

879309



UNIVERSIDAD LASALLISTA BENAVENTE



Facultad de Derecho

Con estudios incorporados a la
Universidad Nacional Autónoma de México
CLAVE: 879309

NATURALEZA JURIDICA EN LA PRESTACION DEL SERVICIO PUBLICO DE ALQUILER Y AUTOTRANSPORTE

TESIS

Que para obtener el Título de:

LICENCIADO EN DERECHO

Presenta:
VICTOR HUGO FLORES GARCIA

Asesor: Lic. Raúl Rodríguez García



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA

AGRADECIMIENTO:

A MIS PADRES: Emiliano y Raquel, con profunda gratitud, así también,

A MIS HERMANOS:

Guillermo, Antonio, Adriana, Eduardo e Israel, por su apoyo incondicional y esfuerzo, que me brindaron todos ellos para la culminación de esta, mi carrera.

A MI UNIVERSIDAD: Por brindarnos la oportunidad de estudiar una profesión, y ser forjadora de excelentes profesionistas.

A MIS MAESTROS: Que con su paciencia y dedicación nos enseñan y transmiten sus conocimientos, y nos preparan para la vida profesional, y con especial mención a mi maestro asesor Lic. Raúl Rodríguez García, por haberme dedicado su tiempo y consejos para la realización de este trabajo de tesis.

A MIS COMPAÑEROS Y AMIGOS: Por todo el tiempo que compartimos juntos, en los buenos y malos momentos, y siempre apoyándonos para salir adelante.

A MI NOVIA: CLAUDIA, con mucho cariño, pues su apoyo ha sido pieza fundamental para ir superándome en el aspecto personal y profesional.

TITULO

NATURALEZA JURIDICA EN LA PRESTACION DEL SERVICIO PUBLICO DE ALQUILER Y AUTO TRANSPORTE

Autorizo a la Dirección General de Bibliotecas de la UNAM a difundir en formato electrónico e impreso el contenido de mi trabajo recepcional.

NOMBRE: VICTOR HUGO

Flores GARCIA

FECHA: 17 Junio - 09

FIRMA: Fla Barr

NATURALEZA JURIDICA EN LA PRESTACION DEL SERVICIO PUBLICO DE ALQUILER Y AUTO TRANSPORTE

INDICE

	PAG.
INTRODUCCION	
CAPITULO PRIMERO	
I. LA RELACION LABORAL U OBRERO LABORAL	1
I.1. Antecedentes	3
I.2. Concepto de relación laboral	7
I.3. Concepto de trabajo	12
I.3.1. Verbal	32
I.3.2. Escrito	33
I.4. Relación de trabajo intratándose de trabajos especiales	36
I.4.1. Generalidades	43
I.4.2. Servicio público	44
CAPITULO SEGUNDO	
II. RELACION CONTRACTUAL EN EL DERECHO MERCANTIL	45
2.1. Antecedentes	45
2.2. Contrato mercantil	50
2.2.1. Generalidades	61
2.3. Asociación por participación	67

CAPITULO TERCERO

III. LA CONCESION EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO	75
3.1. Antecedentes	80
3.2. La concesión	83
3.2.1. La concesión de explotación de bienes del estado	85
3.2.2. La concesión de explotación de servicios públicos	87
3.3. Obligaciones del concesionario	90

IV. CAPITULO CUARTO

EL DERECHO SOCIAL Y SU INFLUENCIA GENÉRICA EN EL AMBITO JURIDICO INDIVIDUALISTA	91
4.1. Concepto, influencia y clases de derecho social	91
4.2. Influencia del derecho social en el derecho civil	97
4.2. Influencia del derecho social en el derecho mercantil	107
4.4. Influencia del derecho social en el juicio de amparo	108

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCION

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 representé 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 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 suprema corte de justicia de la nación.

A la vista de un solo 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 o concesiones para la explotación del servicio público de transporte. Por eso decidí sin un ajuste exigente pero si con un plan previo, elaborar el presente trabajo, que no obstante de ir dirigido al interés público y de un sector particular. También observaré 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 conlleva a realizar un estudio y análisis profundo conforme a su propia reglamentación actual, y que no esta sujeta a cambios, modificaciones o alteraciones substanciales por parte 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 de trabajo 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 habrán de ayudar a desentrañar la verdadera esencia contractual, materia del presente trabajo de tesis para obtener el título de licenciado en derecho.

CAPITULO PRIMERO

LA RELACION LABORAL U OBRERO PATRONAL

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 el empleador, empresa o patrón. Sea esta personal 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 por que engendra derechos, y obligaciones reciprocas de carácter personal, por que eleva a un primer plano el elemento humano como finalidad en si, abandonando viejos conceptos de "trabajo mercancía".

De relación laboral o de trabajo, la doctrina en general esta 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, etc.

En el segundo grupo encierra a las causas basadas en la voluntad de las partes, como expiración del plazo contractual.

Mientras que en 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 formulas de indemnización, según los casos, formulas 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 derecho de dirección de otros y que genera entre ambos, derechos y obligaciones regidos por el código laboral. Desde el nacimiento de dicha relación, ya sea por el contrato o 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 Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo XXIV, Edit. Bibliográfica Argentina

1.1. ANTECEDENTES

El origen del trabajo humano corresponde a la prehistoria, primer hombre, primer trabajo, así como el homofaber, pudo haber sido el homoprometehus, incontables años han transcurrido desde el inicio del trabajo humano y la evolución del mismo, no solo ha sido conmovedora sino lacerante:

Desde el trabajo de los artesanos, de los mineros y otros, hasta la explotación que tiene como punto de partida la esclavitud y la servidumbre.

En la antigüedad se propició el régimen de explotación del hombre por el hombre, base de la sociedad esclavista que aun subsiste en el capitalismo moderno. Por ello en opinión de algunos tratadistas consideran que la historia del trabajo es la 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 ultimo contra las 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, así mismo 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 las normas consuetudinarias en lo que respecta al trabajo, relaciones que se desenvuelven en el decurso del tiempo en avances 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, por que desde entonces ya se considera que el trabajo era actividad de esclavos.

A tal grado que el genio polígrafo de macedonia llego a justificar el régimen de esclavitud. También en roma y Grecia se sintió profundo desprecio por el trabajo, aunque después se reglamento en la legislación romana a través de la locatio conductio operarum y la locatio conductio operis.

La influencia del cristianismo fue decisiva en función de amar al prójimo como a uno mismo, pero de la esclavitud superada se paso a la servidumbre, cuyo malestar originó inconformismo y movimientos revolucionarios para mitigar el estado económico que aun se conservaba en los países occidentales. Pese a las leyes tutelares que se han dictado para la dignificación del trabajo humano por que solo por medio del trabajo los pueblos crecen, se superan y llegan a alcanzar los más altos niveles de cultura y progreso. Pues como dijera con acierto nuestro "nigromante" Ignacio Ramírez, ahí donde hay valor, ahí esta efigie soberana del trabajo.

Derrocado el régimen medieval y en los albores del industrialismo, 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 aquel régimen, hasta la reglamentación del trabajo en los códigos civiles a partir del código de Napoleón. Bajo la formula jurídica de "arrendamiento de servicios" en el que se consignaban las 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 desecho la idea del arrendamiento de servicios por que atenta contra la dignidad humana, pero el código francés influyo en todo el mundo jurídico y en las relaciones de trabajo humano. La palabra del patrono era la verdad sagrada.

La lucha de 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 aquellos nuevos derechos: la limitación de la jornada de trabajo, la asociación profesional y la huelga.

Pero tanto la regulación de las relaciones entre trabajadores y patrones contenidas en los códigos civiles del siglo XIX, como algunas leyes de trabajo de principios de siglo 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 patrones en función a conservar un equilibrio entre los mismos, así como la 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 celebre declaración de los derechos sociales en los artículos 27, y 123 de la Constitución de 1917. Creando nuevos derechos agrarios y del trabajo, como expresión de la violencia armada, por que en el ambiente de la asamblea legislativa de la revolución se respiraba el olor a pólvora y se oía el rugir de la fusilería y derechos obreros y agrarios se escribieron con sangre. Consiguientemente de las relaciones privadas laborales se paso a las relaciones sociales de trabajo, surgiendo la norma exclusiva del proletariado para su protección y reivindicación.²

² Trueba Urbina Alberto, Nuevo Derecho Administrativo del Trabajo, Tomo I, Edit. Porrúa, S.A. México 1989, Pág. 5

Ahora bien, dentro del desarrollo histórico, largas épocas de inquietud social traducidas en huelgas 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 apremiantes necesidades de pan, techo, atención médica y estabilidad. El derecho laboral, va así imponiéndose lenta y penosamente llevando desde su origen, como, elemento calificador el carácter protectorio de sus normas llamadas de la "Nueva clase".

La relación de trabajo, reconoce venerablemente la tradición. En efecto, sus antecedentes se rastrean en las mas antiguas comunidades humanas, medidas claro esta con el patrón de cada época, y 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 solo 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 finales 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 aun retrocesos en determinados momentos, concluye en la magnífica construcción jurídica que culmina con el sentido de protección hacia la más débil clase social, la trabajadora. En esta nota se percibe primeramente en Inglaterra y luego 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 aun a 10 horas diarias. Tratando de asegurar una continuidad de trabajo y un mayor salario, para finalizar 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 jurídica personal, entre el 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 crean nexos de trabajo, no pueden ser regidos por el derecho laboral. Dichas características pueden resumirse principalmente en las siguientes:

- a) Elemento protectorio, como fundamentación sociológica, no solo de la relación laboral, sino de todo el derecho del trabajo.
- b) Subordinación como nota constitutiva infaltable e insustituible, pues su ausencia toma 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 crea 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.

³ Enciclopedia Jurídica Omeba, ob. Cit. Pág. 552

- 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 estabilidad 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 estabilidad 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 meramente personal, es un intuitu personae, cuya formalización se tiene en vista, de modo fundamental, la persona ha de asumir el papel de trabajador.

Algunos autores manifiestan que es una relación de comunidad jurídica personal, basada en la fidelidad y 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 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 "relación mediata" y que podemos en estos casos encuadrar la relación de trabajo. Si bien se establece entre el principal y el dependiente, hace o nace para la actividad de un intermediario que actúa entre ambos.

El trabajador toma contacto con dicho intermediario y por la indicación del mismo trabaja para el principal, pero este no queda relegado en cuanto a sus obligaciones, que son idénticas a las existentes en las relaciones inmediatas de trabajo. Esta figura va lentamente 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 este y el trabajador inmediato de aquellos otros en que dicho intermediario si bien se subordinara al principal es solidario en las obligaciones hacia el trabajador y consecuentemente la relación laboral entre este último y el principal es de carácter mediato.

Ahora bien en la "relación de aprendizaje o mixta", la relación de aprendizaje se remonta a los albores de la humanidad, y conjuntamente con la relación de trabajo, evolucionó hasta llegar de un estado de práctica esclavitud al estatus 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 practica de un oficio que, luego de diversas pruebas de capacitación les permitía ingresar a los diversos talleres o corporaciones.

Paralelamente a los conventos o congregaciones religiosas desarrollaban durante 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 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 que la doctrina en general esta 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, etc.

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 fórmulas basadas todas en el carácter de protección del derecho laboral, como fundamentación sociológica del mismo. En conclusión la relación laboral, origina un vínculo entre empleados 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 llegar a 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 condición y una consecuencia, en virtud de la cual el conocimiento imputa esta 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 este 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 rectores de la disciplina jurídica que se manifiesta en la regulación en la materia. Es una vinculación de carácter jurídico por que engendra derechos y obligaciones recíprocas, y de carácter personal por que eleva a un primer plano el elemento humano como finalidad en sí, abandonando viejos conceptos de "trabajo mercancía".⁴

⁴ Enciclopedia Jurídica Omeba. Ob.cit.Pág. 553

1.3. CONCEPTO DE TRABAJO

El contrato de trabajo y de relación de trabajo son dos conceptos que van íntimamente vinculados pero intratándose 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 derechos 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, etc. 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 sustituida 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 la segunda es de incorporación.

La primera presupone necesariamente la existencia de un contrato para que tenga su 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 o 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 el aspecto de la segunda teoría mencionada 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 aun de la sajona y la española, se vuelcan hacia esta tendencia de la incorporación y en especial, por que 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 la 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 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 indiscutible.

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 de trabajo y el salario mínimo general o legal se determina por la ley, si las condiciones de ascenso, traslado, etcétera, se señalan por escalafón, si en las modalidades de ingreso deben darse preferencia a anteriores empleados, a miembros de la familia, a socios, o miembros del sindicato etc. Y si la actividad o el servicio a prestarse está determinado en su reglamento interno, aprobado por las autoridades del trabajo o en los mismos contratos colectivos de trabajo, cabe aquí una cuestión ¿qué 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 sometimiento a la ley, a las demandas u ordenanzas y a los laudos o convenios 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 institución fue en Alemania, con el régimen que creó el llamado "frente de trabajo alemán" durante el hitlerismo.

⁵ Enciclopedia Jurídica Omeba. Ob.cit.Pág. 553

Algunos tratadistas de la materia laboral sostienen que el contrato individual de trabajo continua siendo la institución fundamental 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 el trabajador solo 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 su familia cuando áquel es sujeto del contrato de trabajo, de tal manera que la organización colectiva, sindicato, contrato colectivo, huelga, etc., 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 dio 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 de trabajo. Por replegarse este 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 de trabajo un sentido equivalente al de mercancía, susceptible de contratación y que podía ir de unas manos a otras, según las 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 situarse en la disyuntiva de aceptar las condiciones que se le imponían, o morir de hambre que era realmente el único derecho que su condición humana le otorgaba.

En roma sólo se tenía en consideración por el servicio militar y en el trabajo agrícola las demás tareas eran reputadas serviles y no debían ser ejecutadas por un ciudadano.

Se necesitaron siglos para que se vaya dejando de lado la mano de obra esclava y surja lentamente la libre. Se equiparaba no obstante al servicio del siervo, por lo que la LOCATIO HOMINIS de aquel 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 CONDUCTIO, 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 de arrendamiento seguía en vigor, el arrendamiento conservo 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 de trabajo manual que 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 debilitan el poder del jefe militar o político

del feudalismo quien fue sustituido por una jerarquía plenamente y puramente laboral, que a la antigua protección dispensada, se le sumo enseñanza de una profesión.

Se acentuó, así el desarrollo del gremialismo, que originalmente fue un elemento de contención a lo avances del feudalismo y que en la actualidad constituye el instrumento de lucha mas eficaz de la clase obrera.

El trabajador es dignificado, pero hay que tener presente, que todos los pueblos conocieron y reglamentaron la esclavitud como factor económico, y cuando fue llegando el momento de su transformación 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 mantener la libertad, realmente no se otorgo la independencia. Tenia que vivir con su esfuerzo personal, puesto al servicio de otro, dando lo que poseía a cambio de lo que necesitaba, desapareció la esclavitud, 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 permuta, lo demás serán palabras bellas, conservadoras, pero sin enlace y realidad.

La revolución francesa altero 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 dio por los juristas ni por los hombres del gobierno la importancia que este hecho tenía, y fiel reflejo de ello son los códigos de Napoleón (1804), y el civil español (1889), así como el alemán de (1897).

En que el contrato se regula en forma 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 cuanto adquiere su desarrollo el contrato de trabajo y se crean y constituyen doctrinas sobre él.

El término de contrato de trabajo, es una denominación, relativamente reciente; fue utilizado por primera vez cerca de fines de 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 presente siglo.

En contra de esta denominación se ha dicho que es mas de carácter económico que jurídico, y no indica a que titulo el trabajo hace el objeto del contrato, posición atacada por algunos tratadistas, diciendo que los jurisconsultos se han habituado a llamar arrendamiento de trabajo, como contrato de trabajo. En derecho esta expresión no tendría mas razón de ser que la simetría de contrato de cosa, si se aplicara al arrendamiento de cosas, no hay más que una sola 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 doctrinas 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 algunos tratadistas:

Carvalho 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, y la otra es quien lo aprovecha o saca ventaja o utilidad.

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

Cavanellas.- Es aquel que tiene por objeto la prestación continuada de servicio privados y con carácter económico, y por el cual una de las personas o partes da 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 áquel 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 el 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 de ámbito, al procederse a la sistematización doctrinal de cualquier ramo del saber jurídico, debe comenzarse por concretar su terminología y fijar su concepto, pues resulta evidente que debe también delimitarse sus instituciones, encuadrándola dentro de los márgenes del derecho al cual pertenece. Esa regla es de aplicación estrictamente laboral, ya que ha pasado el periodo 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 cambiantes 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 referirlo a ellos en forma amplia, y de contrato de empleo privado, contrato de aprendizaje, contrato de empleo publico, etc. Al aludir en particular para cada situación determinada.

Y no es que los autores no se hayan dado cuenta del problema si no que no lo enfocaron debidamente, a si entre otros, Cabanellas, parece ubicarlo correctamente al titular su obra: "El derecho del trabajo y sus contratos".

Y cuando se para en ella, el contrato de trabajo del de aprendizaje, pero luego en su desarrollo sigue la corriente generalizadora reafirmandolo en su obra posterior al decir: " el termino de trabajo se refiere al asalariado o al que se presta subordinadamente "

En otras existe criterios donde hay quienes dicen que la vida económico-social que da reducida en definitiva a una idea primaria: el trabajo acumulado en potencial, en actividad, hace imprescindible y al mismo tiempo difícil si no es que 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 del trabajo una persona en este caso el trabajador se obliga respecto a otra o sea el patrón, a trabajar durante un tiempo determinado o ejecutar algún 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 solo 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 termina 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 mas necesario y facilitara 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 existencia 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 aun no suficiente. Algunos autores sostuvieron que el objeto de la legislación del trabajo era reglamentar jurídicamente el contrato de trabajo, y como tal convencimiento llevo 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 determinadas relaciones de trabajo y al comprender, tales instituciones, preferentemente a los trabajadores subordinados, se definió el contrato resaltando la nota de dependencia.

Ese erróneo procedimiento ha contribuido en gran parte a dificultar la adecuada solución al problema, los sujetos de la realización del trabajo, empleador y trabajador, se identifican a 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 laboral rige exclusivamente en el caso de existir dependencia por parte del trabajador, pero existe una reacción, aunque imprecisa, al respecto, no solo en lo legislativo, sino en lo doctrinario. Y es así como se incluye algunas situaciones de verdaderos trabajadores 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 traduce 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 beneficiarios del régimen de previsión.

Pero todos mantienen el concepto tan restringido e incorrecto del contrato de trabajo, como si existiera tal figura jurídica dentro del contrato de trabajo, como si existiese tal figura jurídica dentro del derecho laboral. La expresión tuvo su razón en las primeras épocas de la materia, como constitutiva de la considerada injuriante a la personalidad humana del trabajador.

La colocación de servicios se entendió, que esta tenía el inconveniente de asimilar demasiado el trabajo humano a una mercancía cualquiera. Esta concepción sacrifica la dignidad del trabajador y nos llevaría a aceptar todos los abusos a que pueda dar lugar el régimen de la libre concurrencia de la mano de obra. Ha sido solamente condenada por el tratado de Versalles (28 de junio de 1919).

En su parte consagrada al régimen internacional de los trabajadores, la expresión contrato de trabajo ha venido sustituyendo, desde comienzos del siglo XX, la terminología usada por el código civil.

Primeramente en Bélgica, posteriormente en Suiza y en fin, en Francia por la publicación del código de trabajo. Ahí tuvo su nacimiento, pero no abarco la totalidad de lo que comprendía la locación de servicios.

Con la rápida evolución experimentada por el derecho laboral, fueron desprendiéndose nuevas formas, 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 es un contrato único, igual que al decir contrato civil o contrato comercial, no es que se está 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 más 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 confucionismo de la materia.

No es posible dejarse llevar por hechos consumados que atentan contra el verdadero campo de la materia laboral. La errónea ubicación, hecha por algunos autores, cercana del ámbito laboral a una gran cantidad de institutos, así los contratos de empleo público, de profesión autónoma, etc., que por tener el contenido de prestación de trabajo humano deben estar regidos por leyes laborales, actualmente se encuentran dispersos distintas ramas del derecho o regidos por varios simultáneamente. Muchas veces contrapuestos entre sí en un punto a sus principios fundamentales, esta anomalía es aceptada y aun defendida por aquellos que sostienen con todo valor la autonomía de nuestro derecho.

Es menester reaccionar contra esta concepción retrograda 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 concerniente exclusivamente a dicha prestación. Ello no implica la vigencia de normas de otras ramas jurídicas, si la actividad cae bajo 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 actividad del hombre, sino que por el contrario sería una garantía para el individuo, que podría dedicar toas sus energías a sus empresas, sabiendo que siempre esta protegido y amparado por las 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 de un país, en su carácter de personas, rigiéndolas desde que nacen y aun hasta su muerte, recorriendo todas las etapas de su vida. De donde resulta alguna incongruencia, por que ello es admitido en lo civil y criticado en lo laboral.

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

Ahora bien, intratándose del contrato de trabajo y relación de trabajo, algunos autores manifiestan que al celebrarse el acuerdo de voluntades entre el patrón 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 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 y 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 periodo de prueba, lo puede hacer únicamente a las causales, estas como base dan lugar a la disolución del contrato, por lo que en realidad su voluntad por la aceptación o rechazo del trabajador no esta 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 esta previsto y reglamentado. El contenido de la relación de trabajo no depende de la voluntad patronal y obrera, una prueba de ello es el carácter dinámico de la relación, carácter que deriva de la naturaleza del derecho de trabajo. Las diferentes fuentes del mismo inciden de tal manera que hacen que se vaya modificando el contenido de la relación de trabajo, aun 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, por estar regido en un estatuto autónomo por que ninguna de las figuras civiles es apta para explicarlo.

2.- Es preciso distinguir entre el contrato acuerdo de voluntades y la relación de trabajo, el conjunto de las condiciones en que efectivamente se presta el servicio, haciendo notar que para a la existencia de esta ultima, solo 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 a perdido el carácter contractual que si bien sustituye o mas bien dicho subsiste en algunos casos, en los de menor importancia. La noción de contrato debe substituirse por la de enrolamiento o enganche, según la cual el trabajador acepta las condiciones fijadas por el patrón o discutiendo con el, o bien, finalmente con el concurso de voluntades del sindicato titular del contrato colectivo, empieza a prestar el servicio en las condiciones fijadas por el convenio o contrato.

4.- El contrato de trabajo en su aceptación de relación de trabajo, es un contrato en realidad, puesto que existe en las condiciones reales de prestación de servicios, independientemente de lo que se hubiese pactado. Con la limitación que no esta por demás hacer que esas condiciones no podrán reducir los privilegio que se contengan en la ley, en el convenio o en el contrato colectivo. Es además un "contrato dinámico", en cuanto que esta 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 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 del 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 si 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 contractuales, constituyen la relaciona de trabajo.

Si bien acepta el concepto de relación de trabajo, no por ello niega la existencia del contrato, que continua siendo la fuente formal de las relaciones de trabajo. No interesando que lo sea en forma muy limitada por la intervención cada vez mayor de la legislación en su carácter de 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 patrón no solamente debe tomar decisiones en cuanto a mas trabajadores, sino que estas le son impuestas.

Se hace notar que en Alemania adquirió mas desarrollo, con la teoría de la institución, que significo un retorno al derecho germánico, con la delación de servicio fiel, existente entre un caudillo así también con su sequito. 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 asociaciones. Se sustenta en el principio de la jerarquía o jefatura de las empresas 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 a 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 las realidades de tipo jurídico, en cuanto al estado, con su creciente intervención en la regulación de las condiciones de trabajo. Esto viene a desdibujar cada vez más con mas intensidad, los supuestos básicos para que la contratación siga existiendo, se abandona así el concepto de contrato de trabajo, que además tiene la trascendencia de dotarle de un evidente contenido humano y personal, que realiza aun mas la función del trabajador.

A su desarrollo no cabe duda que contribuyen las nuevas teorías del estado moderno que no solamente se reserva para si la función del trabajador

A su desarrollo como 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 las relaciones de trabajo se pueden considerar en 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.- Transito 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 la cual es una consecuencia de los postulados anteriores.

4.- La relación laboral sin desconocer su sentido secundariamente patrimonial se basa en la reciprocidad de 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 carácter 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 jurídica, lo evidente es que no cabe contraponerlas ni sancionar sin más la inutilidad del contrato del trabajo como fuente de derechos y obligaciones para las partes.

El concepto de 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, sino la única. Toda relación de trabajo se origina en un acuerdo de voluntades, sea este expreso o tácito entre el empleador y el trabajador, quienes son libres de vincularse jurídicamente y de estipular condiciones aunque sea en medidas limitadas.

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 las partes, o sea un contrato, por el que una de ellas resuelve utilizar los servicios de la otra, y esta 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, si materialmente.

Solo 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 enganche 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 contractuales de la relación de trabajo es incompatible con el mantenimiento de la doctrina que dice, que el acuerdo de voluntades constituye la base de derechos y obligaciones entre el trabajador y patrón

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 las circunstancias 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 ultimo, estas normas, a veces, no tienen encuesta los servicios realmente prestados con la estipulación del contrato. Hay otra situación que a la inversa, el contrato otorga derechos y crea deberes esencialmente laborales, aun cuando el trabajo no se realiza.

La teoría de la relación de trabajo tiene el merito de haber insistido fuertemente sobre la actual declinación del contrato de trabajo. Considera que el contenido del contrato de trabajo disminuye progresivamente, la determinación de las condiciones de trabajo no revelan casi ninguna autonomía de las partes. Las reglas aplicables a la relación de trabajo, difieren mas profundamente de aquellas que gobiernan el derecho común de los contratos, un cierto numero de reglas del derecho del trabajo que es la causa, en virtud del cual el trabajo es cumplido y que la ruptura del contrato de trabajo con el derecho común de los contratos esta tan avanzada que la valides del contrato de trabajo no es mas considerada como una de las condiciones necesarias para la aplicación del derecho del trabajo.

Por la relación de trabajo se concibe la aplicación del derecho del trabajo a situaciones extracontractuales que el estado crea por vía de autoridad. Después de analizar la evolución doctrinaria se puede decir que:

A través de los órganos de valoración expresados puede afirmarse en conclusión, que el vínculo contractual, como el consentimiento que lo acompaña, procede y sigue siendo la fuente principal del derecho laboral. Y que la relación de trabajo no lo substituye al contrario 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 pues es errónea toda vez que la relación de trabajo que contempla nuestra disciplina se origina en el contrato, esto es, en el acuerdo de voluntades entre el trabajador y el patrón, acuerdo que puede ser expreso o tácito.

No importa que la estipulación del contrato no coincida a veces con la prestación del trabajo, por que los efectos de esta surgen precisamente como una consecuencia del mismo contrato, de no existir este, no se cumpliría la relación de trabajo. Tampoco justifica la distinción de circunstancias de que las normas que constituyen el derecho del trabajo, se refiere 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 solo atienden 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 de contratar libremente, 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 la especie.

Considera que aun 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 la necesidad de la concurrencia de dos partes: patrones y trabajadores. Vale decir aunque simbólicamente, siempre esta presente la voluntad patronal.⁶

⁶ Enciclopedia Jurídica Omeba. Ob.cit.Pág. 407

1.3.1. VERBAL

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

Y a ese respecto tanto la doctrina como la jurisprudencia han discutido por varios años, cual es la naturaleza de la relación que se establece entre el trabajador y el patrón, intratándose de la prestación de servicios. La teoría tradicional cuyas raíces se remontan al derecho romano, en la cual se sostiene que las relaciones jurídicas entre dos personas solo pueden derivarse de un acuerdo de voluntades, en consecuencia las relaciones entre los trabajadores deben configurarse como un contrato.

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 de trabajo 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 así mismo 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 de origen.

Esto tiene como base la idea en la figura de la relación de trabajo, la cual se define y traduce en la prestación de un servicio personal y subordinado, el cual se remunera mediante el pago de un salario, de manera independiente del acto que le da origen. Así mismo se acepta la idea contractual como 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 intratándose de la relación contractual verbal, basta que se de la relación entre el trabajador y el patrón, remunerándose el servicio que se presta sin que medie contrato alguno.⁷

1.3.2 ESCRITO

El contrato de trabajo escrito, implica necesariamente como una de las partes formales del contrato mismo, los conceptos de relación y contrato individual de trabajo, en los términos en los cuales se incluye 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 voluntad para que se de la relación contractual, sino que además se requiere 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 trabajador y patrón, relación por virtud del cual se obliga el trabajador a la prestación de los servicios respecto al 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, jornada 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 impliquen una renuncia a las normas protectoras de la clase trabajadora, por otro lado deben quedar consignadas las que vengán 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

⁷ Ley Federal del Trabajo. Exposición de Motivos

prestaciones a las cuales tienen derechos o que en un momento dado puedan devengar, algunas de estas 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 por los trabajadores respecto de sus derechos en cualquiera 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 de su salario, al cual tiene derecho, la legislación del trabajo en presencia de esta figura jurídica sería 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, por que llegando el momento y estando en ese extremo, resultaría que todos los casos de divergencia sería indispensable acudir a los tribunales laborales y así mismo decidir la controversia. De ahí que la legislación laboral admita los convenios y liquidaciones siempre y cuando estos no sean contrarios a los actos jurídicos que medien la relación obrero-patronal. Y que sujetan básicamente a dos requisitos:

1.- Tales convenios y liquidaciones deberán hacerse por escrito, conteniendo una relación

De los hechos que originan o motivan el convenio liquidación, así como también los derechos que quedan comprendidos en el.

2.- Tal manifestación de la voluntad apegada a derecho deberán ratificarse ante los tribunales laborales cuidándose que el acto no contenga 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, se 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.

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, intratándose de materia contractual especificándose los elementos básicos del contrato de trabajo. En primer termino considerando la voluntad de las partes y la subordinación que nace de esta relación y en segundo termino que esta relación de trabajo quede ajustada a derecho, protegiéndose las normas y condiciones de trabajo en que se da la relación.⁸

⁸ Ley Federal del Trabajo, Exposición de Motivos

1.4. RELACION DE TRABAJO ENTRATANDOSE DE TRABAJOS ESPECIALES

La complejidad de la vida moderna, el creciente desarrollo y la variedad de actividades a que el ser humano debe dedicarse para subsistir en mejor forma, el enfrentamiento, frecuentemente 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 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 puedan estar regidos por condiciones generales, pero existen determinadas actividades que por su propia naturaleza salen de esa posibilidad y exigen una reglamentación.

Se debe reconocer que esa reglamentación no siempre es en beneficio de los trabajadores, sino que en cierto modo se crea para sostener 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 esta refiriendo a actividades especiales diferentes de las que pueden ser regidas por la generalidad de la ley. Se incluyen disposiciones que en efecto vienen a restringir y disminuir alguna libertad de los trabajadores, pero a cambio de ese sacrificio bien puede decirse que le garantiza la posibilidad de continuar 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 organización gremial y el desarrollo de sus oficios crearon estatutos

Otros sistemas como el que usamos en México, establecen las disposiciones 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 reglamente.

En estas condiciones se puede afirmar, siguiendo el criterio de algunos tratadistas que esta abierta la posibilidad de aparición de nuevas reglamentaciones para nuevos trabajos que pudieran ir apareciendo y aún mas, 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 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 a 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 esta 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 termino contrato de trabajo, que fue acogido por las leyes de Bélgica, suiza y Francia. Este contrato llego a considerarse como elemento esencial del derecho del trabajo, pero el normal desarrollo de esta disciplina, y los estudios que se van desarrollando así como las nuevas teorías de ellas 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: la existencia de esta relación de trabajo que crea las obligaciones mutuas entre el trabajador y el 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 influyen en forma constante sobre las condiciones en que se debe 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 esta ser quien decide sobre la persona física, al trabajador que debe ocupar ese puesto, aun 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 a llegado ha hacer presente el vinculo jurídico, de naturaleza específicamente laboral que liga al trabajador y el patrón, 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 reglamenta en una u otra forma a lo que nos vamos a referir cuando hablemos del contrato o de las relaciones 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 energía para desarrollar labores en beneficio o interés de otra, mediante una retribución, tiene los mismos elementos esenciales: el primero de estos elementos que caracteriza la situación jurídica es el hecho que se 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 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 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, en 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, fundamentalmente 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 específicas de actividades. Tal es el caso de los que se han llamado trabajos especiales en 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 considero la solicitud de los trabajadores y aun de las empresas para que se incluyera 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 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, referido 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 entre otros contemplan: trabajos especiales los cuales en la legislación mexicana vigente aparecen varias actividades consideradas como especiales. Desde luego se puede afirmar que no es un nuevo capítulo, pues ya en la ley federal del trabajo de 1931, se señalan algunas modalidades de los contratos del trabajo, para los cuales existían normas específicas y a los que, según especificaba el art.41, podrían aplicarse las normas generales siempre y cuando no fueran contrarias a las especiales.

Desde entonces aparecieron dentro de estas modalidades de contratación las referidas al trabajo de los domésticos, de los ferrocarrileros, del campo, del mar, y de las industrias en pequeño.

La nueva ley llamada así desde que fue promulgada, agrego 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 la industria familiar. los nuevos en la ley de 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 de autotransporte que es el que en esta ocasión le dedicamos especial atención y estudio. Y por ultimo se incluyo posteriormente en 1977 el trabajo de médicos residentes en periodos de adiestramiento en una especialidad.

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

El trabajo de autotransportes, en el están comprendidos no solamente los operadores de vehículos foráneos, sino también los urbanos, incluyendo 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 puede ser fijado 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 esta 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 el caso de los ferrocarrileros dentro de sus disposiciones especificas se encuentran la de que no pueden tomar o dejar carga o pasaje sino en los lugares previamente señalados por el patrón. Es el caso de las bebidas embriagantes, no

solamente deberán abstenerse de ellas durante la jornada laboral, 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 cuando están referidas al estado o equipo del vehículo, no son a cargo del trabajador sino del patrón y mal podría aplicársele la sanción por este concepto.

Entre las causas del despido esta la negativa sin justa causa de realizar el viaje o servicio contratado o su interrupción. Pero es injusto el que se permita el despido por que hubiera una disminución en el volumen de los ingresos producidos por el vehículo, salvo causa justificada. Es injusto por que 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 sus 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 derivan de la prestación de los servicios. Considerándose así el ámbito personal o especial de validez.

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

⁹ Cavazos F. Baltasar, *El Derecho Laboral en Iberoamérica*. Edit. Trillas, Cap. 36, Pág. 610

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 los trabajadores en una sola maniobra, el cobro de salarios pagándose a intermediarios, el salario en días de descanso, el pago de 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 PÚBLICO

En principio debemos entender al servicio público, como el complejo de elementos personales y materiales, coordinados por los órganos de la administración pública, y destinados a atender una necesidad de carácter general que no podría ser adecuadamente satisfecha por la actividad de los particulares, dados los medios de que estos disponen normalmente para el desarrollo de la misma.

¹⁰ Ley Federal del Trabajo

CAPITULO SEGUNDO

RELACION CONTRACTUAL EN EL DERECHO MERCANTIL

CAPITULO SEGUNDO

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 explica la tendencia a la unificación de las normas sobre esta materia y el logro de tal unificación en las legislaciones suiza e italiana.

Aun en nuestro sistema que mantiene la dualidad de legislaciones, la legislación civil sobre contratos debe considerarse como el telón de fondo del cual resaltaran algunas características o circunstancias accidentales, cuando el contrato adquiera la calidad de mercantil. Pero no existen diferencias esenciales, por lo tanto esta parte del derecho mercantil, o sea el derecho de contratos de comercio, debe considerarse como la suplementaria de la parte correspondiente del derecho civil. Por lo que solo se hace referencia a aquellos aspectos de los contratos que el derecho civil considere, o que la ley mercantil trate de manera diversa a la ley civil.

Se puede señalar 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: ¿Cuál era en México el estado de la legislación mercantil, antes de la vigencia de las celebres ordenanzas de Bilbao? Y se responde así: A fines del siglo XVI, el cabildo justicia y regimiento de la ciudad de México,

elevo 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, autorizando al rey Felipe II, por cedula el 15 de junio de 1592.

A pesar de la oposición de los escribanos de la cámara y relatores, una vez hecha la cedula, 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 aplicar 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 d México, denominada universidad de mercaderes de la 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 de las funciones administrativas, el consulado procuraba protección y fomento del comercio, y en relación a este cuando actuaba en su función judicial, resolvía las controversias que del mismo derivaban.

Cuido de los intereses generales mercantiles para lo cual ejecuto obras 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 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 opero el consulado de México, fue hasta 1795, que por cédula real del 17 de enero se creo el consulado de Veracruz, después el 6 de junio del mismo año, el consulado de Guadalajara. Más tarde se fundo el consulado de Puebla, con la sola autorización virreynal que no llevo a ser confirmada por el rey. Antes, el consulado de México tuvo jurisdicción en Nueva España, Nueva Galicia, Guatemala, y Yucatán.

Disposiciones de carácter mercantil son recogidas en la recopilación de indias que promulga Carlos II, en 1681. En 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 las autoridades y respeto que conquistaron las ordenanzas de Bilbao, que por su perfección se vuelven a aplicar.

Cuando se restauró la republica de 1867, se pensó en la creación de un código de comercio que pudiera aplicarse en todo el territorio y para ello hubo la 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 republica, de minería y comercio. La reforma se hizo hasta 1883, al año siguiente se promulgo el código de comercio, esta 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 1ro de enero de 1890. Su antecesor de 1884, así como el de 1854, tuvieron efimera vigencia, en su elaboración 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 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 su parte del derecho público ha sufrido el derecho privado. Y es aquí donde cabe un cuestionamiento: ¿esta desapareciendo el derecho privado? Si la respuesta fuera afirmativa estaríamos en presencia de un problema, pues una de las ramas tradicionales de este es precisamente la mercantil y resultaría que el derecho mercantil está desapareciendo, o bien se está convirtiendo en derecho público.

Este cuestionamiento deja ver la actual inoperancia de la clasificación citada, en tanto que el mercantil no está desapareciendo y cuanto que no es ni público, o privado. Ante esta inexplicable desconcierto, varios enunciados filosóficos emanados en la primera mitad del siglo, y consolidados en la segunda, nos auxilian en el problema de la clasificación: El derecho, fuerza normativa, es cambiante por que la realidad que organiza es cambiante en el tiempo, y si el objeto calificado del derecho cambia, por consecuencia cambiara cambien el sistema de clasificación, mas no cambiará la intensidad de la fuerza normativa sino su forma, por tanto sus posibilidades de ser calificada.

¹¹ Vázquez del Mercado Oscar. Contratos Mercantiles. Edit. Porrúa, S.A. México, 1982, Pág. 21

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 metodológicamente un objeto con la finalidad de obtener un mejor conocimiento del mismo y proporcionarle un lenguaje propio. Pero en el caso del derecho, al persistir la tradición de clasificarlo en público y privado. Resultara insuficiente en poco tiempo, ya que en la definición público entrara todo el tema y seria ilógico el intento de clasificar algo que carece de alternativa. Dicho de otra manera, anteriormente se dieron en el derecho tantos aspectos típicamente públicos que se justifico 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 que cosas y 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 de 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 deba aplicarse la norma, en nacional, extranjero o internacional.¹²

¹² Dávalos Mejía Carlos. Títulos y Contratos de Crédito, Quiebras. Edit. Harla, 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 qué 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 recae 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 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 ¿cómo distinguir a estos, 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 que una o más partes tienen legalmente el carácter de comerciantes, son mercantiles también los contratos que dan lugar a procedimientos judiciales supuestamente más ágiles que los contratos civiles, igualmente son mercantiles los contratos en que su objeto acusa más claramente su finalidad económica, etc.

Pero ahora surge otra interrogante ¿por qué si esas distinciones 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 considerarlo como rama independiente y de características especiales, no pueden dejar en su empeño de luchar por que se le reconozca aquella calidad, y por que las operaciones de esa rama surjan contratos, por ejemplo, que vuelvan a ser consideradas como especiales o independientes del derecho civil, aun 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 pugna por un método para el estudio del derecho mercantil que implique:

Primero.- El estudio técnico y económico de las relaciones sociales que rigen el derecho mercantil.

Segundo.- El estudio histórico comparativo del desenvolvimiento de los aspectos de las instituciones de derecho mercantil en el tiempo y el espacio.

Tercero.- El estudio exegético de la normas de derecho mercantil.

Cuarto.- El estudio sistemático de los principios de 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 Laredo de 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 de acuerdo a ciertos autores, no solo al hecho de perder fuerza el código de comercio, sino que ha robustecido su espíritu mismo.

Se ha querido encontrar en 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 aun parece lejano en nuestro medio: La creación y fundamento de tribunales mercantiles. Presididos por especialistas y trayendo a la practica principios que se hayan claros en los orígenes del comercio y de su regulación, y que hoy mas 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 si. Es decir un contrato se perfecciona con el consentimiento manifiesto de las partes en relación.

De esta perfeccionamiento son precedentes: La oferta o propuesta de una de la 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 esta podría ni estar dirigida a algo real , vigente.

De una manera real 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 los que expresamente la ley impone para su valides determinada forma. Pero cabe señalar que esa imposición pierde fuerza frente a los principios básicos de todo contrato mercantil: La buena fe y la rápidez, 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 estas?

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 perfecciono por la coincidencia de la propuesta y la aceptación de que ya tratamos, hacer mas amplio y

detallado el contenido del contrato y sobre todo hacerlo oponible frente a terceros, ajenos a la relación básica. A hora 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 este, 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 solo hasta que ha agotado ese criterio emanado de la buena fe de los contratantes, cuando el interprete podrá ir al encajonamiento del contrato dentro del casillero que conforme a la ley pudiera corresponderle, y aún más si fuera necesario llevar el instrumento al campo de la doctrina jurídica, y a los usos y costumbres mercantiles.

Pero aquí cabe agregar que siendo tan definitivamente trascendente la voluntad de las partes contratantes, tiene limites 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 modalidades administrativas, hacendaría, civil, etc.

Para confirmar lo anterior y concluir lo relativo a la interpretación de los contratos resulta adecuado transcribir la exposición de motivos del código civil de 1928, considerado como el primer código mexicano del derecho privado social, producto de la ideología revolucionaria socialista o intervencionismo estatal. En lo que se refiere interpretar los contratos y tomando en cuenta, fundamentalmente los intereses colectivos sobre los individuales, sin dar un apoyo decidido a la autonomía de la voluntad, imponiendo cláusulas irrenunciables a saber:

El contrato se interpretara en los termino declarados aun cuando no corresponda a la intención de las partes, y es que la lógica de este segundo sistema a si lo exige. Por que

todo ordenamiento jurídico que deja a un lado el principio de la autonomía de la voluntad para imponer en los contratos determinadas obligaciones para restringir esa libertad de los contratantes y para en alguna forma hacer prevalecer la voluntad del estado sobre la de las partes, tiene como base esta: no es la intención la que nos va a dar el significado y alcance de las cláusulas de un contrato, si no los términos que se han empleado y que determinan una seguridad objetiva que la ley debe de amparar, no por el interés de los contratantes si no 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 innominados

- 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 y 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

producto 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 termino concesión es 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 hace 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, 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 secretaria de hacienda y crédito publico, otorgar a los particulares concesión para dedicarse al ejercicio de la banca y crédito. A si mismo 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 secretaria de comunicaciones y transportes.

Pero en México, en todas partes, la concesión, con carácter mercantil es una realidad mas, 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 concesionario un comerciante individual, sobre todo si se trata de vender o 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 estratos sociales. Además son productos que al llegar a concesión 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, de la maquinaria pesada y semi – pesada.

Por tratarse de un contrato atípico, esto es, sin regulación expresa en la ley mexicana, pues 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 y que engloba títulos como estos: exclusiva de venta, derechos de control para el concedente, inejecución de las obligaciones, cláusula penal en relación a esa inejecución, prohibiciones a los concesionarios, pedidos y entregas etc.

Se ha afirmado que 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 compra venta y la concesión, es que este ultimo 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 compra venta hayamos este carácter, pues el vendedor concluye su intención contractual en la compra venta, 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 de la concesión los derechos y obligaciones de las partes no se agotan ni mucho menos en las respectivas compra ventas que los contratantes realizan, y en la compra venta 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 por que 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 ser no precisamente una venta a nombre del mandante, y en la concesión el espíritu prevaleciente es la colaboración para ventas y reventas a cargo del concedente y concesionario respectivamente.

Pero tampoco puede entenderse a la concesión como contrato preliminar, en virtud de que este no es sino la promesa bilateral o unilateral de contratar, sin que tal promesa por si sola lleve a la adquisición de derechos y obligación.

En cambio la concesión desde el momento mismo de su celebración, 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 contrato aparentemente identificables con ella, se puede concluir que se trata de un contrato atípico, bilateral, oneroso, de contenido múltiple y finalidad típicamente comercial. La adhesión cuando el concedente tiene como propósito el crear una vasta red distribuidora de sus productos, integrada por una pluralidad de concesionarios.

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, requerían como servicio adicional de la propia operación comercial, y a manera de reflexión lo siguiente: nuestras grandes concentraciones humanas perecían sin la posibilidad del transporte masivo de satisfactores, provenientes de zonas de producción y a veces también del procesamiento, por demás lejano 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 vehículos de tracción mecánica, notablemente a mediados del siglo pasado.

Ahora bien, atendiendo a las diversas clases de transporte terrestre, podemos mencionar los siguientes:

Primero.- Según lo transportado, este contrato puede ser: de personas, de mercaderías, de documentos.

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

Tercero.- El volumen transportado podría clasificarse como: masivo, parcial, particular.

Cuarto.- Por el carácter del porteador el transporte es: público y privado.

Quinto.- Por la extensión del transporte el servicio puede ser: urbano, rural y 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:

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

Segundo.- Cargador, es la persona física o moral que entrega la carga a transportar.

Tercero.- Consignatario.- es la persona o empresa a quien deberá ser entregada la carga transportada.

Porte es el término con que se designa la cantidad que esta 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 este, 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 estas 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. Transportar al mismo tiempo el equipaje del viajante, igualmente en las condiciones 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, a cargo del porteador, se regula por reglamentos especiales 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 autonomía de la voluntad de las partes, en ocasiones por tratarse de contratos de contenido fijo por parte del transportador.¹³

¹³ Olvera de Luna Omar. Contratos Mercantiles. Edit. Porrúa S.A. México, 1982. pags. 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, el comercio consiste en la intermediación en el proceso de la circulación de los bienes y los servicios, con destino al mercado general.

El proceso circulatorio puede asumir tres formas, hay circulación, si tanto el titular de un bien traspasa definitivamente el goce de este a otra persona, o sea el cambio, como en el caso de que la sesión 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 fe también se presume en el contrato mercantil, pues los efectos de la buena y mala fe sobre los contratos mercantiles presentan un fenómeno curioso. En tanto que la mala fe no influye en la validez de ciertos contratos, como la compra venta, en otros como en los seguros de buena fe absoluta y liquida es esencial, y aun 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 fe.

Debe entenderse en términos generales que siendo el trafico mercantil esencialmente especulativo, debe haber cierta tolerancia aun 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 si. 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, por que esas normas rigen en forma principal y definitiva 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 producción, 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, si no 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 esta presente para su regulación. No puede pensarse solo en una producción masiva, por ejemplo, para hacer 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 permitan por ello, y sin duda alguna, evitar desviaciones que acarreen como consecuencia el desquiciamiento de la misma producción, en perjuicio de la comunidad que vive 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, esto es, de operaciones ya sean pasivas o activas, que van a caer en la esfera del derecho que las regula. En efecto es esta materia quien define estas operaciones, pues 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, solo 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 produce. En cambio, el derecho mercantil estudia las relaciones jurídicas que derivan, es decir que se crean entre los hombres como consecuencias de esos hechos.

Dentro del concepto del derecho mercantil, se tiene que estar sujeto en cada país, a las disposiciones legales respectivas, estos es, al sistema del 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. Y que sería un criterio subjetivo o un concepto que atendiera al acto del comercio y estaríamos frente a un criterio objetivo. En consecuencia, si el 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 enunciar estos. Con acierto se dice 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 solo podría entenderse en función del derecho positivo.

Consecuentemente para obtener el concepto de derecho mercantil, basado en el acto de comercio, resulta necesario conocer que es este, lo que requiere el estudio de los actos que el código enumera. Después de hacer el estudio habrá posibilidad de entender por que en un sistema objetivo se define al derecho mercantil como aquel derecho que regula los actos de comercio. El concepto podría considerarse acertado en principio, por que 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, por que la materia mercantil no es estática y por lo mismo, pueden darse otros actos diversos a los considerados. El concepto seguirá siendo valido aún cuando por esa dinámica surja la necesidad de calificar como mercantiles estos otros, por que su fundamento permanecerá siendo el acto mismo, no determinados actos.

Claro esta que el concepto puede resultar incompleto, pero no por que se considere en determinado momento todos los actos, si no por que debe olvidarse al sujeto comerciante que los realiza. A si 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 atender que en la ejecución de los actos deban necesariamente darse la intervención, puesto que hay actos que siendo mercantiles se ejecutan sin que puede 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 que sería erróneo. El concepto podría considerarse acertado en principio, por que se basa en el sistema de nuestro código, esto es, de numeración 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 aplicaron 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 sería 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 compra venta, 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 el eje del derecho mercantil y regresar así al criterio subjetivo habrá necesidad de hacer la correspondiente referencia.

En esta corriente doctrinaria se considera al 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, si no que de los actos en masa. La realización de estos actos requiere de

una organización apropiada, precisamente llamada empresa. Entendiéndose a tal como el ejercicio profesional en una actividad económica organizada para los fines de producción, o de cambio de bienes o de servicios. 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 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 de 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 tienda 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 acto semejante, 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 plantearía 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 tenga alguna organización con carácter de empresa, si no 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, 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 que 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 aquel 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, se han o no comerciantes, de manera que no se restrinja en el derecho mercantil al empresario que se organiza, por que sería ir contra la inercia que lleva poco a poco a todos los particulares a introducirse en la vida mercantil.¹⁴

2.3 ASOCIACION POR PARTICIPACIÓN

Atendiendo a lo que nos marca el artículo de la ley general de sociedades mercantiles, en tratándose de 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 perdidas de una negociación mercantil o de una o varias operaciones de comercio.

Artículo 253.- La asociación por participación no tiene personalidad 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 por participación se fijaran los términos, proporciones de interés y de más condiciones en que deban realizarse.

¹⁴ Vázquez Del Mercado Oscar. Ob.cit. Pág. 25

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

Artículo 257.- Respecto a terceros, lo 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 perdidas se observara lo dispuesto en el artículo 16, las perdidas 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 observaran, salvo pacto en contrario las reglas siguientes:

Primero.- La distribución de las ganancias o pérdidas entre los socios capitalistas se hará proporcionalmente a sus aportaciones.

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

Tercero.- El socio o socios industriales no reportaran las pérdidas.

Los contrayentes tienen en principio, la más amplia libertad para fijar dichas normas, pero la ley prohíbe el 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 perdidas a otro u otros, en virtud del cual se excluye a uno o más socios de la participación de las ganancias, y en caso de ser a si 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 anteriormente dicho se deduce que la voluntad de las partes no es omnipotente, que su autonomía esta 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 que dar excluidos de soportar las pérdidas. Así mismo también podrá estipularse validamente que el asociado que aporte a sus industrias este 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 de como capital la cantidad fija que debe de terminarse cuando se constituye la sociedad. La permanencia del capital que da garantizada por la ley, pues si hubiese pérdidas se reintegrara o reducirá 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 ellas.

Es inexacto que los socios industriales no reporten las pérdidas aunque efectivamente si 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 este, pero quedo sin compensación el uso de la cosa aportada a la sociedad.

Artículo 259.- Las asociaciones por participación funcionan, se disuelven y liquidan, a falta de estipulaciones especiales por las reglas establecidas para las sociedades en nombre colectivo en cuanto no pugne en las disposiciones de este capítulo.

El antecedente de la asociación por participación lo encontramos en la commenda, contrato típico del medioevo, al cual o hemos referido en otras ocasiones.

En Alemania se llama sociedad tácita, a la asociación por participación. Algunos autores dicen: la asociación por participación es una forma impropia de sociedad, por la cual una persona toma parte en los negocios mercantiles de 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 asiéndose 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 participación puede ser momentánea, 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 en la segunda que sostiene que no puede hablarse de un contrato de sociedad pero si 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. Esto quiere decir que el asociante no puede plurimo, 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 aquel.

Lo que el asociado da al asociante para que lo emplee en operaciones comerciales, ásele propiedad de este último, el asociado es un simple acreedor que tiene derecho a que se le de 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 cuales se obtendrán las utilidades y generara a su vez gastos de aportaciones por diferentes conceptos. Como pueden ser mantenimiento, reparaciones, etc. Cuando se celebra el contrato de asociación en participación y dada la naturaleza de la aportación, se inscriba la formalidad respecto de la custodia, guarda, conservación, mantenimiento y cuidado de la unidad y se inscriba en el registro público de la propiedad o comercio, incluso pudiendo protocolizar dicho contrato ante funcionario dotado de fe pública, para los efectos de la 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 la ley para ambos. Aun cuando la estipulación no haya sido registrada, surtirá sus efectos si se prueba que el tercero tenía o debía tener conocimiento de ello.

Y es aquí donde el tercero puede llegar a ser o considerarse a las instituciones oficiales, pues considerando que en un procedimiento del laudo arbitral, no podría fallar a favor del asociado, y con la obligación plena de demostrar la relación obrero patronal, dado el antecedente del contrato de asociación por participación.

Los asociados están obligado 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. El asociante queda obligado a reintegrar a los asociados, las aportaciones, más las utilidades que les correspondan una vez realizadas estas o al espirar el termino prefijado.

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 correspondan 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, se 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 aquellas. Esto quiere decir que las normas relativas a las sociedades en nombre colectivo, se aplicaran 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, si no tan solo es 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, debe tener el mismo valor legal que si se hubiesen pactado expresamente por escrito. Si unas personas no aportan ni siquiera su trabajo o producto de este, si no solo el propósito de trabajar, no constituyeron legalmente ninguna asociación.

Que tal contrato de asociación en participación debe constar por escrito y que no estará sujeto a registro, esa formalidad no es Ad solemnitatem, 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, este 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, por que carece de personalidad jurídica entre los terceros y el asociado.

Si en virtud de una sesión, el asociante enajeno todos los derechos sujetos a la participación de sus utilidades o perdidas en el contrato de asociación, es evidente que se

opero solo su objeto, pero a la vez hizo el cedente imposible la continuación del mismo, quedando a si la asociación en estado de disolución, que impone su liquidación.¹⁵

¹⁵ Muñoz Luis. Sociedades Mercantiles. Edit. Porrúa, s.a. México 1972 Pág. 369.

CAPITULO TERCERO

LA CONCESION EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

CAPITULO TERCERO

LA CONCESIÓN EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

Dentro del concepto de concesión administrativa, se puede decir que la concesión es un 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 el 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. Este va perdiendo su significado tradicional para encerrarse en nuevas formas de acción administrativa.

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 el 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 amplios respecto de la concesión se puede decir: Que se alude aquellos actos que transfieren a un particular, facultades originariamente administrativas, a si 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 esta en condiciones de desarrollar por su incapacidad económica, o por que 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 grandes problemas que origina principalmente los trasportes urbanos. Independientemente de que se ha 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 paulatinamente a ir rescatando de la actividad llevada, aquellas materias en las que debe predominar el interés general. Sin obstáculos e intereses privados, que puedan interferir con su régimen, no se debe olvidar que la experiencia enseña que los particulares no siempre son aptos para asumir aquellas tareas del estado, dominadas por el interés general.

Bajo el concepto de concesión se comprende diversos actos de la administración pública confiriéndose ciertos poderes, derechos o ventajas de las personas privadas sobre el dominio del estado o respecto de los servicios públicos, con determinadas cargas u obligaciones y otorgando una facultad para ejercitar ciertas prerrogativas públicas.

La legislación administrativa mexicana no ha sido muy precisa en el empleo del termino concesión administrativa, pues hace referencia 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 autorizaciones así como 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 publico, o para la explotación y aprovechamiento de bienes del dominio directo y de la 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 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.

A si mismo podemos decir que la concesión es un procedimiento por el cual una persona pública, llamada concedente, confía a una persona física o moral llamada 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 cubre, haya dar lugar a su vez a una clasificación de las concesiones:

Primero.- 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 dominio público, concesiones de servicios públicos y concesiones sobre el dominio público.

Segundo.- Concesiones constitutivas, mediante las cuales en 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 afecta las relaciones entre el estado y la forma de explotación de una concesión, son regulados por disposiciones administrativas de derecho publico, que aseguren el interés general y el debido aprovechamiento de la riqueza publica 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 empresa 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 a prevalecido el criterio de considerarla como un acto de naturaleza compleja o mixta. Al considerarse a la concesión en cuanto 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 reglamentaria regulado por la respectiva ley.
- c.) La concesión como un acto mixto.

Hoy en día el acto de la concesión se presenta como un acto complejo, como consecuencia de su carácter reglamentario y por otra parte de 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, si no que deberá hacer valer el interés general. Imponiendo en forma total el régimen jurídico que las circunstancias exigen, las grandes carencias de nuestros pueblos demandan una acción continua, eficaz, flexible e inmediata del estado, que deberá 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 estos son propietarios.

Esa colaboración la obtiene en forma compulsiva o en forma voluntaria, 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 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.

¹⁶ Sierra Rojas Andrés. Derecho Administrativo. Edit. Porrúa S.A. México 1982, Pág. 259

Los contratos que en la última hipótesis celebra la administración pública ¿Son iguales a los que vincula a los particulares entre si, o presentan algunas circunstancias o características que los tipifican y los 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 este, el derecho público y el derecho privado.

La última corriente es la que actualmente priva, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, aun cuando hay autores para quienes el problema debe resolverse de acuerdo al derecho positivo de cada país. Mientras que para otros sólo existe:

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 subordinación 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 en que se haya ambos contratantes, y se refiere al régimen de ejecución y rescisión de contrato.

Ella tiene su origen en la desigualdad de propósitos perseguidos por las partes, la administración pública vela por las necesidades 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 solo busca su propio beneficio económico.

Como caracteres de los contratos administrativos se han indicado 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 de 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 provocado 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 el.¹⁷

¹⁷ Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo IV. ob. cit. Pág. 166

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 a un ente administrativo estatal, los poderes que son necesarios para la prestación de un servicio público por cuenta y riesgo del concesionario.

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

El concesionario del servicio público cobra 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, 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 continua siendo servicio público, es decir, actividad propia del estado para la satisfacción de las necesidades publicas indispensables. De hay que la concesión no es una enajenación, sino delegación temporal.

También se delegan poderes aunque estos son únicamente los necesarios para prestación del servicio, poder de expropiar, de reglamentar el uso del servicio por el usuario, de cobrar tarifas a los usuarios y obtener el auxilio de la fuerza pública para hacer desaparecer 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 determinación y contralor, no pueden delegarse pues constituyen una atribución propia del concedente. Cualquier delegación al respecto sería ilícita.

Se ha afirmado que en la concesión de servicios públicos existe un contrato de derecho público, y una situación legal reglamentaria. No obstante ello en fecha reciente se ha combatido esta escisión bipartita de la concesión en situación contractual y reglamentaria, sosteniéndose que el contrato es una unidad, aun 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, así mismo 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 implícita la cláusula rebus-sic stantibus, circunstancias que también permiten rescindir el contrato cuando el servicio público no se satisface en las condiciones que el presente reclama, o cuando el servicio público al que se refiere el contrato ha dejado de ser tal.

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

Así mismo el concedente tiene derecho también a la ejecución del servicio directamente por él, con sustitución del concesionario, no como sanción, sino cuando perentoriamente la exija 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, determinado derecho para la explotación del subsuelo, o para el establecimiento de los servicios públicos que ellos requieran bajo un estricto régimen 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 mantiene diversas relaciones y son:

- a) El estado concedente

¹⁸ Idem. Pág. 310

- 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 comprendido 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, enumera ampliamente el 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, constituyen depósitos cuya naturaleza se ha distinta de los componentes de los terrenos, tales como los minerales de los que se extraigan metales y metaloides utilizados en la industria. Yacimientos de piedras preciosas de sal de gema y las salinas formadas directamente por las aguas marinas, los productos derivados de la descomposición de rocas, cuando su explotación necesite trabajos subterráneos. Los yacimientos minerales u orgánicos de materias susceptibles de ser usados como fertilizantes, los combustibles minerales sólidos, el petróleo y todos los carburos e hidrógenos sólidos, líquidos o gaseosos. Así como el espacio situado sobre el territorio nacional en la extensión y términos que fije el derecho internacional.

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 cuales 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 aun muy limitado, y su reglamentación se circunscribe a determinadas materias del orden federal.

En todo caso el punto de partida es la decisión del estado para erigir una actividad 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 del servicio público.

A veces también habiendo decidido erigir una actividad en servicio público, no crea todas las piezas del organismo encargado de asumirlo:

El se reserva de confiar la ejecución del servicio, reglamentado por él, a organismos preexistentes o por crear y que serán admitidos al 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 solo 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:

Primero.- 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 de esta intervención de la colectividad se saquen las otras características del procedimiento.

Segundo.- 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 los 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 consecuentemente el fin que persigue el estado, al utilizar el sistema de economía mixta va acrecentando el control administrativo.

Tercero.- Una consecuencia más del sistema financiero, y el organismo que proporciona el servicio público, es un organismo mixto. Entre los servicios público prestados por un órgano publico, y los servicios prestados por un organismo privado, concesionario, viene ahora a establecerse una categoría de 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.

Cuarto.- La economía mixta no es necesariamente un modo de gestión de los servicios públicos, efectivamente, si este procedimiento ha sido empleada 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.¹⁹

¹⁹ Idem. Pág. 274

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 fije con precisión cuales son las finalidades gubernamentales al entregar un servicio a un particular, estas derivan de la misma naturaleza del acto jurídico, que se realiza en ese propio momento.

Esos derechos y obligaciones parten de un principio general, o 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 se reserva medios administrativos para obligar al concesionario al cumplimiento de sus deberes como es, el poder de modificar el régimen del servicio.

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

En las concesiones del 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, pues 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. A si mismo los concesionarios, se sabe que están obligados con motivo de la concesión a proporcionar el servicio a todo el que lo solicite, de acuerdo con el principio de la igualdad de los usuarios. Sin embargo en la realidad se ofrecen serios inconvenientes que crean penosas situaciones como en el caso de telefonos.²⁰

²⁰ Idem. Pág. 280

CAPITULO CUARTO

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

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 proyección de los intereses de los particulares, si no 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 aun mas 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 cohetaneamente, los pensadores sociales pugnan por nuevas normas más equitativas, que regularan la prestación del servicio personal y palarian 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. Fue entonces que llego 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 asalariados. Una a una y en consonancia con la evolución industrial, se impuso la promulgación de leyes que debían regular sus nuevas relaciones.²¹

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 integraran una rama. Pero la historia del derecho social, en cuanto tutelador no solo de los trabajadores si no 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 esta obligada a subvenir a la subsistencia de todos sus miembros, ya sea procurándoles trabajo, ya sea asegurándoles medidas de existencia a quienes no estén en condiciones de trabajar”

También se deja traslucir la tendencia proteccionista del estado en el especto educacional, al prevenir el artículo 14 del proyecto aludido que dice:

“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 del 24 de junio d 1793, también se contemplan dos normas de derecho social (aunque no se les dio aplicación), siendo las contiendas en los artículos que enseguida se transcriben:

Artículo 18.- Los ahorros públicos son una deuda sagrada, la sociedad debe subsistencia a los ciudadanos desgraciados, sea procurándoles trabajo o bien asegurándoles los medios de existir a los que no estén en actitud de trabajar.

²¹ Saavedra Lamas. Código Nacional del Trabajo. Edit. Bibliográfica Argentina, S.A. Buenos Aires 1933, Pág. 6

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

Otro paso de gran trascendencia dado en la materia jurídico social, fue el Decreto del 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 careciera de él. Y a tal efecto se fundaron los talleres nacionales destinados precisamente a dar ocupación a lo desempleados.

Poco después en la constitución de ese mismo año, fueron incorporadas las normas que a continuación se expresan, claras muestras del incipiente pero ya bien delineado derecho social.

Artículo 2.- La constitución garantiza a todos los ciudadanos, la libertad, la igualdad, la seguridad, el trabajo, la propiedad y la asistencia.

Artículo 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 fue aprobado en junio de 1869, al tenor de lo siguiente:

“El estado debe de cuidar de la subsistencia y el sostenimiento de los ciudadanos que no puedan procurarse así mismos, medios de existencia, ni obtenerlos de otras personas privadas, obligadas a ello por leyes especiales. 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 de proporcionárseles trabajo conforme a sus fuerzas y a su capacidad.”²²

Con estos antecedentes, entre otros muchos, la doctrina fue sistematizando el estudio de la nueva rama del derecho en general, siendo primero en el empeño Georges Gurvitch. Afirmando que el nuevo derecho es un derecho de integración social, contra puesto 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 aquel activa los valores morales transpersonales, y siendo esto estatal pero autónomo.²³

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 nace 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 las clases trabajadoras. 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.

²² Mendieta y Núñez Lucio. *El Derecho Social*. Edit. Porrúa, S.A. México 1967. Pág. 96

²³ Trueba Urbina Alberto. *Derecho Social Mexicano*. Edit. Porrúa, S.A. México 1978. Pág. 322

Así, si el derecho económico contempla el problema desde el mirador de la economía y del empresario, el derecho del trabajo lo concentra 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 esta aproximando, pues cada vez penetran más el uno en el otro, para producir una nueva relación que no puede ser atribuida ni al derecho publico, ni al privado, si no que representa un derecho nuevo de un tercer tipo: El derecho social del porvenir.²⁴

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

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."²⁵

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"²⁶

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 reivindicán a los que viven de su trabajo y a los económicamente débiles"²⁷

Lucio Mendieta y Núñez afirma que "El derecho social es el conjunto de leyes y disposiciones autónomas que establecen y desarrollan diferentes principios y procedimientos protectores a favor de las personas, grupos y sectores de la sociedad

²⁴ Cueva de la, Mario. El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo. Edit. Porrúa. S.A. México 1972 Pág. 70

²⁵ González Díaz Lombardo Francisco. El Derecho Social y la Seguridad Social Integral. Textos Universitarios, UNAM. México 1973 Pág. 51

²⁶ Trueba Urbina Alberto. Derecho Social Mexicano. Edit. Porrúa. S.A. México. 1978. Pág. 308

²⁷ Idem. Pág. 309

integrados por individuos económicamente débiles, para lograr su convivencia con las otras clases sociales dentro de un orden justo”²⁸

Coincidentes en lo esencial, de las anteriores definiciones de desprende que son características medulares del derecho social las siguientes:

Primero.- No se refieren a los individuos en general, si no en cuanto integrantes de grupos sociales o de sectores de la sociedad bien definidos, obreros, campesinos, proletarios, desvalidos, trabajadores independientes.

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

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

Cuarto.- 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 conceptual brevemente las diversas clases o ramas del propio derecho social.

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.

²⁸ Mendieta y Nuñez Lucio. Ob. Cit. Págs. 66. 67

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, invalidez, la desocupación y la vejez.

e).- derecho de asistencia social, que consiste en conjunto 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 este 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 en 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, constituyendo 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 fabricas, el que moría por la acción de las maquinas y a quien la miseria de su hogar lo envolvía en las sombras de la tristeza y la desesperanza”²⁹

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

La lucha obrera y los pensadores sociales, principiaron por buscar la atenuación de esta axioma consistente en que la ley civil es igual para todos, y la solución no se hizo esperar surgiendo nuevas normas, especialmente destinadas a proteger al trabajador, de esa supuesta igualdad y partiendo de la base de la desigualdad entre los sujetos. Se trataba entonces 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.

Si no que dicha regla descansa en el fundamento de la estructura social, en la necesidad de mantener coherentes entre si los diferentes elementos sociales por el cumplimiento de la función que incumbe a cada individuo, a cada grupo.³⁰

²⁹ Cueva De La, Mario. Ob. Cit. Pág. 9

³⁰ Duguit León. Las Transformaciones Generales del Derecho Privado desde el Código de Napoleón. 2 da. Edición. Edit. Francisco Beltrán. Librería española y extranjera, Madrid 1920. Pág. 28

En atención a lo anterior, cada vez más se fueron integrando nuevas disposiciones, tuteladotas de las clases trabajadoras, para aglutinarse en el derecho del trabajo que trata de compensar la desigualdad económica de aquellas, otorgándoles una atención jurídica preferente. Así pues ni opero 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 en nuestro código civil, misma en la que se resumen los diversos aspectos en que el derecho social mostró su influencia en la legislación 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 consagradas 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 sostiene que el derecho civil debe ocuparse exclusivamente de la relaciones entre particulares que no afecten directamente a la sociedad, y que por lo tanto, dichas relaciones deben ser reguladas únicamente en interés de quienes la contraen. Son pocas las relaciones entre particulares que no tiene 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 reglamentarse armónicamente, y el derecho de ninguna manera puede prescindir de su fase social.

A continuación, el párrafo en el 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 jurídica económicas.”³¹

Se sigue de los 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 el contrario, que la propia ley civil contempla numerosas normas en que brinda protección, pudiera decirse que especialmente a las personas económicamente débiles e incultas.

b).-La libertad de las contrataciones, este axioma del derecho civil ha venido a menos ante la influencia del social.

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, sustituyendo si cabe la expresión, la voluntad de este.

“La libertad de contratación dice Mario de la Cueva, no existió nunca, por que 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 fijo como salario la cantidad de dinero estrictamente indispensable para la subsistencia del obrero en una vida más animal que humana.”³²

³¹ Código Civil para el Distrito Federal. México 1980.

³² Cueva de la, Mario. Ob. Cit Pág. 10

Naturalmente el contrato de trabajo se sustrajo de ese axioma civil, pues aquel quedaba ya regulado por las leyes laborales, en que se contemplaba 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 sustanciales de la contratación, la voluntad de este 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:

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

A no dudarlo es la influencia del derecho social la que suscito la redacción del artículo 17 del citado código civil del distrito federal expuesto del modo siguiente:

"Cuando alguno, explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro, obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado, a lo que el por su parte se obliga, el perjudicado tiene derecho de pedir la rescisión del contrato, y de ser esta imposible, la reducción equitativa de la obligación."

Con esta disposición, se dio 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 voluntad 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 miserable cuando es vilmente explotado.”³³

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 solo estaba previsto en el de compra venta 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.³⁴

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 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 si mismos, al poseedor legal de estos, aunque no haya obrado ilícitamente.”³⁵

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

³³ García Téllez Ignacio, Cit. Por Gutiérrez y González Ernesto. Derecho de las Obligaciones. Edit. Cajica, S.A. Puebla. Pág. 279

³⁴ Pina de Rafael. Diccionario de Derecho. Edit. Porrúa. S.A. México 1978. Págs. 337 y 341

³⁵ Gutiérrez y González Ernesto. Ob. Cit. Pág. 617

las legislaciones civiles. Así en el código para el Distrito Federal dicha responsabilidad se contempla en los siguientes términos:

Artículo 1913.- Cuando una persona hace uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o sustancias peligrosas por si mismo, 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, esta obligada a responder del daño que causa, 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, esta 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 estas por si misma no puede constituir una culpa, pues nada hay de reprochable en el, pero siempre crea un riesgo que cuando origina daños sirve de fundamento a la responsabilidad.

Reconociéndose que dicho fundamento es doble, por una parte el económico, conforme a los principios de ganancias y las perdida deben corresponderse, por la otra parte, el social, por aplicación del principio de la solidaridad en el reparto de las pérdidas.³⁶

La clara fundamentación jurídico social de la responsabilidad objetiva, es puesta de relieve por Rene Demogue, al expresar "Que los organismos peligrosos tienen un carácter común, el de ser costosos, por lo que quienes los emplean suponen una situación afortunada, y por esto puede mas fácilmente sufrir una pérdida. Por otra parte recibe de la cosa cierto provecho, ya que sin este no lo habría empleado, por último, tiene en su mano asegurarse contra las consecuencias de su responsabilidad, toda vez que puede prever el

³⁶ Rojina Villegas Rafael. Compendio de Derecho Civil. Teoría General de las Obligaciones. Edit. Porrúa, S.A. México 1973. Págs. 275 a 276

accidente mejor que su víctima, dado que esta en contacto mas frecuente con el objeto peligroso.”³⁷

Esto es en ultima instancia la solidaridad social, la que justifica la institución de la responsabilidad objetiva, demostrando con ello la influencia del derecho social, toda vez que como expresaba Ángel Osorio y Gallardo “Negar hoy la intersección de lo social y lo civil, y suponer que este último derecho es individual meramente, y desconocer las poderosas corrientes de compenetración de ambas materias, defendida por los más exigentes jurisconsultos, es inconcebible, pues el individualismo de hoy no consiste en negar la fuerza colectiva, si no en acertar a convivir con ella.”³⁸

d).- Intocabilidad de la propiedad privada, se ha dicho con acierto que la edad heroíca 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.³⁹

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

³⁷ Osorio y Gallardo Angel. Responsabilidad Objetiva. Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo XXIV, Pág. 895

³⁸ Idem. Pág. 893

³⁹ Parravicine y Ardido. Cit. Por Castan Tobeñas. Propiedad y sus Problemas Actuales. Instituto Editorial Reus, Madrid 1963. Pág. 44

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:

Primero.- Realizar aquellos actos que impliquen un perfeccionamiento de la realidad social.

Segundo.- 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 la 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 impone deberes de usarla no solo en beneficios individual, si no 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.⁴⁰

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 en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada, las modalidades que dicte el interés público, a si como el de regular en beneficio social, el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, con objeto de

⁴⁰ Duguít León. Ob. Cit. Pág. 21

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:

“La idea de solidaridad arraiga cada vez más en las ciencias y en causa por nuevos senderos las ideas de libertad y de igualdad.”

“Es preciso socializar el derecho por que 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, de industrial al asalariado, del hombre a la mujer, sin ninguna restricción ni exclusivismo.”⁴¹

⁴¹ Código Civil para el Distrito Federal. Edit. Porrúa. S.A. México 1980 Pág. 9

4.3 INFLUENCIA DEL DERECHO SOCIAL EN EL DERECHO MERCANTIL

Podría pensarse que 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 este dispone para desplegar su egoísmo, esta rama del derecho queda por completo fuera del radio de acción de influjo de 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 social 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.”⁴²

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, que absorbida por el derecho social, a tal grado que incluso ha llegado a formar una subrama de este, el derecho social cooperativo, que tiene por objeto 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 estos, es una obra colectiva.

⁴² Cervantes Ahumada Raúl. Derecho Mercantil Primer Curso. Edit. Herrero. S.A. México 1980 Pág. 22

Reparten los rendimientos que pueden obtener por partes iguales entre los socios, en razón del tiempo trabajado por cada uno de ellos, cuando se trata de cooperativas de producción o de acuerdo con el monto de las operaciones realizadas por la sociedad, en las de consumo.⁴³

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 aquel no en vano se le ha llamado el derecho del porvenir.⁴⁴

4.4 INFLUENCIA DEL DERECHO SOCIAL EN EL JUICIO DE AMPARO

El juicio de amparo, que el maestro Alfonso Noriega defina 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 garantías individuales, o que impliquen restricción de la soberanía de la federación o de los estados."⁴⁵

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 en el resto de las ramas del derecho general, no podía faltar en el amparo, la influencia siempre creciente del nuevo derecho social, en el cual este complejo jurídico federal, se canalizo especialmente a través del instituto de la suplencia 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:

⁴³ González Díaz Lumbardo Francisco. Ob. Cit. Pág. 71

⁴⁴ Mendieta y Núñez Lucio. Ob. Cit. Pág. 107

⁴⁵ Noriega Cantu Alfonso. Apuntes de Garantías y Amparo. Tomo I. Edit. Porrúa. S.A. México. 1952 Pág. 130

Primero.- 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.

Segundo.- 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 cuando se le haya juzgado por una ley que no es exactamente aplicable al caso.

Tercero.- Así mismo podrá suplirse la deficiencia de la queja en los juicios de amparo contra actos que afecten derechos de menores e incapaces.

Cuarto.- 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 y 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 a favor y nunca en perjuicio de este, con las limitaciones y bajo los requisitos señalados por las disposiciones constitucionales conducentes."⁴⁶

⁴⁶ Castro Juventino V. La Suplencia de la Queja Deficiente. Edit. Porrúa. S.A. México 1953 Pág. 59

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

De lo anteriormente investigado y expuesto podemos llegar a un punto final provisional al citado tema, llagando a las conclusiones siguientes:

Primero.- 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.

Segundo.- 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. Eliminándose de la anterior reglamentación el precepto de "Dependencia económica", ya que no necesariamente resulta indispensable y necesario que el trabajador tenga solamente un patrón y limite su subsistencia y la de su familia a este.

Tercero.- La subordinación como elemento que distingue al contrato laboral de otros contratos (entiéndase un servicio personal) tiene como piedra angular, el que exista por parte del patrón 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, obligándose a desempeñar el servicio bajo la dirección del patrón o de su representante, a cuya autoridad estará subordinado en todo lo concerniente al trabajo.

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

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

b) Real.- Donde debe de tomarse en cuenta que precisamente por que los conocimientos del patrón no son universales, existe la necesidad de confiar la totalidad o numerosas fases del trabajo a la iniciativa propia del trabajador, de tal manera que la dirección del patrón puede ir de un máximo a un mínimo.

Quinto.- 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.

Sexto.- 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 sustituidas, modificadas o variarse a la voluntad de las partes, puesto que este, esta para garantizar la legalidad del mismo.

Séptimo.- A diferencia de los 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, y 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 de 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

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. Baltasar. El Derecho Laboral en Iberoamérica.
Editorial Trillas, México,1973.
- 4.-CERVANTES Ahumada Raúl. Derecho Mercantil.
Editorial Herrero. S.A., México 1980.
- 5.-CUEVA de la Mario. El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo.
Editorial Porrúa, S.A. México, 1972.
- 6.-DAVALOS Mejía Carlos. Títulos y Contratos de Crédito.
Editorial Harla, México, 1984.
- 7.-DUGUIT León. Las Transformaciones Generales del Derecho Privado, desde el Código de Napoleón. 2da. Edición. Editorial Francisco Beltrán, Madrid, 1920.
- 8.- GONZALES Díaz Lombardo Francisco. El Derecho Social y la Seguridad Social Integral.
Textos universitarios, UNAM, México, 1973.
- 9.-MENDIETA y Núñez Lucio. El Derecho Social.
Editorial Porrúa, S.A., México 1967.
- 10.-MUÑOS Lucio. Sociedad Mercantil.
Editorial Porrúa, S.A., México 1972.
- 11.-NORIEGA Cantu Alfonso. Apuntes de Garantías de Amparo. Tomo I.
Editorial Porrúa, S.A., México 1952.

12.-OLVERA de luna Omar. Contratos Mercantiles.
Editorial Porrúa, S.A., México 1982.

13.- SAAVEDRA ILLAMAS. Código Nacional del Trabajo.
Editorial Bibliográfica, Argentina, S.A., Buenos Aires 1933.

14.- TRUEBA Urbina Alberto. Nuevo Derecho Administrativo del Trabajo. Tomo
Editorial Porrúa, S.A., México 1989.

LEGISLACION

Ley Federal del Trabajo

Código Civil para el Distrito Federal
Colección themis. Chapultepec, México 1986

Otras Fuentes

Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo XXIV
Editorial Bibliográfica Argentina, S.A. Buenos Aires 1953.

PINA de Rafael. Diccionario de Derecho.
Editorial Porrúa, S.A. México 1978.