterrumpidamente en forma continua y regular han dado origen a una serie de controversias. Dado el carácter con que se celebra, es intransferible sin la conformidad expresa del concedente, asimismo es susceptible de modificaciones unilaterales por parte de la administración pública, a fin de satisfacer siempre en forma actual las necesidades públicas que constituyen su causa.

Además este contrato lleva insita la cláusula *rebus-sic stantibus*, circunstancia que también permite rescindir el contrato cuando el servicio público no se satisface en las condiciones que el presente reclama, o cuando el servicio público a que se refiere el contrato, ha dejado de ser tal.

Pero todas las modificaciones que alteren fundamentalmente las cláusulas de carácter patrimonial establecidas en favor del concesionario para la justa y razonable retribución de su capital, dan derecho al concesionario a obtener, bien sea indemnización, bien sea un aumento correlativo a la tarifa. Lo mismo ocurre en caso de revocación por razones de inoportunidad.

Asimismo el concedente tiene derecho también a la ejecución del servicio directamente por él, con sustitución del concesionario,

no como sanción, sino cuando perentoriamente lo exijan la satisfacción de las necesidades públicas colectivas.¹⁸

3.2.1.LA CONCESION DE EXPLOTACION DE BIENES DEL ESTADO.

El significado de la concesión de explotación de bienes de la Federación, es un acto administrativo mediante el cual se otorgan a los particulares, determinados derechos para la explotación del subsuelo, o para el establecimiento de los servicios públicos que ellos requieran bajo un régimen estricto de derecho público.

Tanto en la concesión de explotación de bienes de la Federación, como en la explotación de un servicio público, nos encontramos con tres elementos que mantienen diversas relaciones y son: a)- El Estado concedente; b)La empresa concesionaria; y en su caso, c)- Los usuarios, beneficiarios, o consumidores.

Esta concesión presenta ciertas semejanzas con el permiso de policía en la industria. En este último caso también se trata de una actividad que el individuo va a ejercer en su nombre y por su cuenta, pero de una actividad que, por su naturaleza, podría ejercerse en virtud de la libertad natural; el permiso no hace más que superar un obstáculo que se opone en virtud de la prohibición establecida por la policía en forma de una regla de Derecho. En cambio, la concesión confiere al concesionario algo que no se considera com

¹⁸Idem.pág.310.

prendido en la libertad natural, un poder de actuar derivado del Estado.

Dentro del régimen legal para la explotación de bienes del Estado, los párrafos cuarto y quinto del artículo 27 Constitucional -- enumeran ampliamente en dominio de la nación:

Corresponde a la nación el dominio directo de todos los recursos naturales de la plataforma continental y zócalos submarinos de las islas; de todos los minerales o sustancias que en vetas, mantos, masas o yacimientos, constituyan depósitos cuya naturaleza sea distinta de los componentes de los terrenos, tales como los minerales de los que se extraigan metales y metaloides utilizados en la industria; los yacimientos de piedras preciosas de sal de gema y las salinas formadas directamente por las aguas marinas; los productos derivados de la descomposición de las rocas, cuando su explotación necesite trabajos subterráneos; los yacimientos minerales u orgánicos de materias susceptibles de ser utilizadas como fertilizantes; los combustibles minerales sólidos; el petróleo y todos los carburos e hidrógeno sólidos, líquidos o gaseosos; y el espacio situado sobre el territorio nacional, en la extensión y términos que fije el Derecho Internacional.

El artículo 16 de la Ley General de Bienes Nacionales dispone: las concesiones sobre bienes de dominio directo cuyo otorgamiento -

3.2.2.LA CONCESION DE EXPLOTACION DE SERVICIOS PUBLICOS.

El concepto de concesión de servicio público, es un acto administrativo complejo, contractual y reglamentario, en virtud del cual el funcionamiento de un servicio público es confiado temporalmente a un individuo o empresa concesionaria, que asume todas las responsabilidades del mismo y se remunera con los ingresos que percibe de los usuarios del servicio concedido.

La doctrina administrativa no es muy precisa para delimitar cuáles son los servicios públicos que pueden ser entregados a los particulares. En todo caso debemos distinguir la administración directa del mismo y la organización del establecimiento público.

Es necesario precisar que la concesión de un servicio público se aplica a determinados servicios, como aquellos en que hay posibilidad de recibir del usuario una contraprestación.

Un servicio público gratuito o servicios en los que no es posible concentrar a los usuarios, no cabe en el campo de esta concesión.

Se debe insistir en que no toda actividad del Estado se realiza bajo la forma de un servicio público. El campo que corresponde en nuestro Derecho Administrativo al servicio público, es aún muy -

limitado y su reglamentación se circumscribe a determinadas materias del orden federal.

En todo caso el punto de partida es la decisión del Estado para erigir una actividades en servicio público. El Estado puede crear tanto el régimen jurídico que lo regule, como el organismo público que lo atienda o confiar su atención a los particulares, a través de la concesión de servicio público.

A veces también habiendo decidido erigir una actividad en servicio público, no crea todas las piezas del organismo encargado de asumirlo: él se reserva de confiar la ejecución del servicio, reglamentado por él, a organismos preexistentes o por crear y que serán admitidos a asumir esa actividad, por el procedimiento de la concesión, de la autorización o de la agregación.

En cuanto al modo de atender los servicios públicos, debemos también acudir a la legislación administrativa para determinar los modos de otorgar la concesión.

Desde luego el régimen de los servicios públicos comprende sólo una parte de la actividad del Estado, ya que la otra fase importante de la misma no se desarrolla en la forma de servicios públicos.

En cuanto a las empresas de economía mixta y los servicios públicos, es necesario aludir a la forma como el Estado interviene en determinadas ocasiones en los servicios públicos, principalmente bajo la forma de empresas de economía mixta, en opinión de algunos -- tratadistas se dice:

1.-La estructura financiera de las empresas de economía mixta es la asociación del capital público y privado. Sin embargo no es el solo hecho de la actividad financiera del Estado lo que caracteriza a la sociedad de economía mixta es preciso que esta intervención de la colectividad. De rasgo fundamental se siguen las otras -- características del procedimiento.

2.-Las consecuencias del procedimiento financiero en el régimen administrativo, en razón de la estructura financiera que la administración va a ejercer sobre el servicio un control administrativo interno. Indudablemente que este control rebasa los márgenes habituales del control establecido de acuerdo con las reglas del Derecho Mercantil, y por lo que respecta a las calidades de las accionistas y obligaciones y de algunas de estas calidades es donde se encuentra el principio inicial: un régimen como consecuencia del financiero y en este consecuente en fin que persigue el Estado al utilizar el sistema de economía mixta acrecentando el control administrativo.

3.-Una consecuencia más del sistema financiero, el organismo que proporciona el servicio público es un organismo mixto. Entre los servicios públicos prestados por un órgano público y los servicios--

prestados por un organismo privado, concesionario, viene ahora a establecerse una categoría de servicios prestados por un organismo mixto constituido por asociaciones de capitales privados. La participación financiera de la administración puede ser, por otra parte, mayoritaria o minoritaria.

4.-La economía mixta no es necesariamente un modo de gestión de los servicios públicos; efectivamente, si este procedimiento ha sido empleado a menudo por el Estado como modo de organizar un servicio público, también ha sido usado algunas veces para permitirle participar en el funcionamiento de las empresas sin que por ello dicha empresa se convierta en un servicio público.

La justificación a esta administración financiera lleva o tiene entonces como fin el ayudar a una empresa privada o permitir que la colectividad haga una inversión.²⁰

3.3.OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO.

Dentro de los Derechos y Obligaciones de los concesionarios -- que derivan de la concesión o contrato de servicio, en el cual se fijan con precisión cuáles son las finalidades gubernamentales al entregar un servicio a un particular, éstas derivan de la misma naturaleza del acto jurídico que se realiza en ese propio momento.

²⁰ Esos Derechos y Obligaciones parte de un principio general, o Idem. pág.274.

sea la obligación de asegurar el funcionamiento regular del servicio. El poder público tiene interés en que el servicio se preste a la manera más eficiente y continua.

A través de las obligaciones se asegura un régimen estricto para mantener el servicio en condiciones favorables. La concesión reserva medios administrativos para obligar al concesionario al cumplimiento de sus deberes como es el poder de modificar el régimen del servicio.

Pero sería un error pensar sólo en obligaciones y no en Derechos al concesionario. Este hace fuertes inversiones y realiza no una labor de filantropía, sino un negocio que debe proporcionarle rendimientos normales y adecuados, que no lleguen a una explotación indebida del servicio.

En las concesiones de servicio público la relación es más directa, ya que el usuario es el objeto de la actividad en la concesión. Las relaciones del usuario se definen como una situación de carácter reglamentario que regula los diversos aspectos del servicio, sin que el particular pueda alterarlo, fuera de los casos en que se usa un Derecho previsto en la Ley.

Asimismo los concesionarios se sabe que están obligados con motivo de la concesión a proporcionar el servicio a todo el que lo so

licite, de acuerdo con el principio de la igualdad de los usuarios, sin embargo, en la realidad se ofrecen serios inconvenientes que --
cran penosas situaciones como en el caso de teléfonos.²¹

²¹ Idem. pág.280.

CAPITULO CUARTO

EL DERECHO SOCIAL Y SU INFLUENCIA GENERICA EN EL AMBITO JURIDICO INDIVIDUALISTA

4.1. CONCEPTO, INFLUENCIA Y CLASES DEL DERECHO SOCIAL.

Surgido como una reacción respecto al Derecho individualista, imperante desde la antigua Roma, el Derecho Social moderno tiene -- como objetivo fundamental, no la protección de los intereses de los particulares, sino de los integrantes de los sectores sociales de escasos recursos económicos.

Es por ello que empieza a surgir por causa de la explotación de la clase obrera, que se acentúa notablemente a fines del Siglo XVIII y sobre todo en el curso del Siglo XIX, precisamente cuando la Revolución Industrial agrava aún más la situación de los grandes conglomerados de obreros.

Obviamente, en el seno de tales grupos donde empiezan a brotar las manifestaciones de descontento y, poco después, ya abiertamente, la lucha por el mejoramiento de los trabajadores en general, en tanto coetáneamente, los pensadores sociales pugnan por nuevas normas, más equitativas, que regularan la prestación del servicio personal y paliarian la miseria de los núcleos laborantes.

Coincidiendo pues, la lucha obrera y las ideas humanistas, se promulgaron las primeras leyes laborales, no sin antes prolongada resistencia de los detentadores del poder y la economía. Fué entonces que llegó a admitirse la necesaria intervención del Estado para

defender, contra los abusos del trabajo industrial a los hombres, - mujeres y niños. Así, frente a los Códigos Civiles, y con derogación a veces de sus reglas consagradas, nació una serie de disposiciones nuevas para regular las relaciones recíprocas entre el Estado, los patrones y los asalariados. Una a una y en consonancia con la evolución industrial, se impuso la promulgación de leyes que debían regular sus relaciones nuevas.²²

Se infiere de lo anterior, que las primeras normas protectoras del trabajo anteceden a las que habrán de conformar el complejo jurídico del que ellas integrarán una rama. Pero la historia del Derecho Social, en cuanto tutelador no sólo de los trabajadores sino de todos los hombres desvalidos, no principia a individualizarse antes del proyecto de Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, expuesto ante la sociedad de los jacobinos el 21 de abril de 1793 - por Robespierre, ya que este proyecto en su artículo 11, proponía - la primera norma jurídico-social de índole genérica, al preceptuar - lo siguiente:

"La sociedad está obligada a subvenir a la subsistencia de todos sus miembros, ya procurándoles trabajo, ya asegurándoles medidas de existencia a quienes no estén en condiciones de trabajar."

También se dejada traslucir la tendencia proteccionista del Es

²² SAAVEDRA Lamas, Código Nacional del Trabajo. Edit. Bibliográfica - Argentina, S.A., Buenos Aires, 1933, pág.VI.

tado en el aspecto educacional, al prevenir el artículo 14 del proyecto aludido que:

"La sociedad debe favorecer por todos sus medios el progreso - de la inteligencia, colocando a la instrucción pública al alcance de todos los ciudadanos."

En la declaración constitucional de Derechos de 24 de junio de 1793, también se contemplan dos normas de Derecho Social (aunque no se le dió aplicación), siendo las contenidas en los artículos que - en seguida se transcriben:

"Art.18.-Los ahorros públicos son una deuda sagrada. La sociedad debe subsistencia a los ciudadanos desgraciados, sea procurándoles trabajo o sea asegurándoles los medios de existir a los que no estén en aptitud de trabajar."

"Art.21.-La instrucción es necesaria a todos. La sociedad debe favorecer vigorosamente la cultura pública y colocar la instrucción al alcance de todos los ciudadanos."

Otro paso de gran trascendencia dado en la materia jurídico social, fue el decreto de 5 de febrero de 1848, resultado fructífero de la revolución francesa de ese año, pues consideró como obligación del Estado el proporcionar trabajo a toda persona que carecie-

ra de él, y a tal efecto se fundaron los Talleres Nacionales, destinados precisamente a dar ocupación a los empleados.

Poco después, en la Constitución de ese mismo año, fueron incorporadas las normas que a continuación se expresan, claras muestras el incipiente pero ya bien delimitado Derecho Social.

"Art.2.-La Constitución garantiza a todos los ciudadanos; la libertad, la igualdad, la seguridad, el trabajo, la propiedad, la -- asistencia."

"Art.7.-El derecho al trabajo es el que tiene todo hombre de vivir trabajando, la sociedad debe, por medios productivos y generosos de que disponga, y que serán organizados ulteriormente, proporcionar trabajo a los hombres válidos que no puedan procurárselo de otro modo."

También en Alemania se emitieron disposiciones con los mismos objetivos tutelares de mérito, destacando la contenida en un proyecto de 1860, presentado por el canciller Bismark, y que fué aprobado en junio de 1869, al tenor siguiente:

"El estado debe cuidar de la subsistencia y del sostenimiento de los ciudadanos que no puedan procurarse a sí mismos medios de existencia, ni obtenerlos de otras personas privadas, obligadas a ello por leyes especiales. A aquellos a quienes no faltan más que los medios y la ocasión de ganar por sí su propia-

subsistencia y la de su familia, debe proporcionárseles trabajo conforme a sus fuerzas y a su capacidad.²³

Con estos antecedentes, entre otros muchos, la doctrina fue -- sistematizando el estudio de la nueva rama del derecho en general -- siendo pionero en el empeño Georges Gurvitch, afirmando que el nuevo derecho es un derecho de integración social, contrapuesto en razón de su estructura jurídica a las demás especies del derecho; así mismo, un derecho de comunión, de colaboración y de cooperación, -- distinguiéndose del derecho de coordinación de carácter individual y del derecho de subordinación correspondiente.

A ello agrega el citado autor que el Derecho Social tiene su origen en los hechos normativos de comunión, contrastando con el derecho individual, ya que este encarna los valores personales, en tanto que aquél activa los valores morales transpersonales, y siendo estatal pero autónomo.²⁴

Otro autor muy destacado, Gustavo Radbruch, está reconocido como el expositor más claro y preciso del Derecho Social, y sus conceptos esenciales pueden resumirse expresando que nacen recientemente dos estatutos jurídicos, resultados de la quiebra de la concepción individualista y liberal, de la intervención más o menos amplia del Estado en la economía y de la fuerza creciente de la clase

²³ MENDIETA y Nuñez Lucio. El Derecho Social. Edit. Porrúa, S.A., México 1967, pág.96.

²⁴ TRUEBA Urbina Alberto. Derecho Social Mexicano. Edit. Porrúa, S.A. México, 1978, pág. 321.

trabajadora; el Derecho Económico, que se integra por las normas -- que regulan la acción del Estado sobre la economía, y el Derecho -- del Trabajo, que determina el tratamiento que debe otorgarse al hombre en la prestación de su trabajo.

En el primero de los estatutos, el Estado se ha impuesto o se está imponiendo a la antigua relación privada de la producción, sin desconocer no obstante las exigencias del capital y los intereses - del empresario, a los cuales otorga su protección y ayuda; y en el segundo, la clase trabajadora, después de más de un siglo de lucha - se ha impuesto a la burguesía y al Estado para plantear un mínimo - de derechos sociales. Así, si el Derecho Económico contempla el problema desde el mirador de la economía y del empresario, el Derecho del Trabajo lo centra en la persona humana y en su energía de trabajo, de lo que se sigue que se inspiran en propósitos diversos, al - grado de que frecuentemente entran en colisión; pero la vida los - está aproximando, pues cada vez penetran más uno en el otro, para producir una relación nueva, que no puede ser atribuida ni al Derecho Público, ni al Privado, sino que representa un derecho nuevo, - de un tercer tipo: el Derecho Social del porvenir.²⁵

Ya con las referencias precitadas, podemos transcribir las definiciones más conocidas del nuevo Derecho en nuestro medio:

²⁵ CUEVA de la, Mario. El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo. Edit.-Porrúa, S.A., México, 1972, pág.70.

Al respecto el maestro Francisco González Lombardo afirma que: El Derecho Social es una ordenación de la sociedad en función de — una integración dinámica, teleológicamente dirigida a la obtención del mayor bienestar social, de las personas y de los pueblos, mediante la justicia social."²⁶

García Ramírez dice que: "El Derecho Social es una nueva concepción del hombre sobre el derecho, que busca la adecuación de este a su realidad social, de clase, de necesidad y de perfeccionamiento en la vida comunitaria, como derecho de creación autónoma, de orientación."²⁷

Por otra parte el maestro Alberto Trueba Urbina manifiesta que: "El Derecho Social es el conjunto de principios, instituciones y — normas que en función de integración protegen, tutelan y reivindican a los que viven de su trabajo y a los económicamente débiles."²⁸

Lucio Mendieta y Nuñez afirma que: "El Derecho Social es el — conjunto de Leyes y disposiciones autónomas que establecen y desarrollan diferentes principios y procedimientos protectores en favor de las personas, grupos y sectores de la sociedad integrados por individuos económicamente débiles, para lograr su convivencia con las

²⁶ GONZALEZ Díaz Lombardo Francisco. El Derecho Social y la Seguridad Social Integral. Textos Universitarios, UNAM, México, 1973. pág. 51.

²⁷ TRUEBA Urbina Alberto. Derecho Social Mexicano. Edit. Porrúa, S.A., México, 1978. pág. 308.

²⁸ Idem. pag. 309.

otras clases sociales dentro de un orden justo."²⁹

Coincidentes en lo esencial, de las anteriores definiciones se desprende que son características medulares del Derecho Social las siguientes:

1.-No se refieren a los individuos en general, sino en cuanto integrantes de grupos sociales o de sectores de la sociedad bien de finidos: obreros, campesinos, proletarios, desvalidos, trabajadores independientes;

2.-Tales leyes tienen un marcado carácter protector de las personas, grupos y sectores mencionados;

3.-Todas las normas son de fondo económico, pues principalmente regulan intereses materiales, como base del mejoramiento ético;

4.-Las propias normas tienden a establecer instituciones y controles que faciliten la colaboración justa y pacífica de las clases sociales.

Es precisamente debido a este objetivo de alcanzar mayor equidad en las relaciones jurídico sociales, que el nuevo derecho ha expandido su influencia prácticamente a todas las ramas tradicionales del derecho, si bien muy especialmente en las tres que a continuación nos referiremos, no sin antes conceptuar brevemente las diversas clases o ramas del propio Derecho Social.

²⁹MENDIETA y Nuñez Lucio. ob.cit., págs.66,67.

a).-Derecho del Trabajo, que es el regulador de las relaciones obrero-patronales, tendiendo a la protección de la parte débil de esa vinculación, o sea, el trabajador.

b).-Derecho Agrario, que es el conjunto de normas que reglamentan el reparto equitativo de la tierra y los medios de mejoramiento de la clase campesina.

c).-Derecho Social Económico, consistente en el conjunto de leyes que principalmente buscan la justa distribución de satisfactores y medios materiales de vida, procurando la ayuda en tal sentido a las clases marginadas.

d).-Derecho de Seguridad Social, que protege a los trabajadores en la enfermedad, la invalidez, la desocupación y la vejez.

e).-Derecho de Asistencia Social, que consiste en la congerie de normas que tienen como objetivo la protección de las necesidades de incapacitados para trabajar.

4.2. INFLUENCIA DEL DERECHO SOCIAL EN EL DERECHO CIVIL.

En su rama del Derecho del Trabajo, el Social proyectó sus primeras influencias precisamente en el Derecho Civil, con el que nació contrapuesto, dado que éste ha representado la mejor protección del interés individual, en tanto que el Social constituye la normativa tutelar de las clases desposeídas.

El Derecho Civil, cimentado en la concepción individualista, -

sostenía principalmente, entre otros varios axiomas, los consistentes en que: la ley civil es igual para todos; la libertad de las contrataciones; la responsabilidad por daños causados a otra persona y la intocabilidad de la propiedad privada. Veamos en cada uno de esos puntos la influencia del Derecho Social.

a) La Ley Civil es igual para todos; El ordenamiento civil partía de una igualdad y libertad teóricas, constituye así una reglamentación formal de la coexistencia de las libertades, impersonal y abstracta, a la que faltaba únicamente un elemento:

"El hombre real, el que se consumía en las fábricas el que moría por la acción de las máquinas, y a quien la miseria de su hogar le envolvía en las sombras de la tristeza y la desesperanza."³⁰

Ese hombre desvalido era equiparado por la ley civil al patrón al económicamente poderoso, al que, por su dinero e influencias podía comprar las sentencias de los tribunales; de modo que, en la vida real, era éste un privilegiado de la ley civil, impersonal y abstracta.

La lucha obrera y los pensadores sociales principiaron por buscar la atenuación de este axioma consistente en que la ley civil es igual para todos, y la solución no se hizo esperar; surgieron nue-

³⁰ CUEVA de la, Mario. ob.cit., pág.9.

vas normas, especialmente destinadas a proteger al trabajador de -- esa supuesta igualdad, y partiendo de la base de la desigualdad entre los sujetos. Tratábase, pues, de compensar la primacía de los -- poderosos, facilitada por la ley civil, con el apoyo jurídico a los pocos recursos. Devino entonces la consideración importantísima de que la regla jurídica, que se impone a los hombres, no tiene por fundamento el respeto y la protección de derechos individuales, de una manifestación de voluntad individual que por si misma no puede producir ningún efecto social; sino que dicha regla descansa en el fundamento de la estructura social, en la necesidad de mantener coherentes entre sí los diferentes elementos sociales por el cumplimiento de la función que incumbe a cada individuo, a cada grupo.³¹

En atención a lo anterior, cada vez más, se fueron integrando nuevas disposiciones, tuteladoras de las clases trabajadoras, para aglutinarse en el Derecho del Trabajo, que trata de compensar la desigualdad económica de aquéllas, otorgándoles una atención jurídica preferente. Así pues ni operó ya en este ámbito el axioma de la -- igualdad de la ley para todos.

Pero, ya en el mismo seno del Derecho Civil, recayó el influjo del Social, siendo buena prueba de ello la exposición de motivos de nuestro Código Civil, misma en la que se resumen los diversos aspectos en que el Derecho Social mostró su influencia en la legislación

³¹ DUGUIT León. Las transformaciones Generales del Derecho Privado -- desde el Código de Napoleón, 2da. Edición, Edit. Francisco Peltrán, Librería Española y Extranjera, Madrid, 1920, pág. 28

Civil. Es por ello conveniente transcribir los puntos medulares al respecto.

"... Las revoluciones sociales del presente siglo han provocado una revisión completa de los principios básicos de la organización social, y han echado por tierra dogmas tradicionales consagrados por el respeto secular..."

Para transformar un Código Civil en que predomina el criterio individualista, en un Código Privado Social, es preciso reformarlo substancialmente, derogando todo cuanto favorece exclusivamente al interés particular con perjuicio de la colectividad, e introduciendo nuevas disposiciones que se armonicen con el concepto de solidaridad...

Es completamente influida la opinión de los que sostienen que el Derecho Civil debe ocuparse exclusivamente de las relaciones entre particulares que no afecten directamente a la sociedad, y que, por tanto, dichas relaciones deben ser reguladas únicamente en interés de quienes las contraen. Son poquísimas las relaciones entre particulares que no tienen repercusión en el interés social y que, por lo mismo al reglamentarlas no debe tenerse en cuenta este interés. Al individuo, sea que obre en interés propio, o como miembro de la sociedad y en interés común, no puede dejar de considerársele como miembro de una colectividad; sus relaciones jurídicas deben re--

glamentarse armónicamente y el derecho de ninguna manera puede prescindir de su fase social..."

A continuación, el párrafo en que se aprecia la influencia más diáfana del Derecho Social:

"La necesidad de cuidar de la mejor distribución de la riqueza; la protección que merecen los débiles y los ignorantes en sus relaciones con los fuertes y los ilustrados; la desenfrenada competencia originada por la introducción del maquinismo y el gigantesco desarrollo de la gran industria que directamente afecta a la clase obrera, han hecho indispensable que el Estado intervenga para regular las relaciones jurídico económicas..."³²

Se sigue de lo anterior que, como sucedió en otras latitudes y prácticamente en todas las legislaciones, el principio de que la ley civil es igual para todos, ha perdido vigencia, ocurriendo, por contra, que la propia ley civil contempla numerosísimas en que brinda protección, pudiera decirse que especial a las personas económicamente débiles e incultas.

b) La libertad de las contrataciones; Este axioma del Derecho civil también ha venido a menos ante la influencia del social.

³² Código Civil para el Distrito Federal, México, 1980.

Basado tal principio en el de la autonomía de la voluntad, históricamente vino a ser superado con la aparición del Derecho del trabajo, que reguló los aspectos contractuales que eran lesivos al trabajador, substituyendo, si cabe la expresión, la voluntad de éste. "La libertad de contratación dice Mario de la Cueva no existió nunca, porque el trabajador apremiado por la miseria tenía que someterse a la voluntad del patrono, quien si podía esperar su voluntad con sentido utilitario y con refinada crueldad; se valió del trabajo de los niños estableció jornadas de 14 o más horas y fijó como salario la cantidad de dinero estrictamente indispensable para la subsistencia del obrero en una vida más animal que humana."³³

Naturalmente, el contrato de trabajo se sustrajo de ese axioma civil, pues aquel quedaba ya regulado por las leyes laborales, en que se contemplaban disposiciones tutelares del trabajador, a efecto de que la relación con el patrón se signara sin que se efectuara el mínimo de derechos del propio trabajador, lo cual suponía que en aspectos substanciales de la contratación la voluntad de éste era suplida por la misma ley.

Ya en la legislación civil, ha quedado superado el principio de la libertad de contratación, expresando sobre este punto la exposición de motivos del Código Civil para el Distrito Federal lo siguiente:

³³ CUEVA de la, Mario. ob.cit., pág.10.

"... En nombre de la libertad de contratación han sido inicua-
mente explotadas las clases humildes, y con la declaración teórica-
de igualdad se quiso borrar las diferencias que la naturaleza, la
educación, una desigual distribución de la riqueza, etc., mantienen
entre los componentes de la sociedad."

A no dudar lo es la influencia del Derecho Social la que se sus-
citó la redacción del artículo 17 del citado Código Civil del Dis-
trito Federal expuesta del modo siguiente:

"Cuando alguno, explotando la suma ignorancia, notoria inexpe-
riencia o extrema miseria de otro, obtiene un lucro excesivo que —
sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obli-
ga, el perjudicado tiene derecho de pedir la rescisión del contrato
y de ser ésta imposible, la reducción equitativa de la obligación."

Con esta disposición, "se dió a la clase desvalida e ignorante
una protección efectiva, modificándose las disposiciones inspiradas
en los clásicos perjuicios de la igualdad ante la ley y de la volun-
tad de las partes es la suprema ley de los contratos. Se comprendió
que los hombres, tan desigualmente dotados por la naturaleza y tan
diferentemente tratados por la sociedad en atención a su riqueza, —
cultura, etc., no pueden ser regidos invariablemente por la misma —
ley y que la sociedad debe ir en auxilio del ignorante y del misera-
ble cuando es vilmente explotado."³⁴

³⁴ GARCIA Téllez Ignacio, cit. por GUTIERREZ y González Ernesto. Dere-
cho de las Obligaciones. Edit. Cajica, S.A., Puebla. pág. 279.

Que el Derecho Social ha venido aumentando su influencia, especialmente en el curso de este siglo, lo prueba el hecho de que la comisión redactora del Código de 1928 extendió la aludida lesión a todos los contratos bilaterales, pues sólo estaba prevista en el de compraventa en los Códigos de 1870 y 1884.

c) La responsabilidad por los daños causados a otra persona; En el ámbito del nascente Derecho del Trabajo del siglo pasado, la responsabilidad civil por tales daños, es decir, la obligación de reparar el daño o perjuicio causado por el hecho de una persona a otra, se convirtió en la responsabilidad por riesgos de trabajo, así como en los seguros sociales. Aquellos son los accidentes y enfermedades a que están expuestos los trabajadores en ejercicio o con motivo -- del trabajo. Estos, los seguros establecidos por el Poder Público, -- imperiosamente, para una determinada categoría de personas.³⁵

Pero, en el mismo campo del Derecho Civil, la influencia del -- Social determinó la previsión legal de una nueva responsabilidad: -- la objetiva, que representa una excepción al principio de que la -- producción de daños reposa forzosamente en la noción de la culpa, -- de carácter subjetivo. En efecto, la responsabilidad objetiva viene a ser "la conducta que impone el derecho de reparar los daños -- y perjuicios causados por objetos o mecanismos peligrosos en sí mismos, al poseedor legal de éstos, aunque no --

³⁵ PINA de, Rafael. Diccionario de Derecho. Edit. Porrúa, S.A., México-1978, págs.337 y 341.

haya obrado ilícitamente.³⁶

Si bien la teoría de la responsabilidad objetiva a riesgo creado tuvo su origen precisamente en los accidentes de trabajo, la misma se bifurcó, y otra fue incorporada en las legislaciones civiles. Así, en el Código Civil para el Distrito dicha responsabilidad se contempla en los términos siguientes:

"Art.1913.-Cuando una persona hace uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o substancias peligrosos por sí mismos, por la velocidad que desarrollen, por su naturaleza explosiva o inflamable, por la energía de la corriente eléctrica que conduzcan o por otras causas análogas, está obligada a responder del daño que cause, aunque no obre ilícitamente, a no ser que demuestre que ese daño se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima."

Se ha fundamentado esta teoría en el hecho de que el hombre -- que por su actividad pueda procurarse algún provecho, está obligado en justicia de reparar el daño que ocasione por esa actividad; de modo que así como a los provechos deben corresponder las pérdidas -- la responsabilidad por el riesgo creado es la contrapartida del provecho que produce el empleo de cosas peligrosas. El empleo de éstas por sí mismo no puede constituir una culpa, pues nada hay de reprochable en él, pero siempre crea un riesgo que, cuando origina daños

³⁶GUTIERREZ y González Ernesto. ob.cit.pág.617.

sirve de fundamento a la responsabilidad, reconociéndose que dicho fundamento es doble; por una parte, el económico, conforme al principio de que las ganancias y las pérdidas deben corresponderse; por la otra, el social, por aplicación del principio de la solidaridad en el reparto de las pérdidas.³⁷

La clara fundamentación jurídico social de la responsabilidad-objetiva es puesta de relieve por Réne Demogue, al expresar que los organismos peligrosos tienen un carácter común; el de ser costosos, por lo que quien los emplea supone una situación afortunada, y por-esto puede más fácilmente sufrir una pérdida. Por otra parte, reci-be de la cosa cierto provecho, ya que sin éste no la habría emplea-do. Por último, tiene en su mano asegurarse contra las consecuen--cias de su responsabilidad, toda vez que puede prever el accidente-mejor que su víctima, dado que está en contacto más frecuente con -el objeto peligroso.³⁸

Es pues, en última instancia, la solidaridad social la que jus-tifica la institución de la responsabilidad objetiva, demostrando -ello la influencia del Derecho Social, toda vez que, como expresaba Angel Ossorio y Gallardo, "Negar hoy la intersección de lo social y lo civil, suponer que este último derecho es individual meramente y

³⁷ ROJINA Villegas Rafael. Compendio de Derecho Civil. Teoría General de las Obligaciones. Edit. Porrúa, S.A., México 1973, págs. 275-276.

³⁸ OSSORIO y Gallardo Angel. "Responsabilidad Objetiva", en Enciclo-pedia Jurídica Omeba. T. XXIV, pág. 895.

desconocer las poderosas corrientes de compenetración de ambas materias, defendida por los más exigentes jurisperitos, es inconcebible, pues el individualismo de hoy no consiste en negar la fuerza colectiva, sino en acertar a convivir con ella..."³⁹

d)Intocabilidad de la propiedad privada; Se ha dicho con acierto que la edad heroica del capitalismo se basa en el concepto de la propiedad individual absoluta; derecho para cada uno de disponer a su antojo de la riqueza, tanto durante la vida como por acto de última voluntad.⁴⁰

Pero, como reacción a esta tesis, sostenida persistentemente - hasta el siglo XIX, surge la Teoría de la Función Social de la Propiedad, según la cual, fundándose el derecho en la solidaridad social, el hombre tiene el deber de realizar al ser propietario de una riqueza, pues quien tiene mayor riqueza, tiene mayor responsabilidad social. Por ello es que el derecho de propiedad es una función social y no un derecho subjetivo, absoluto, inviolable, anterior a la sociedad y al estado y que la norma jurídica no pueda tocar. Por el contrario, la propiedad es la consecuencia de un deber social, pues, habiendo vivido el hombre siempre en sociedad, debe considerársele como miembro de un grupo, de modo que sus derechos, por ende, han de referirse a este estado social indudable, de lo --

³⁹ Idem. pág. 893.

⁴⁰ PARRAVICINE y Ardigó. cit. por CASTAN Tobeñas. La Propiedad y sus problemas actuales. Instituto Editorial Reus, Madrid 1963, pág. 44.

que se infiere que no debe estimarse el derecho de propiedad únicamente en orden a los intereses personales de los sujetos titulares, sino que deben tomarse en alta consideración los del núcleo social, toda vez que asumen mayor relevancia.

Fundado pues el derecho en el concepto finalista de la solidaridad social, las normas que lo integran imponen determinados deberes fundamentales, resaltando los genéricos consistentes en:

1.-Realizar aquellos actos que impliquen un perfeccionamiento de la solidaridad social.

2.-Abstenerse de ejecutar actos que lesionen la solidaridad social.

Específicamente respecto al derecho de propiedad, la teoría de su función social reitera que, si el hombre tiene el deber de realizar la solidaridad social al ser poseedor de una riqueza, su deber aumenta en la forma en que aquella riqueza tenga influencia en la economía de una colectividad, de suerte que a medida que se tiene mayor riqueza, se tiene mayor responsabilidad social. A mayor posesión de bienes se impone una tarea social más directa, que el hombre no puede eludir manteniendo improductiva esa riqueza, pues se le imponen deberes de usarla no sólo en beneficio individual sino colectivo, y es precisamente en ocasión de estos deberes, que se le reconoce el derecho subjetivo de usar, disfrutar y disponer de una

cosa; pero no se le reconoce un derecho de no usar, no disfrutar y no disponer de ella, cuando esta inactividad perjudica los intereses colectivos. En suma, el derecho de propiedad es la consecuencia de un deber social que todo hombre tiene para intensificar la interdependencia y solidaridad humana.⁴¹

En nuestro Derecho, para todas las ramas jurídicas, inclusive, desde luego, la civil, hay una norma constitucional precisa en materia de función social de la propiedad: el párrafo tercero del artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, dice:

"La nación tendrá todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como el de regular, en beneficio social, el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, con objeto de hacer una distribución equitativa de la riqueza pública, cuidar de su conservación, lograr el desarrollo equilibrado del país y el mejoramiento de las condiciones de vida de la población rural y urbana..."

La exposición de motivos del Código Civil para el Distrito Federal abunda en consideraciones de preferencia al Derecho Social, - siendo prueba de ello, además de los párrafos que ya con anterioridad hemos transcurrido, los siguientes:

⁴¹ DUGUIT León. ob.cit., pág.21.

"...La idea de solidaridad arraiga cada vez más en las ciencias y encauza por nuevos derroteros las ideas de libertad y de igualdad..."

"Es preciso socializar el derecho, porque, como dice un publicista, una socialización del derecho será un coeficiente indispensable de la socialización de todas las otras actividades, en oposición con el individuo egoísta, haciendo nacer así un tipo de hombre más elevado: el hombre social."

Y para finalizar la presente alusión, el párrafo que parece conllevar el mayor contenido de humanismo en el ámbito jurídico civil influenciado por el Derecho Social:

"Socializar el derecho significa extender la esfera del derecho del rico al pobre, del propietario al trabajador, del industrial al asalariado, del hombre a la mujer, sin ninguna restricción ni exclusivismo..."⁴²

4.3. INFLUENCIA DEL DERECHO SOCIAL EN EL DERECHO MERCANTIL.

Podría pensarse que, dada la naturaleza del Derecho Mercantil, que se funda en el ámbito de lucro del hombre y que, por ende, representa los medios legales más idóneos de que éste dispone para

⁴² Código Civil para el Distrito Federal. Edit. Porrúa, S.A., México - 1980, pág.9.

desplegar su egotismo, esta rama del Derecho queda por completo fuera del radio de acción de influjo del Derecho Social.

Pero la respuesta no es afirmativa, como lo muestran los siguientes conceptos de Cervantes Ahumada:

"La doctrina tradicional considera como principal fuerza motriz de la actividad mercantil y, por consiguiente, como uno de los principales objetos del derecho mercantil, el fin de lucro. La idea es propia del derecho liberal individualista; pero en el mundo moderno el fin de lucro personalista pierde terreno, en tanto que la actividad comercial asume cada vez en grado mayor su naturaleza de función social. El estado mexicano interviene en la vida comercial (casos de la banca oficial, la CONASUPO, etc.), y ejerce el comercio a través de organismos públicos especializados, en una actividad en la que el servicio social y el interés público son preponderantes.⁴³

Además esta nueva tendencia jurídico social en el ámbito del Derecho Mercantil, es de observarse que ya hace algún tiempo una clase de sociedad tradicionalmente contemplada por el propio derecho mercantil, como es la de cooperativas, fue absorbida por el Derecho Social, a grado tal que incluso ha llegado a formar una subrama de éste, el Derecho Social Cooperativo, que tiene por objeto -

⁴³ CERVANTES Ahumada Raúl. Derecho Mercantil, Primer Curso. Edit. Herro, S.A., México 1980, pág.22

ordenar a individuos de la clase trabajadora que se organizan aportando su trabajo personal (cooperativas de productores) o utilizan o se aprovisionan de los servicios que de la misma se seguirán (cooperativas de consumidores). Unas y otras funcionan sobre principios de igualdad en derechos y obligaciones, no persiguen fines de lucro y procuran el mejoramiento social y económico de sus asociados, mediante la acción conjunta de éstos es una obra colectiva. -- Reparten los rendimientos que pueden obtener por partes iguales entre los socios, en razón del tiempo trabajado por cada uno, cuando se traan de cooperativas de producción, o de acuerdo con el monto de las operaciones realizadas por la sociedad, en las de consumo.⁴⁴

Es de esperarse que, como en todas las ramas del Derecho tradicional, la influencia del Derecho Social, vaya en aumento, en el campo del Derecho Mercantil, ya que a áquel no en vano se le ha llamado "El Derecho del Porvenir."⁴⁵

4.4. INFLUENCIA DEL DERECHO SOCIAL EN EL JUICIO DE AMPARO.

El juicio de amparo, que el Maestro Alfonso Noriega define certeramente como "Un sistema de conservación de la Constitución que se ejercita en forma jurisdiccional, por vía de acción, y que tiene como materia las leyes o actos de la autoridad que violen las garan

⁴⁴ GONZALEZ Díaz Lombardo Francisco. ob.cit.,pág.71.

⁴⁵ MENDIETA y Muñoz Lucio. ob.cit.,pág.105.

tías individuales o impliquen restricción de la soberanía de la Federación o de los Estados"⁴⁶, ha sido reconocido como una de las -- Instituciones más técnicas de nuestro derecho, técnica con la cual van aparejados formalismos y procedimientos sutiles propios de la -- corriente jurídica liberal e individualista.

Pero, como al resto de las ramas del Derecho en general, no podía faltar en el amparo la influencia siempre creciente del nuevo - Derecho Social, el cual, en este complejo jurídico Federal, se canalizó especialmente a través del Instituto de la suplicia de la queja deficiente, previsto sobre todo en el artículo 107, fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al tenor siguiente:

I.-Podrá suplirse la deficiencia de la queja cuando el acto reclamado se funde en leyes declaradas inconstitucionales por la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia.

II.-También podrá suplirse en materia penal, y la de la parte obrera en materia del trabajo, cuando se encuentre que ha habido, - en contra del agraviado, una violación manifiesta de la ley que lo ha dejado sin defensa, y en materia penal, además, cuando se le haya juzgado por una ley que no es exactamente aplicable al caso.

⁴⁶NORIEGA Cantú Alfonso. Apuntes de Garantías y Amparo. Tomo I, Edit. Porrúa, S.A., México 1952, pág.130.

III.-Asimismo, podrá suplirse la deficiencia de la queja en -- los juicios de amparo contra actos que afecten derechos de menores e incapaces.

IV.-Por último, la suplencia de la queja deficiente será obligatoria por parte del juzgador de amparo, en los juicios de esta naturaleza en que se reclamen actos que tengan o puedan tener como -- consecuencia privar de la propiedad o de la posesión y disfrute de sus tierras, aguas, pastos y montes, a los ejidos y a los núcleos -- de población que de hecho o por derecho guarden el estado comunal, o a los ejidatarios o comuneros.

De esta forma y con todo acierto, el maestro Juventino V. Castro ha definido la suplencia en cita, como "Una institución procesal constitucional, de carácter proteccionista y antiformalista y aplicación discrecional, que integra las omisiones parciales o -- totales de la demanda de amparo presentada por el quejoso, siempre en favor y nunca en perjuicio de éste, con las limitaciones y bajo los requisitos señalados por las disposiciones constitucionales con ducentes.⁴⁷

⁴⁷ CASTRO Juventino V. La suplencia de la queja deficiente. Edit. Porrúa, S.A., México 1953, pág.59.

1.-El Derecho Laboral como conjunto de normas reguladoras de toda relación laboral, por su naturaleza requiere y es un derecho de constantes cambios y evoluciones en su normatividad e instituciones, ante la necesidad de adecuarse a los cambios sociales y necesidades de los sujetos de esta legislación en cuanto a los que se les aplica.

2.-Dada esa necesidad de cambio, en la actualidad para determinar una relación de trabajo, solamente se hace necesario conformar una subordinación jurídica y la determinación del pago de un salario cierto y determinado, eliminandose de la anterior reglamentación el precepto de "dependencia económica" ya que no necesariamente resulta indispensable y necesario que el trabajador tenga solamente un patron y limite su subsistencia y la de su familia a este.

3.-La subordinación como elemento que distingue al contrato laboral de otros contratos (entiendase un servicio personal) tiene como piedra angular el que exista por parte del patron un poder jurídico de mando, correlativo a un deber de obediencia por parte de quien presta el servicio, de acuerdo al artículo 134 fracción III de la Ley Federal del Trabajo, obligandose a desempeñar el servicio bajo la dirección del patron o de su representante a cuya autoridad estara subordinado en todo lo concerniente al trabajo.

4.-La facultad de mando doctrinalmente presenta un doble aspecto:

A)Jurídico.-Donde el patrón esta siempre en aptitud de imponer su voluntad al trabajador y este esta obligado a obedecer, acomodando su actividad a esa voluntad.

B)Real.-Donde debe tomarse en cuenta que, precisamente porque los conocimientos del patrón no son universales, existe la necesidad de confiar la totalidad o numerosas facetas del trabajo a la iniciativa propia del trabajador, de tal manera que la dirección del patrón puede ir de un maximo a un minimo.

5.-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.

6.-Las normas del Derecho Laboral, por ser de orden público-siguen el principio de indisponibilidad y por lo mismo son imperativas y no pueden ser substituidas, modificadas o variarse a la voluntad de las partes, puesto que este esta para garantizar la legalidad del mismo.

7.-A diferencia de lo que se pudiera pensar, el prestador de un trabajo en vehículo de servicio público de transporte "taxi", -- denominado chofer, lejos de tener una relación contractual distinta a la laboral, bien sea mercantil, civil o de cualquier otra índole en cuanto al concesionario titular del permiso y unidad, por el contrario le une una relación puramente laboral, pues no es factible confundir este vínculo Obrero-Patronal regulado por la Ley - Federal del Trabajo, con otro tipo de contrato, ya que aquel como se ha dicho, el patrón da y el trabajador recibe ordenes precisas-relacionadas con el contrato laboral, disponiendo aquel (patrón) -- "donde", "cuando" y "como" realizar lo que es materia de la relación laboral.

BIBLIOGRAFIA

- 1.-CASTAN Tobeñas. La Propiedad y sus problemas actuales. Instituto Editorial REUS, Madrid, 1963.
- 2.-CASTRO V. Juventino. La Suplencia de la Queja Deficiente. Editorial Porrúa, S.A., México, 1953.
- 3.-CAVAZOS F.Baltazar. El Derecho Laboral en Iberoamerica. Editorial Trillas, México, 1973.
- 4.-CERVANTES Ahumada Raúl. Derecho Mercantil. Editorial Herrero, - S.A., México, 1980.
- 5.-Código Civil para el Distrito Federal. Colección Themis. Chapultepec, México, 1986.
- 6.-CUEVA de la Mario. El nuevo Derecho Mexicano del Trabajo. Editorial Porrúa, S.A., México, 1972.
- 7.-DAVALOS Mejía Carlos. Títulos y Contratos de Crédito, Quiebras, Editorial Harla, México, 1984.
- 8.-DUGUIT León. Las Transformaciones Generales del Derecho Privado- desde el Código de Napoleón. 2da. Edición. Editorial Francisco - Beltrán. Madrid, 1920

- 9.--Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo XXIV. Editorial Bibliográfica Argentina, S.A., Buenos Aires 1953.
- 10.--GONZALEZ Díaz Lombardo Francisco. El Derecho Social y la Seguridad Social Integral. Textos Universitarios, UNAM, México, 1973.
- 11.--MENDIETA y Nuñez Lucio. El Derecho Social. Ed. Porrúa, S.A. México, 1967.
- 12.--MUÑOZ Lucio. Sociedad Mercantil. Edit. Porrúa, S.A., México, -- 1972.
- 13.--NORIEGA Cantú Alfonso. Apunte de garantías y Amparo. Tomo I. - Edit. Porrúa, S.A. México, 1952.
- 14.--OLVERA de Luna Omar. Contratos Mercantiles. Edit. Porrúa, S.A., México, 1982.
- 15.--PINA de Rafael. Diccionario de Derecho. Edit. Porrúa, S.A., México, 1978.
- 16.--SAAVEDRA Llamas. Código Nacional del Trabajo. Edit. Bibliográfica Argentina, S.A., Buenos Aires, 1933.

- 17.-TRUEBA Urbina Alberto. Nuevo Derecho Administrativo del Trabajo. Tomo I, Edit. Porrúa,S.A., México, 1989.