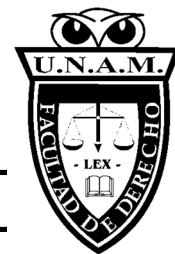




**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE
MÉXICO**



FACULTAD DE DERECHO

**SEMINARIO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA
SEGURIDAD SOCIAL**

**LA REGULACIÓN DE LAS NUEVAS FORMAS
INDIVIDUALES DE CONTRATACIÓN LABORAL**

T E S I S

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

P R E S E N T A:

OSCAR JOVANNY ZAVALA GAMBOA

ASESOR: DR. ALFREDO SÁNCHEZ CASTAÑEDA



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.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO DEL TRABAJO
Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

DR. ISIDRO ÁVILA MARTÍNEZ
DIRECTOR GENERAL DE ADMINISTRACIÓN
ESCOLAR DE LA U.N.A.M.
P R E S E N T E.

Muy distinguido Señor Director:

El alumno: **OSCAR JOVANNY ZAVALA GAMBOA**, con número de cuenta **303293505**, inscrito en el Seminario de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social a mi cargo, ha elaborado su tesis profesional intitulada **LA REGULACIÓN DE LAS NUEVAS FORMAS INDIVIDUALES DE CONTRATACIÓN LABORAL**, bajo la dirección del **DR. ALFREDO SÁNCHEZ-CASTAÑEDA**, para obtener el título de Licenciado en Derecho.

Una vez revisado por el suscrito el trabajo de referencia, estimo que el mismo cumple los requisitos correspondientes, por lo que merece ser aprobada, por lo que con apoyo a los artículos 18, 19, 20 y 28 del vigente Reglamento General de Exámenes suplico a usted ordenar la realización de los trámites tendientes a la celebración del Examen Profesional del alumno referido.

Atentamente
"POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU"
Ciudad Universitaria, D. F., 11 de agosto de 2011.



DR. PORFIRIO MARQUET GUERRERO
Director del Seminario

NOTA DE LA SECRETARÍA GENERAL: El alumno deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso, caducará la autorización que ahora se le concede para someterse nuevamente sino en el caso de que el trabajo recepcional conserva su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedido por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad.

c.c.p.-Seminario.
c.c.p.-Alumno (a)

Dedico este trabajo...

A Dios, cuya fe en él me motiva a seguir día a día.

A las señoras Silvia Gamboa y Bertha Romero, y a los señores Severiano Zavala y Jaime Gamboa.

Mis padres y abuelos que siempre han estado conmigo apoyándome en mi vida personal y profesional, y a quienes debo y agradezco con todo el corazón por llegar a este momento.

A mis familiares, especialmente a mi hermana Alicia y mi tío Jaime, con quienes he convivido toda mi vida, en los buenos y malos momentos, y que no necesitan ser nombrados pero juntos ya casi somos 22.

Al Lic. Mauricio Miguel Pérez, extraordinario abogado que me ha iniciado en la práctica jurídica, y más que un jefe es un amigo.

A mis amigos más cercanos de la Facultad de Derecho y del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, especialmente a Mónica, Noé, Lizbeth, Sergio, Ulises, Abraham, Alma, Dora, Mayra, Karen, Elena y Xavier.

Agradezco sinceramente...

*Al Dr. Alfredo Sánchez-Castañeda del Instituto de Investigaciones
Jurídicas de la UNAM, por todo su apoyo,
no sólo como asesor de este trabajo y en ámbito profesional,
sino como un amigo.*

*A la Dra. Patricia Kurczyn del mismo instituto, por su apoyo, y por el
agradable, provechoso y amigable tiempo que ha sido el
trabajar con ella.*

ÍNDICE

| | |
|-------------------|---|
| INTRODUCCIÓN..... | 1 |
|-------------------|---|

CAPÍTULO I

MARCO HISTÓRICO-CONCEPTUAL

| | |
|--|----|
| 1. Los orígenes y peculiaridades del Derecho del Trabajo..... | 4 |
| A. Las necesidades de un Derecho del Trabajo..... | 6 |
| B. Consolidación del Derecho del Trabajo..... | 8 |
| C. Principios del Derecho del Trabajo..... | 12 |
| 2. El contrato de trabajo y la relación de trabajo..... | 18 |
| A. Generalidades de los contratos en el Derecho Civil..... | 19 |
| B. El contrato de trabajo..... | 21 |
| C. Contrato de trabajo y relación laboral..... | 25 |
| 3. Las tendencias del Derecho del Trabajo en la contratación individual..... | 28 |

CAPÍTULO II

EL NACIMIENTO DE LAS FORMAS ATÍPICAS DE CONTRATACIÓN INDIVIDUAL

| | |
|---|----|
| 1. La relación de trabajo y su cuestionamiento..... | 34 |
| A. Características..... | 35 |
| a. El trabajador y el empleador..... | 37 |
| b. La prestación de un trabajo personal..... | 40 |
| c. La subordinación..... | 42 |
| d. El salario..... | 44 |
| B. Crisis de la relación de trabajo..... | 45 |
| 2. Las nuevas relaciones de trabajo..... | 47 |

| | |
|---|----|
| A. Relaciones de trabajo triangulares..... | 49 |
| B. Relaciones de trabajo encubiertas..... | 53 |
| C. Trabajo autónomo económicamente dependiente o parasubordinado..... | 57 |
| D. Trabajo en la economía informal..... | 62 |
| 3. Nacimiento de las formas atípicas de contratación individual..... | 66 |
| A. La tipicidad de los contratos de trabajo..... | 67 |
| B. La atipicidad de los contratos de trabajo..... | 68 |

CAPÍTULO III

LOS NUEVOS CONTRATOS DE TRABAJO

| | |
|--|-----|
| 1. Contratación temporal del trabajo..... | 73 |
| A. Contrato de trabajo a prueba..... | 75 |
| B. Contrato de temporada..... | 78 |
| C. Trabajadores eventuales..... | 81 |
| 2. Contratación descentralizada del trabajo..... | 83 |
| A. Subcontratación..... | 86 |
| B. Tercerización o externalización de la producción..... | 89 |
| C. Suministro temporal de mano de obra..... | 90 |
| 3. Contratación atípica en la jornada de trabajo..... | 93 |
| A. Trabajo a tiempo parcial..... | 94 |
| B. Jornadas acumulativas de trabajo..... | 96 |
| 4. Trabajo fuera del centro de trabajo..... | 98 |
| A. Trabajo a domicilio..... | 98 |
| B. Teletrabajo..... | 101 |
| 5. Contratos formativos de trabajo..... | 103 |
| A. Contrato de aprendizaje..... | 107 |
| B. Pasantías laborales..... | 109 |

CAPÍTULO IV
¿QUÉ TIPO DE PROTECCIÓN ANTE LAS NUEVAS FORMAS DE
CONTRATACIÓN INDIVIDUAL?

| | |
|--|-----|
| 1. El papel de la regulación laboral..... | 114 |
| 2. Una protección especial o particular..... | 118 |
| 3. El ejemplo de la flexiseguridad..... | 121 |
| 4. El Estado frente al trabajo atípico..... | 126 |
| | |
| CONCLUSIONES..... | 131 |
| | |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 134 |

INTRODUCCIÓN.

El estudio de la Organización Internacional del Trabajo, *Tendencias mundiales del empleo 2011: El desafío de la recuperación del empleo*¹, arrojó interesantes resultados sobre la existencia de una tasa elevada de desempleo; una recuperación del crecimiento que no ha repercutido positivamente en el empleo; una preocupante tasa de desempleo juvenil; un estancamiento en la reducción de empleo vulnerable; y una progresión lenta en la reducción del número de trabajadores pobres.

Estos resultados son consecuencia de la crisis económica en que el mundo se vio involucrado en los últimos años y cuyos efectos siguen manifestándose en todos los sectores, particularmente en los mercados de trabajo.

Los cambios en la economía, aunado a la aplicación y desarrollo de nuevas tecnologías, han significado una verdadera mutación en las contrataciones laborales “clásicas”, encontrándonos con figuras “atípicas” que se han traducido, en la mayoría de los casos, como una precarización de las relaciones de trabajo, en perjuicio de los trabajadores.

Los nuevos contratos laborales, reconocidos o no en la ley, representan un reto para el derecho del trabajo, en cuanto a la regulación y protección de los trabajadores sujetos a estas relaciones laborales, aunque debemos decir que existen algunas modalidades contractuales que no necesariamente representan una disminución de derechos laborales, y que en muchos casos se han convertido como un medio para facilitar el acceso al mercado laboral; sin embargo, dichos contratos no se justifican si tienen como consecuencia la precarización de las condiciones de trabajo.

¹ Organización Internacional del Trabajo, *Tendencias mundiales del empleo 2011: El desafío de la recuperación del empleo*, OIT, Ginebra, Suiza, 2011.

Es necesario establecer una regulación que conserve el equilibrio en las relaciones laborales, y mantenga al derecho del trabajo acorde a las nuevas necesidades, sin perder su aplicabilidad y sin representar un obstáculo a la productividad y competitividad; conceptos económicos que llevados al derecho laboral, representan un verdadero reto, pues estamos en presencia de circunstancias que atañen directamente al funcionamiento y organización de las empresas, por supuesto de gran interés para los empleadores.

En el presente trabajo comenzaremos por analizar el marco histórico-conceptual de los contratos y las relaciones de trabajo, para no olvidar la razón de ser del derecho laboral y que ninguna circunstancia ni retos deben significar un retroceso en la protección que esta disciplina jurídica debe brindar a los trabajadores.

Posteriormente analizaremos la actualidad del derecho laboral en las relaciones de trabajo y la enorme pluralidad de contratos que han surgido en la legislación comparada. Todas estas circunstancias son el verdadero objeto del derecho laboral y donde debe demostrar su importancia y utilidad. Al respecto concluiremos nuestro trabajo con consideraciones generales acerca de la protección mínima que se debe a los trabajadores ante las nuevas modalidades de contratación laboral.

CAPÍTULO I. MARCO HISTÓRICO-CONCEPTUAL

Hablar de los orígenes y peculiaridades del derecho del trabajo se traduce en un punto fundamental cuando la investigación se centra en las transformaciones que ha sufrido esta disciplina jurídica en materia de contratación individual, pues encontramos una enorme gama de cambios sustanciales que han modificado las bases del trabajo y significan un verdadero reto para el derecho laboral al buscar regular las relaciones entre trabajadores y patrones en un cambiante mercado de trabajo.

De lo anterior, se advierte y recalca la importancia de estudiar las bases del derecho del trabajo, con el fin de no olvidar su razón de ser, y siempre recordar que la mayoría de las prestaciones actuales de los trabajadores se deben a conquistas sociales que buscaban equilibrar las relaciones entre trabajadores y empleadores. En ese sentido, ningún cambio para adaptarse a la modernidad debe atentar contra los derechos de los trabajadores, pues, más que solucionando un problema, estaríamos generando un mal mayor. Al respecto, revisaremos los principios generales de nuestra disciplina -bajo la perspectiva del jurista Uruguayo Américo Plá Rodríguez- con la intención de ubicar las directrices que deben guiar las tendencias del derecho laboral.

De igual manera, en este capítulo, haremos un pequeño análisis sobre uno de los temas no resueltos en el derecho individual del trabajo, referente a la correspondencia (o la no correspondencia) entre los conceptos de relación de trabajo y contrato de trabajo; para lo cual, siguiendo la naturaleza del derecho civil en el concepto de “contrato”, revisaremos brevemente las características generales de los contratos civiles para fundamentar nuestro estudio y otorgar al concepto de “contrato” una mera visión terminológica hacia el ámbito laboral, por los razonamientos que señalaremos en el momento oportuno.

Por último, haremos un análisis de las tendencias actuales del derecho del trabajo, en donde los factores económicos, sociales y tecnológicos repercuten directamente en la producción, por lo que se generan nuevas modalidades contractuales que buscan dotar a los empleadores de herramientas que les permitan mantenerse en el mercado.

Las tendencias del derecho del trabajo deben apuntar hacia adecuaciones que permitan la protección de los trabajadores ante escenarios cada vez más agresivos contra los derechos laborales. Con esto no queremos decir que las tendencias flexibilizadoras del derecho del trabajo sean inadecuadas en todos los casos, pero tampoco debemos ignorar la precariedad laboral que generan algunas de ellas con su ejercicio desmedido, lo que resulta ser el verdadero problema de su implementación.

En ese sentido –y justificando la necesaria aplicación de algunas medidas que flexibilicen las relaciones laborales en aras de mantener y crear fuentes de trabajo- nos parece apropiado citar un comentario que la profesora Patricia Kurczyn Villalobos hace al respecto: “Para promover alguna defensa legislativa se estima necesario recordar cuál es la razón del ser del derecho del trabajo. Su fundamento, sus finalidades y sus características, se vinculan estrechamente con su origen mismo y en el centro de todo ello está el ser humano acompañado de su dignidad, de sus necesidades, de sus aspiraciones y del recuerdo de sus luchas por alcanzar la igualdad, la libertad y la justicia, valores irrenunciables.”²

1. Los orígenes y peculiaridades del Derecho del Trabajo

La historia del trabajo es la historia del hombre. No podemos concebir que el hombre haya vivido en algún momento sin realizar algún trabajo. Lo que ha

² Kurczyn Villalobos, Patricia, *Las nuevas relaciones de trabajo*, Porrúa, UNAM, México, 1999, p. XXIII.

cambiado y debemos analizar es el valor tan diferente que se le ha dado al trabajo a través de la historia, según el momento y las circunstancias en que éste se ha desarrollado.³

Al referirnos a los orígenes del derecho del trabajo, debemos partir de la idea de que esta disciplina jurídica es considerada dentro de las de reciente creación⁴ y aunque el trabajo siempre ha existido en la vida del hombre, las normas que regulan esta actividad surgen realmente con la aparición del Estado moderno.

Podemos encontrar en la Roma clásica algunos antecedentes históricos, como la *locatio conductio operarum* (arrendamiento de servicios) y la *locatio conductio operis faciendi* (ejecución de un trabajo), que implicaban la obligación de una parte de prestar o realizar un servicio, y para la otra, de pagar la remuneración correspondiente. En esa época se consideraban como trabajo, sólo los servicios de orden inferior, pues las profesiones libres (servicios profesionales) daban origen al pago de honorarios.

Las situaciones que se presentaban en la Edad Antigua, donde los abusos de quien recibía el trabajo eran la regla, son sin lugar a dudas el origen de la necesidad de un derecho del trabajo de naturaleza protectora; sin embargo no podemos señalar que esos antecedentes se consideren parte de la historia de esta disciplina, pues en ese contexto social las relaciones más que laborales eran de esclavitud y la fuerza de trabajo formaba parte de la propiedad privada de un individuo, que no era el operario, por lo tanto no existía una relación trabajador-empedor, fundamental para determinar la existencia de una relación de trabajo.

³ Buen Lozano, Néstor de, *Derecho del Trabajo*. Tomo I., 13ª ed., Porrúa, México, 2000, p. 21.

⁴ Tan es así, que algunos juristas como Eduardo García Máynez clasifican al Derecho del Trabajo como una "Rama jurídica de creación reciente". Véase: García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, 57ª ed., Porrúa, México, 2004, pp. 150-152.

Podemos señalar, y es importante hacerlo, que la historia del trabajo no siempre ha estado ligada a la historia del derecho del trabajo. Antes de la Revolución Industrial, ya existían las condiciones sociales que hicieran pensar en la necesidad del nacimiento de esta disciplina jurídica. La explotación del trabajo humano se ha dado en muchos momentos de la historia, bajo diferentes modalidades, y con diversos nombres.⁵

Esos abusos y la necesidad de regularlos se representan con lo señalado por el maestro Mario de la Cueva: “La historia del derecho del trabajo es uno de los episodios más dramáticos de la lucha de clases, por su profundo sentido de reivindicación de los valores humanos, tal vez el más hondo de todos, porque es la lucha por la liberación y dignificación del trabajo, lo que es tanto como decir, la liberación y dignificación del hombre en su integridad, pues sí bien el espíritu humano encerrado en las cárceles de la dictadura puede ser libre, no lo es plenamente, porque su libertad es puramente interna, pero no puede el hombre hacer uso de ella ni volcarla en bien de él mismo, de su familia, de su pueblo y de la humanidad.”⁶

A. Las necesidades de un Derecho del Trabajo

La historia ha demostrado que el derecho del trabajo surgió como consecuencia de la explotación generada por la libertad de contratación entre personas con desigual poder y resistencia económica. Esto permitía abusos en la materia, sin que hubiera poder reglamentario que protegiera a la parte vulnerable de esta relación.⁷

⁵ Cfr. Reynoso Castillo, Carlos, *Derecho del trabajo, panorama y tendencias*, Miguel Ángel Porrúa, México, 2006, p. 103.

⁶ Cueva, Mario de la, *El nuevo derecho mexicano del trabajo. Historia, principios fundamentales, derecho individual y trabajos especiales*, Tomo I, 22ª ed., Porrúa, México, 2009, p. 12.

⁷ Plá Rodríguez, Américo, *Los principios del derecho del trabajo*, Editorial M. B. A, Montevideo, Uruguay, 1975, p. 33.

Así pues, la situación de abuso del que eran objeto los trabajadores trajo consigo la necesidad de un derecho que los protegiera y los pusiera en equilibrio respecto de los empleadores. Esa necesidad se vio fundamentada y complementada, a nivel internacional, con los ideales surgidos en dos grandes acontecimientos: la revolución francesa y la revolución industrial; mientras que en nuestro país, la sociedad reclamó la necesidad de un derecho del trabajo durante el movimiento social de la Revolución Mexicana.

Para hacer referencia a las necesidades de una normatividad que protegiera a los trabajadores, podemos ahondar en la llamada *era de la prohibición*, considerada por algunos autores como la primera etapa de la historia del derecho del trabajo, y donde –como veremos a continuación- no siempre existió una legislación laboral, pues la regulación de algunos aspectos del trabajo estaban contenidos en ordenamientos diversos que contemplaban una prohibición coercible en el ejercicio de los derechos laborales.

Cuando en la historicidad del derecho del trabajo se habla de la era de la prohibición como la primera etapa de dicha disciplina jurídica, se utilizan como ejemplos el *Edicto de Turgot*, el Código Penal francés de 1810 y la *Ley Chapellier*. En el artículo 4o. de ésta última se prohibía la asociación profesional; en ese mismo sentido, el Código Penal francés no permitía la coalición, y las asociaciones de más de veinte personas sólo podían existir con autorización y vigilancia estatal. Específicamente en el caso de los trabajadores, éstos no contaban con poder fáctico para hacer valer sus reclamos, pues el mismo Código prohibía el ejercicio de la huelga, por lo que el derecho colectivo del trabajo contaba con todas las limitaciones imaginables, mientras que el derecho individual del trabajo ni siquiera estaba considerado como disciplina independiente.⁸

⁸ Sánchez-Castañeda, Alfredo, *Las transformaciones del derecho del trabajo*, IJ-UNAM, México, 2006, p. 3.

La era de la prohibición significó una penalización de las actividades que tuvieran como objeto la lucha por la mejoría en las condiciones laborales. De esta forma los trabajadores estaban sujetos a la total voluntad del empleador a la hora de fijar las condiciones en que se debería desempeñar el trabajo, sin contar con derecho alguno de exigencia o medio por el cual sus peticiones pudieran ser escuchadas, por lo que se generaba un espacio de desigualdad social de grandes proporciones.

Ante contextos como este, la necesidad de un derecho del trabajo de protección a los trabajadores se hizo cada vez más presente e inminente, pues la desigualdad social traería consigo una lucha de clases que se fundamentaría en las ideas socialistas de Carlos Marx y Federico Engels, particularmente con *El manifiesto del partido comunista* de 1848 y la *Contribución a la crítica de la economía* de 1850.

B. Consolidación del Derecho del Trabajo

La antesala a la consolidación del derecho del trabajo, se dio en la llamada *era de la tolerancia*, donde se eliminó la penalización establecida en la etapa anterior; pero tampoco existía una reglamentación en la materia que les permitiera a los trabajadores un ejercicio regulado o el reconocimiento de sus derechos, por lo que ante la ausencia de un derecho aplicable, los empleadores no se encontraban legalmente obligados a negociar las condiciones de trabajo con las asociaciones de trabajadores.

Si queremos resumir la importancia de la era de la tolerancia en el desarrollo del derecho del trabajo, podemos hacer referencia al origen de la libertad de coalición, que aplicada a la materia laboral se traduce en dos grandes avances: la licitud de la huelga y la posibilidad de celebrar contratos colectivos de trabajo. “Sin embargo, tal y como sostiene el ilustre maestro Mario de la Cueva, la era de la tolerancia se nutrió de los principios individualistas y liberales, por lo que

no llegó a consolidarse un derecho colectivo del trabajo. Por ejemplo, en el caso de la asociación profesional, ésta no deja de ser una asociación de hecho; no era una persona legal que pudiera gozar de derechos y obligaciones.”⁹

Los avances en la era de la tolerancia no eran ni la cúspide ni el objetivo del derecho del trabajo. Su evolución se centró en el respeto sin reconocimiento de las instituciones y principios que caracterizarían al derecho laboral y que fueron una novedad en el siglo XIX.¹⁰ En esta evolución, diversas naciones europeas comenzaron a legislar en materia social, con disposiciones que beneficiaban a los trabajadores y que sentarían las bases del derecho del trabajo actual. Esta situación es conocida como la *era de la reglamentación*.

En el caso mexicano, la era de la reglamentación se inicia con la promulgación de la Constitución de 1917, donde el artículo 123 viene a establecer las primeras garantías sociales¹¹ a favor de la clase obrera. La tutela constitucional hace una especial referencia a la salvaguarda en materia de condiciones de trabajo, libertad de asociación, derecho de huelga, y en general a aquellas prerrogativas de protección a los trabajadores. Dicha regulación se vio expresada en lo dispuesto por las leyes reglamentarias de los apartados del artículo 123 de la Constitución. Así, los avances representados por el constitucionalismo social mexicano, sirvieron de ejemplo y modelo para otros países que deseaban ver consagrados a nivel constitucional los derechos sociales.¹²

En la Constitución mexicana se establecieron los lineamientos de los contratos individuales de trabajo, al establecer primero en el texto constitucional y posteriormente en las leyes reglamentarias, los mínimos legales en materia de condiciones de trabajo. De igual forma, nuestra Constitución fue la primera en

⁹ *Ibidem*, p. 4.

¹⁰ *Op. cit.* Cueva, Mario de la, p. 18.

¹¹ Como una regulación diversa y más amplia que la considerada por las garantías individuales, en donde se protege a un grupo social y no al individuo en su esfera particular de derechos.

¹² *Op. cit.* Sánchez-Castañeda, Alfredo, p. 5.

dar el *status* de derechos fundamentales a los derechos de los trabajadores. Es así como el constitucionalismo-social propio de nuestra Carta Magna, se convirtió en un ejemplo para otras naciones en materia de derechos sociales.

En lo que respecta al derecho internacional del trabajo, el 28 de junio de 1919 se adoptó el Tratado de Versalles que puso fin a la Primera Guerra Mundial, donde se funda la Organización Internacional del Trabajo (OIT), organismo ideado durante las negociaciones de dicho tratado.

Se considera a la OIT como un organismo internacional encargado de velar por los derechos sociales de los trabajadores -en un entorno tan hostil generado por la situación general en esa época. En el preámbulo de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo¹³ se trata de reflejar la importancia dada a la justicia social como un medio para alcanzar la paz al señalar:

- Considerando que la paz universal y permanente sólo puede basarse en la justicia social;
- Considerando que existen condiciones de trabajo que entrañan tal grado de injusticia, miseria y privaciones para gran número de seres humanos, que el descontento causado constituye una amenaza para la paz y armonía universales; y considerando que es urgente mejorar dichas condiciones (...);
- Considerando que si cualquier nación no adoptare un régimen de trabajo realmente humano, esta omisión constituiría un obstáculo a los esfuerzos de otras naciones que deseen mejorar la suerte de los trabajadores en sus propios países.

Así es como “la OIT nace en este ambiente como un intento universal por coadyuvar al mejoramiento de las condiciones de trabajo. En otras palabras,

¹³ Disponible en: <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/iloconst.htm>. Consultado el 30 de diciembre de 2010.

este mejoramiento de las condiciones de trabajo sería el objetivo específico y concreto de la OIT, como parte de un objetivo más amplio y de fondo que sería lograr la paz universal y la justicia social.”¹⁴

Posteriormente, y al terminar la Segunda Guerra Mundial, los principios establecidos en la Constitución de la OIT, se vieron expresados en la Declaración de Filadelfia (1944), en la Carta de las Naciones Unidas (1945) y en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (1948) estableciendo al trabajo como un derecho fundamental de todos los hombres, lo que significaría la consolidación del derecho del trabajo a nivel internacional.

Es precisamente la Declaración de Filadelfia la que establece los fines y objetivos de la OIT, donde destaca la precisión de que la justicia social es la base para tener “paz permanente”, teniendo como principios a la igualdad de los seres humanos; el desarrollo y fortalecimiento de las políticas públicas y la eficacia de los sistemas de vigilancia de estos factores.

La OIT, hablando específicamente del origen del derecho internacional del trabajo, es el primer intento por crear un ordenamiento jurídico que no solamente se preocupe por la regulación estatal en su comportamiento en la sociedad internacional, sino que también se ocupe del bienestar de la clase trabajadora, sentando las bases y los principios generales que deben adoptar las legislaciones en sus ordenamientos internos y en los instrumentos desarrollados a nivel internacional que involucren la regulación del trabajo. Esto con la finalidad de mantener y propiciar la “justicia social”, principalmente en los países cuyo proceso de desarrollo pudiese no considerar esta situación o no regularla adecuadamente.¹⁵

¹⁴ Kurczyn Villalobos, Patricia, *et al*, *Derecho laboral globalizado*, IJ-UNAM, México, 2007, p. 25.

¹⁵ *Op. cit.* Cueva, Mario de la, p. 21.

La OIT es el organismo internacional más importante en cuanto a la regularización de los derechos laborales, fungiendo como el principal exponente de conceptos que en otros tiempos hubiesen parecido tan lejanos, y que hoy en día encuentran un sustento en los Convenios y Recomendaciones elaborados e impulsados por este organismo. La labor de la OIT es importante, pero continúa sin tener el impacto que se necesita.

C. Principios del Derecho del Trabajo

En el derecho del trabajo, como una disciplina jurídica autónoma y después de haber revisado los antecedentes y el entorno histórico que rodeó a su formación, podemos señalar que de manera estricta, surgió con determinadas características que desde el origen se inclinaron como protectoras de los trabajadores, pero que en la actualidad encuentran algún cuestionamiento ante los nuevos escenarios laborales.

En ese sentido, el estudio de los principios de nuestra disciplina resulta importante “no sólo por la función fundamental que siempre los principios juegan en toda una disciplina, sino porque dada su permanente evolución y su surgimiento reciente, el derecho laboral necesita apoyarse en principios que suplan la estructura conceptual, asentada en siglos de vigencia y experiencia que poseen otras ramas jurídicas.”¹⁶

De esta forma y atendiendo a la función de los “principios” de las disciplinas jurídicas, el derecho del trabajo puede sufrir cualquier modificación o adaptación a determinado momento -tal y como lo está haciendo- pero no debe dejar de lado las directrices y postulados que fundamentan la razón de ser y la función para la cual se creó, pues en caso contrario, el derecho laboral se estaría alejando de las peculiaridades que le fueron atribuidas para regular una situación de desigualdad.

¹⁶ *Op. cit.* Plá Rodríguez, Américo, p. 11.

En su obra “Los principios del derecho del trabajo”, el profesor Américo Plá Rodríguez realiza un interesante estudio sobre estas directrices o principios del derecho del trabajo, proponiendo y analizando los siguientes:

- **Principio protector.**- Esta directriz consiste en proteger al trabajador, dándole preferencia para lograr una igualdad sustantiva y real. Podemos encontrar tres vertientes en cuanto a este punto:

- *Indubio pro operario.*- Que faculta al juzgador o intérprete de la ley a aplicar, el sentido de la norma que mayores beneficios traiga al trabajador. En el derecho positivo mexicano este punto se ve reflejado en el artículo 18 de la Ley Federal del Trabajo (LFT).
- La regla de la norma más favorable.- Que indica que ante la posibilidad de aplicar diversas normas, se deberá atender aquella que sea más favorable al trabajador, independientemente de la jerarquía de normas que corresponda.
- La regla de la condición más beneficiosa.- Que indica que una nueva norma laboral no puede disminuir los derechos más favorables que tenga adquiridos un trabajador.

Desde nuestra perspectiva, el señalar que el derecho del trabajo mexicano es proteccionista de los trabajadores, no implica que éstos carezcan de fuerza suficiente para exigir el cumplimiento de sus derechos, ni que requieran de la intervención “generosa” del Estado para exigir el respeto a su trabajo. El derecho del trabajo tiene la función de establecer un equilibrio, que sólo es posible con normas de protección para los trabajadores que les proporcionen los medios necesarios para salvaguardar sus derechos, pero más importante aún, es la herramienta de exigibilidad que tienen para hacer valer los mismos.

- **Principio de irrenunciabilidad.**- Es la imposibilidad jurídica de privarse voluntariamente de una o más ventajas concedidas por el derecho laboral en beneficio propio. Al respecto, por renuncia debemos entender “a un acto voluntario por el cual una persona se desprende y hace abandono de un derecho reconocido a su favor.”¹⁷

La irrenunciabilidad del derecho del trabajo tiene como objetivo la protección del trabajador en su extrema necesidad, pues en un caso de tal naturaleza, éste podría renunciar a sus derechos laborales con tal de acceder o mantenerse en un puesto de trabajo, y ante la amenaza o coacción del empleador. Situación que sería inválida.

Por lo que respecta al derecho positivo mexicano, se ha adoptado este principio dentro de su legislación al establecer en la fracción XIII del artículo 5 de la LFT, la nulidad de aquella estipulación que contenga la renuncia del trabajador a las prerrogativas consignadas en la ley laboral. De igual forma el artículo 99 de la citada ley, establece que es irrenunciable el derecho a percibir salario y salarios devengados.

- **Principio de continuidad.**- “Para comprender este principio debe partirse de la base de que el contrato de trabajo es un contrato de tracto sucesivo, es decir, que la relación laboral no se agota mediante la realización instantánea de cierto acto sino que dura en el tiempo. La relación laboral presupone una vinculación que se prolonga. Todo lo que atienda a la conservación de la fuente de trabajo, al darle seguridad al trabajador no sólo constituye un beneficio para él en cuanto le transmite una sensación de tranquilidad, sino que redundando en beneficio de la propia empresa y, a través de ella de la sociedad, en la medida

¹⁷ *Ibidem*, p. 72.

que contribuye a aumentar el rendimiento y a mejorar el clima social de las relaciones entre las partes.”¹⁸

El principio de continuidad representa la seguridad de los trabajadores de conservar el empleo, impactando directamente en la productividad de la empresa al contar con trabajadores que desarrollarán la actividad encomendada con tranquilidad y certeza de no ser separados de su trabajo sin causa justificada, lo que es en esencia la estabilidad en el empleo como parte del alcance de este principio, y en ese sentido, coincidimos con el tratamiento conceptual que hace Plá Rodríguez al señalar como término adecuado el de “continuidad”, pues es un concepto más amplio que entraña la naturaleza de la directriz en comento.

El profesor Américo Plá Rodríguez señala como alcances de este principio a los siguientes:¹⁹

- Preferencia por los contratos de duración indefinida.
- Amplitud para la admisión de las transformaciones del contrato.
- Facilidad para mantener el contrato a pesar de los incumplimientos o nulidades en que se haya incurrido.
- Resistencia a admitir la rescisión unilateral del contrato, por voluntad patronal.
- Interpretación de las interrupciones de los contratos como simples suspensiones.
- Prolongación del contrato en casos de sustitución del empleador.

- **Principio de primacía de la realidad.**- El principio de primacía de la realidad centra su contenido en la prioridad que debe darse a lo que ocurre en

¹⁸ Sánchez-Castañeda, Alfredo, *Diccionario de derecho laboral*, Oxford University Press, México, 2005, p. 124.

¹⁹ *Op. cit.* Plá Rodríguez, Américo, p. 146.

la práctica, respecto de lo que existe en los documentos o acuerdos. Por lo que los acontecimientos que sucedan en el terreno de los hechos servirán como medio para fijar los alcances del derecho del trabajo.²⁰

Esta directriz hace especial referencia a lo que se ha estipulado en los contratos de trabajo, pues en todo caso será más importante el acontecer práctico que lo pactado en forma “solemne”. De esta forma se trata de evitar la simulación u ocultamiento de relaciones laborales; algún error de hecho o de derecho cometido por alguna de las partes; la falta de actualidad del contrato de trabajo ante las nuevas formas de producción; y evitar que una relación de trabajo no se vea beneficiada por la falta de cumplimiento de algún requisito formal, esto en el caso de ingresos, ascensos o alguna preferencia en el centro de trabajo.

Este principio es de aplicación fundamental en la aparición de los nuevos contratos de trabajo, particularmente en los que no encuentran regulación en las disposiciones laborales, pues el campo de los hechos siempre podrá brindar un panorama más acercado a la realidad de las instituciones.

Para invocar el principio de primacía de la realidad, se deberá demostrar que en la práctica las situaciones son distintas a las estipuladas en los documentos, por lo que se está en ausencia de la buena fe y el documento debe ser nulo. En el derecho laboral, la identificación del hecho que verdaderamente se planteó, es una obligación.

Por otra parte, podemos relacionar este principio con una de las características propuestas por el maestro Mario de la Cueva²¹ para el derecho

²⁰ *Ibídem*, p.221.

²¹ Cueva, Mario de la, *El nuevo derecho mexicano del trabajo. Historia, principios fundamentales, derecho individual y trabajos especiales*, Tomo I, 7ª ed., Porrúa, México, 1981, p. 90-93.

del trabajo: *La fuerza expansiva del derecho del trabajo* o como posteriormente diría Néstor de Buen Lozano “*El derecho del trabajo como un derecho en expansión*”²². Que se refiere a que el derecho laboral está atrayendo figuras del derecho civil y mercantil para convertirlas en relaciones de trabajo. Cabe señalar que son precisamente estas figuras del derecho privado las que se han encargado de ocultar relaciones de trabajo, y que han sido utilizadas por los empleadores para evadir obligaciones laborales, generando la necesidad latente de establecer una legislación laboral que regule estas circunstancias, sin olvidar que el derecho civil y mercantil deben mantener sus propias figuras, pero con rasgos y características específicas de su materia. El derecho del trabajo ha evolucionado y hecho expresiva esta característica, pero todavía estamos muy lejos de hablar de una eficacia completa, pues existe una cantidad enorme de simulaciones y de fraudes laborales, poniendo entre paréntesis al carácter expansivo de esta disciplina jurídica.

- **Principio de razonabilidad.**- Este principio se fundamenta desde un enfoque filosófico aplicado al ámbito del derecho, pues supone que el hombre, en las relaciones laborales, procede y debe proceder conforme a la razón, afirmación que parece elemental.

El principio de razonabilidad o de racionalidad bien podría aplicarse a todas las ramas del conocimiento jurídico, pues como se ha señalado proviene de un enfoque filosófico aplicado a la noción de justicia y de debido proceso, buscando un equilibrio conveniente²³. De esta forma, se busca influir por medio de la razón en el proceder de los individuos, lo que en todo caso estará rodeado de cierto nivel de subjetividad.

²² Véase: Buen Lozano, Néstor de, *Derecho del Trabajo*. Tomo I., 13ª ed., Porrúa, México, 2000, pp. 57-75.

²³ El “equilibrio conveniente” (*balance of convenience rule*) es un término anglosajón de naturaleza axiológica que exige una correcta adecuación entre el antecedente y el consecuente, es decir, encuentra el equilibrio entre el medio empleado por el acto (procedimiento) y la finalidad que se persigue.

En ese sentido, la aplicación de este principio al derecho del trabajo, podría ser como criterio distintivo entre la realidad y la simulación (en relaciones laborales encubiertas) y como instrumento de regulación y límite a ciertas prerrogativas que por su amplitud pueden llegar a generar arbitrariedad (ejercicio de ciertos “poderes” del empleador).

- **Principio de buena fe.**- Esta directriz parte del supuesto de que los empleadores y trabajadores deben cumplir con sus obligaciones adquiridas de buena fe, buscando con ello la obtención y protección de sus propios intereses. Como ejemplos de este supuesto, tenemos el deber de fidelidad del trabajador y el deber de ayuda del empleador.

Sin lugar a dudas, el gran problema en torno a los principios del derecho del trabajo se refiere a la aplicación inadecuada o a la inaplicabilidad de éstos, lo que es grave pues las características del derecho laboral se ven fundamentadas en dichos principios. Las interpretaciones pueden ser diversas, pero el derecho del trabajo tiene un camino definido que es la protección del trabajador, como sujeto que requiere y seguirá requiriendo de una salvaguarda de sus derechos ante los nuevos retos del derecho del trabajo. Por este motivo, las características que esta disciplina vaya adquiriendo, no deberán controvertir a las directrices que la regulan.

2. El contrato de trabajo y la relación de trabajo

Por lo menos en el caso mexicano, cuando se habla del tema de la determinación de la naturaleza jurídica del vínculo que nace entre un empleador y un trabajador, se suele caracterizar por los debates y polémicas que se vienen desarrollando desde la creación de la Ley Federal del Trabajo de 1931. El aspecto más relevante y que mayores puntos controvertidos ha generado en la

doctrina, se refiere a la determinación de las diferencias entre el contrato y la relación de trabajo.²⁴

Partiendo de la afirmación anterior, iniciaremos un estudio sobre la naturaleza del contrato y de la relación de trabajo, haciendo una breve referencia al derecho civil como origen del término contrato. Esta situación no implica un ejercicio estéril, pues la teoría general de las obligaciones tiene una repercusión importante en las modalidades contractuales, incluidas las laborales con sus respectivas particularidades.

Es importante recordar que el derecho del trabajo surgió precisamente como una forma de protección a los trabajadores de las disposiciones del derecho civil, que servían como instrumento para hacer que los trabajadores se consideraran erróneamente en un plano de igualdad jurídica frente a los empleadores y con ello cometer abusos en materia de contratación.

A. Generalidades de los contratos en el Derecho Civil

Los contratos²⁵ civiles se pueden realizar entre particulares, o entre el particular y el Estado cuando este interviene en un plano de igualdad y en funciones de sujeto de derecho privado. Ejemplo de esto último, es el caso cuando el Estado requiere realizar actos de arrendamiento o compraventa para realizar las funciones que tiene encomendadas. En ese tipo de actos jurídicos nos encontramos en presencia de “intereses privados”, por lo que la regulación se encomienda al Código Civil, actuando las partes con libertad de contratación.²⁶

²⁴ Cfr. Marquet Guerrero, Porfirio, “El contrato y la relación de trabajo”, en Kurczyn Villalobos, Patricia y Puig Hernández, Carlos, (Coords.), *Estudios jurídicos en homenaje al doctor Néstor de Buen Lozano*, IJ-UNAM, México, 2003, p. 519.

²⁵ Entendiendo por éstos a una especie de los convenios que producen o transfieren obligaciones y derechos.

²⁶ Bejarano Sánchez, Manuel, *Obligaciones civiles*, 5ª ed., Oxford University Press, México, 1999, p. 27.

En ese sentido, los contratos regidos por el derecho civil, son la expresión de la voluntad de las partes contratantes que se encuentran en un plano de igualdad jurídica en el ámbito sustantivo y adjetivo, donde cada una representa sus intereses de manera particular y goza de distintas herramientas procesales para exigir el cumplimiento en base a la interpretación que se haga del mismo, en términos de lo establecido por el Código Civil.

Como se puede observar, la voluntad de las partes es el motor en la realización del un acto jurídico contractual o negocio jurídico. Es precisamente la voluntad el criterio distintivo del derecho civil, siendo allí donde debe prevalecer la autonomía para contratar libremente.

Es así como el deseo, la necesidad y los alcances que se pretenden alcanzar con la realización del acto jurídico-contractual, son la fuente de la autonomía de la voluntad, que en la teoría general del contrato se denomina *lex contractus*. De esta forma, se acuñan principios fundamentales de la contratación civil como: “la voluntad de las partes es la máxima ley de los contratos” o bien, “todo lo que no está prohibido está permitido”. Dejando a criterio de las partes contratantes, los límites en sus beneficios y en sus obligaciones.²⁷

Es importante señalar que aun cuando la autonomía de la voluntad está garantizada, los contratos deben cumplir con ciertos elementos de existencia (consentimiento, objeto y solemnidad) y de validez (capacidad, ausencia de vicios en el consentimiento, licitud en el objeto y voluntad) sin que esto repercuta en la voluntad de los contratantes, pero sin olvidar que los contratos son objeto de regulación jurídica y por lo tanto deben cumplir con los requisitos establecidos en la ley, así es como podemos hablar de una autonomía regulada de la voluntad, que aunque parece bastante contradictorio es la esencia de los

²⁷ Cfr. Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, *Contratos civiles*, 11ª ed., Porrúa, México, 2006, p. 6.

contratos civiles, pues lo que es autónomo es la voluntad y no el contrato porque este se encuentra regulado como figura jurídica.

Aunado a lo anterior, hoy en día la noción de autonomía de la voluntad es objeto de un importante cuestionamiento, pues dentro del mismo derecho civil, se han creado figuras “contractuales” que no son muestra clara de la voluntad de los contratantes; incluso las clasificaciones de los contratos se encuentran en una constante revisión para no perder actualidad, como el caso de los contratos por adhesión. Las nociones jurídicas deben adecuarse a tal cambio para no perder vigencia y perdurar, no en cuanto a su nominación, pero sí en cuanto a su función y con ello mantener la influencia reguladora que se pretendió con su creación.

Con los anteriores comentarios no pretendemos poner en tela de juicio a la autonomía de la voluntad como elemento distintivo de los contratos civiles, sino más bien pretendemos clarificar el punto específico de que el criterio de *lex contractus*, señalado con anterioridad, hace referencia a que los contratos son “ley entre los contratantes”, pero la visión contemporánea señala que esta vinculación se tiene que respaldar en el ordenamiento jurídico, sin que esto perjudique al principio de autonomía de la voluntad en su campo específico de aplicación.

B. El contrato de trabajo

Cuando el profesor Carlos Reynoso Castillo hace referencia a la necesidad de un contrato que regule específicamente el tema del trabajo, realiza un comentario que bien puede resumir dicha circunstancia, al señalar que: “Ante la imposibilidad de las instituciones del derecho civil, y en particular de los diferentes tipos de contratos, para poder regular de manera adecuada las relaciones entre trabajadores y empleadores, se fue abriendo paso la idea de contar con instituciones jurídicas adecuadas a la nueva realidad. Fue así como

la idea de un contrato de trabajo autónomo del derecho común fue ganando terreno como pilar en la construcción del marco legal destinado a regular las relaciones de producción.”²⁸

El contrato de trabajo va a ser el resultado de los intentos del derecho laboral, por regular el tema de la prestación del trabajo, desde una visión que buscará poner en equilibrio a los factores de la producción. Situación que no era considerada de esa manera por el derecho civil, que ponía al trabajador y al empleador en igualdad de contratación; cuando las diferencias eran muchas y muy marcadas en perjuicio de la clase trabajadora, que siempre se encontraba en desventaja a la hora de pactar las condiciones para la prestación de la mano de obra.

La idea de crear la institución del contrato de trabajo aparece, más que nada, como una necesidad de los trabajadores que de alguna forma correspondía a una demanda generalizada que hacía este sector de la sociedad para proteger sus derechos ante los abusos cometidos por los empleadores en materia de contratación individual, ya que la existencia de un plano de “igualdad” jurídica entre estas partes, significaba una enorme disparidad, pues aunque la ley los situaba en un plano equiparable, la realidad era totalmente distinta.

Por otra parte, resulta de gran trascendencia delimitar perfectamente las fronteras entre el derecho civil y el derecho del trabajo en materia de contratación, pues el no hacerlo se traduce en una inconsistencia de retornar al derecho del trabajo a la regulación particular del derecho civil, lo que es evidentemente incompatible.

Si bien es cierto que los fundamentos del contrato de trabajo provienen del derecho civil, y que éste fue estudiado durante todo el siglo XIX con la teoría

²⁸ Reynoso Castillo, Carlos, “Las vicisitudes del contrato de trabajo”, en Kurczyn Villalobos, Patricia y Puig Hernández, Carlos, (Coords.), *Estudios jurídicos en homenaje al doctor Néstor de Buen Lozano*, IIJ-UNAM, México, 2003, p. 719.

contractual del derecho común que veía al contrato de trabajo como una forma especial del contrato de arrendamiento de servicios; también lo es que el contrato de trabajo ha adquirido una naturaleza autónoma con la regulación específica de la legislación laboral.

En ese orden de ideas y siguiendo al profesor Carlos Reynoso Castillo, tenemos que en materia laboral se prevé la existencia de los contratos, y aunque esta denominación encuentra su nacimiento y explicación en el derecho civil, la palabra fue tomada del derecho común para traerla y aplicarla al campo del derecho del trabajo y referirse al acuerdo de voluntades mediante el cual se genera el vínculo jurídico-laboral. Un contrato en materia laboral, no es exactamente lo mismo que uno en materia civil, pues en el principio de autonomía de la voluntad de las partes en la materia civil existe una regla que dice que lo acordado por las partes es ley entre las mismas (*lex contractus*), salvo aquello que vaya en contra de las buenas costumbres o del ordenamiento jurídico, pero es precisamente la posibilidad de acordar en un contrato lo que se desea la expresión más clara de la autonomía de la voluntad de las partes al momento de obligarse; este criterio no funciona en materia laboral, pues en este caso en un contrato se podrá tener un acuerdo válido siempre y cuando se respete lo establecido por la Ley Federal del Trabajo y la Constitución, particularmente en su artículo 123.²⁹

De la premisa anterior, nos permitimos hacer algunas observaciones. En primer lugar, efectivamente en materia laboral existe la “posibilidad” de realizar un contrato, cuya inexistencia no es fundamento para que el trabajador sea privado de sus derechos laborales, ya que los mínimos de éstos obran en la legislación laboral y deben cumplirse, y en todo caso la falta de la formalidad contractual es imputable al empleador.

²⁹ *Op. Cit.*, Nota 5. Reynoso Castillo, Carlos, p. 63.

En segundo lugar, y como lo analizamos anteriormente, la autonomía recae únicamente en cuanto a la voluntad y no al contrato, pues en materia civil y laboral los contratos se rigen por ciertas reglas establecidas en la ley, con la salvedad de que en materia laboral se busca proteger a una de las partes y en materia civil -satisfechos los requisitos legales- las partes están en libertad de comprometerse de acuerdo a su voluntad y en la forma que lo deseen, aprovechando las normas dispositivas y sujetándose a las normas imperativas impuestas en los distintos ordenamientos aplicables.

Los contratos de trabajo, vistos como una ficción contractual³⁰ difieren de los contratos civiles, en cuanto a los alcances de la voluntad de las partes, pues en materia civil (derecho privado) cuando se cumplen los requisitos legales, el contrato mantendrá la intención de los contratantes en igualdad de circunstancias; mientras que en materia laboral, si existe un contrato, este se somete a lo establecido por las normas de derecho social y aunque previamente se cumplan los requisitos de ley, el contenido del contrato se sujetará a los mínimos dispuestos por ésta, siendo nula cualquier estipulación que contravenga los derechos de los trabajadores.

Siguiendo las anteriores consideraciones, el concepto del profesor George Rendon nos parece apropiado para señalar las características propias del contrato de trabajo: “El contrato de trabajo es sinalagmático. Se perfecciona a título oneroso, ya que las partes se comprometen a proporcionarse prestaciones recíprocas. Es conmutativo en razón de que las prestaciones son conocidas y determinadas por anticipado, aunque el contrato se perfecciona en su desarrollo, en el cual la remuneración del trabajador depende de la cantidad de unidades que éste puede producir. El contrato de trabajo es consensual sólo necesitando del consentimiento oralmente expresado para formar el acuerdo,

³⁰ Véase: Buen Lozano, Néstor de, *La decadencia del contrato. Con un apéndice veinte años después*, 2ª ed., Porrúa, México, 1986, pp. 267-280.

mientras que para el caso de las formas escritas sólo son necesarias en casos excepcionales y *ad probationem*.³¹

En nuestra consideración, el concepto anterior, unifica los elementos y características del contrato de trabajo que hemos venido analizando. Sin lugar a dudas, es un concepto que se deberá ir actualizando conforme vayan apareciendo nuevas formas de contratación individual, pues éstas traerán sus propias características y no podemos permitir que esta noción pierda validez por no encontrar su aplicabilidad.

C. Contrato de trabajo y relación laboral

El contrato de trabajo ha sido considerado por algunos autores como “la institución central del derecho del trabajo”³², y hay quienes consideran que es la relación de trabajo la más importante institución para el origen del vínculo jurídico-laboral.

Este debate se ha originado entre los contractualistas y los críticos a esta teoría como el ilustre maestro Mario de la Cueva, que con su notable influencia en la creación de la LFT de 1970, sentó las bases de la diferenciación entre los conceptos de contrato y relación de trabajo señalando que el contrato de trabajo viene de la teoría clásica de los contratos, es decir de un acuerdo de voluntades; mientras que en la teoría moderna la relación de trabajo no se agota en la regulación del intercambio de prestaciones, sino que se busca la amplia protección del trabajador. Es por ello que la teoría de la relación laboral se considera dentro de los principios generales adoptados por la ley laboral de 1970.

³¹ Rendon, Georges, *Le droit du travail en Amérique Latine*, Presses Universitaires de France, París, Francia, 1970, p. 23.

³² Véase: Freedland, Mark, “Le contrat de travail, institution centrale du droit du travail”, en *Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, Burdeos, Francia, 2007, pp. 53-70.

Si bien es cierto, que la teoría de la relación de trabajo, ve su expresión en la LFT de 1970, “sería una afirmación intolerable la que expresara que la doctrina de la relación de trabajo, fuente de los derechos del trabajador e independiente del acto o causa que le dio origen, carece de antecedentes en otras doctrinas o en otros pensadores, o bien que la Ley de 1970 la inventó en todas sus partes. Por el contrario, declaramos con alegría y con reconocimiento, que entre otras varias, fueron dos las ideas que nos sirvieron para forjar la estructura de la concepción de 1938, la que a su vez está en la base de la Ley de 1970: una es la de aquel maravilloso jurista que fue George Scelle, y otra la del insigne maestro Erich Molitor, uno de los representantes del derecho del trabajo socialdemócrata salido de la Constitución alemana de Weimar de 1919.”³³

Como bien señala de la Cueva, para la teoría de la relación de trabajo, la protección de los trabajadores no depende del acto que le da origen –como puede ser el caso de un contrato- sino más bien su principal función es establecer la obligación de salvaguardar los derechos del trabajador, y considerar la existencia de un vínculo jurídico-laboral entre quien presta un servicio y quien lo recibe.

Gran parte de la argumentación realizada por este importante iuslaboralista mexicano, se centra en señalar que los “contratos” como objeto de regulación jurídica, recaen directamente sobre objetos del comercio y que sólo se puede contratar sobre éstos. Al respecto aclara que el trabajo no es una mercancía y por lo tanto, no es objeto de comercio, tal y como lo establece la Declaración de Filadelfia (Artículo I.a)

Esta noción del trabajo (como objeto de comercio) ha sido ampliamente debatido entre economistas y juristas -al igual que varias cosas más, como la consideración del “factor humano” como parte del factor trabajo en la

³³ *Op. cit.* Cueva, Mario de la, p. 183.

producción-. Adam Smith y David Ricardo (representantes de la teoría clásica de la Economía) sitúan al trabajo como uno de los medios de producción y elaboran toda una teoría sobre la división del trabajo; por otra parte, tenemos al pensamiento de Carlos Marx que considera a la fuerza de trabajo como una mercancía en el sistema capitalista. Sin embargo no se ha llegado a una conclusión entre las distintas disciplinas que estudian al trabajo, y por lo tanto las teorías sobre el tema siguen buscando cubrir esa coyuntura.

Podemos señalar, que las posiciones sobre el contrato y la relación de trabajo tienen tres vertientes: Para algunos autores, los aspectos relativos a las diferencias o similitudes del contrato y de la relación de trabajo constituyen el punto referencial para sostener la autonomía misma del derecho del trabajo. Algunos otros, como hemos hecho referencia, han señalado que el contrato de trabajo es la institución fundamental para esta disciplina jurídica, sobre la cual debe versar la edificación de las relaciones individuales de trabajo. Mientras que un tercer grupo ha considerado que el debate generado sobre la diferencia o la correspondencia entre los conceptos de contrato y relación de trabajo, es un asunto que ha perdido actualidad.³⁴

Para efectos del presente estudio y sin pretender escapar del debate en torno a la correspondencia o no entre los conceptos de contrato y relación de trabajo, le daremos a ambos un sentido terminológico, pues el análisis de este punto no es objeto de esta investigación; tomando en consideración que ambos producen los mismos efectos (en términos del párrafo tercero del artículo 20 de la Ley Federal del Trabajo), por lo que no conviene hacer una distinción, aunado a que la legislación laboral mexicana tiene la tendencia de diferenciarlos en los términos de Mario de la Cueva señalados anteriormente, versando ambos conceptos sobre la misma característica, la *subordinación*, elemento que discutiremos en el siguiente capítulo.

³⁴ Cfr., *Op. Cit.*, Marquet Guerrero, Porfirio, p. 519.

Antes de concluir este apartado, es importante hacer referencia a la figura de la “presunción laboral” contenida en el artículo 21 de la LFT, que establece la presunción de existencia de un vínculo jurídico-laboral entre quien presta un trabajo personal y lo recibe. Por lo que la obligación en cuanto a los derechos y obligaciones laborales, se encuentra “garantizada” en la legislación, sin importar si estamos en presencia de un contrato o una relación de trabajo, pues los efectos son los mismos.

Con las debidas aclaraciones hechas en este apartado, en el siguiente capítulo haremos un estudio detallado de la relación de trabajo, revisando sus características iniciales y su cuestionamiento ante los nuevos escenarios laborales.

3. Las tendencias del Derecho del Trabajo en la contratación individual

Cuando comenzamos el desarrollo de la presente investigación, el tema de las tendencias del derecho del trabajo parecía encontrar mejor lugar en la parte final del primer apartado de este capítulo, sin embargo mientras fue avanzando la misma, nos dimos cuenta que las tendencias del derecho del trabajo tienen una incidencia notable en las relaciones de trabajo y su futuro, por lo tanto era necesario conocer previamente dichas nociones antes de realizar algunos comentarios al respecto.

Al hablar de las tendencias, debemos tomar en cuenta que el derecho del trabajo –como toda disciplina jurídica- se encuentra en movimiento constante y tratando de ubicarse en una sociedad cada vez más influenciada por la economía, la tecnología y la sociedad; lo que hace necesario un marco jurídico apropiado capaz de regular las problemáticas actuales, en escenarios cada vez más complejos.

El derecho del trabajo es una disciplina jurídica que a pesar de ser de las de reciente creación, ha sido objeto de mayores y notorios cambios, donde incluso encontramos factores que parecen poner en entredicho su naturaleza misma y hacen pensar en una reestructuración de esta disciplina para cumplir con sus finalidades previamente encomendadas.

Hay quienes apuntan que el derecho del trabajo ha tomado un camino en reversa hacia sus orígenes, es decir de regreso al derecho civil³⁵ que fuera la justificación a la necesidad de su existencia, tal y como lo señalamos cuando hicimos referencia al nacimiento del contrato de trabajo.

El derecho laboral debe apuntar a regular la vida en los centros de trabajo que cada vez es más compleja y con diferentes enfoques organizacionales. Los cambios en las relaciones de trabajo han venido apareciendo de forma muy rápida, con la característica que muchos casos son contrarios a la ley que no ha encontrado la forma de regularlos. Estos cambios se ven representados de muy diversas maneras en los tiempos de trabajo, la disminución de derechos adquiridos, la subcontratación de parte de los procesos productivos, la aparición de nuevas modalidades de remuneración, la flexibilidad en los puestos y esquemas de trabajo, etcétera.³⁶

Precisamente, son esos cambios al margen de la ley los que hacen necesaria una adecuación del sistema normativo al terreno de los hechos, pues las modificaciones a las formas de contratación individual, generalmente se han convertido en una forma de precarizar las relaciones laborales en perjuicio de los trabajadores. Situación que ha sido considerada por distintas disciplinas, en cuanto al impacto, pues siempre encontraremos inmersos en esas cuestiones factores económicos, sociales y por supuesto jurídicos.

³⁵ Véase: Buen Lozano, Néstor de, "El futuro del derecho del trabajo", en Soberanes Fernández, José Luis (Comp.), *Tendencias actuales del derecho*, 2ª ed., UNAM, México, 2001, pp. 87-93.

³⁶ *Op. Cit.*, Nota 5. Reynoso Castillo, Carlos, p. 129.

Para hablar de una adecuación normativa, debemos considerar las necesidades de cada Estado en lo particular, sin olvidar los principios establecidos en los instrumentos internacionales y la doctrina; pues la omisión de dichos elementos puede traducirse en reformas laborales tan criticadas por atentar contra los derechos de los trabajadores, como es el caso de España y Francia³⁷, donde evidentemente los reclamos no se han hecho esperar y la sociedad ha expresado su descontento ante medidas que por sí solas no justifican su necesidad.

“El derecho del trabajo se ha desarrollado bajo un modelo caracterizado por relaciones de trabajo homogéneas, constituidas de empleos estables, regulares y continuos, ocupados por trabajadores que laboran en tiempo completo, ejecutando su trabajo para un solo empleador y bajo su control y en el mismo lugar de la empresa. Sin embargo, varias formas de empleo no corresponden más a esta imagen clásica. Hoy en día vivimos una crisis de la relación laboral fordista. Dicha crisis ha llevado a plantearse la pregunta, si acaso no sería necesario favorecer la emergencia de uno o de varios tipos de relaciones salariales o reglamentar los nuevos fenómenos laborales, tales como el trabajo informal. La crisis del modelo fordista y la emergencia de nuevas relaciones de trabajo, nos permite hablar de una posible crisis del contrato de trabajo y en particular de la noción de subordinación, o quizás de un proceso de transformación del contrato de trabajo.”³⁸

En efecto, los cambios en materia de contratación individual de trabajadores implican la crisis de varias instituciones del derecho del trabajo que parecían estar consolidadas, por lo tanto podemos afirmar que el mismo contrato de trabajo se encuentra en una crisis que en la mayoría de los casos afecta a los

³⁷ En el caso español nos referimos a la ley 35/2010, y en el caso francés nos referimos a la reforma en materia de pensiones. Ambas reformas han sido criticadas por representar una modificación negativa en los derechos laborales y de la seguridad social.

³⁸ Sánchez-Castañeda, Alfredo, *Las transformaciones del derecho del trabajo*, IIJ-UNAM, México, 2006, p. 27.

trabajadores, por ser la expresión más clara de un proceso de precarización laboral que se ha iniciado y requiere una regulación.

Así pues, hemos tenido la aparición de la “flexibilidad” de las relaciones laborales que en muchas ocasiones ha sido un “pretexto” para disminuir la calidad de las prestaciones de los trabajadores, por motivos de adaptación a la economía y a la competitividad que son cada vez más evidentes y que requieren un ajuste en todos los ámbitos del sistema productivo.

En esta nueva etapa, el derecho del trabajo se enfrenta a esta noción de flexibilidad, que ha surgido a raíz de la apertura comercial que trajo el neoliberalismo (lo que significó la caída del Keynesianismo) y los tratados comerciales que se han realizado; las cuales parecieran considerar al derecho del trabajo y al derecho de la seguridad social, como dos obstáculos a la libre competencia económica y como un lastre en un modelo económico como el actual. Parece ser que el cumplimiento de los derechos de los trabajadores no se considera como parte de una inversión, sino como un gasto de las empresas que puede ser eliminado o reducido.

Así, el término “flexibilidad” ha aparecido como el concepto idóneo para referirse a los cambios en la regulación jurídica del trabajo, “necesarios” para adecuarse a las transformaciones de una economía global que pasa por momentos complicados. Es un término que se incorporó al lenguaje jurídico-laboral, y que se relaciona directamente con la tendencia evolutiva que ha seguido el derecho laboral,³⁹ aunque la pregunta sigue siendo hacia dónde debe dirigirse tal evolución.

En una adecuada armonía y control, la flexibilidad laboral ha permitido a las empresas competir, manteniendo la existencia de las fuentes de trabajo, y

³⁹ Cfr. Reynoso Castillo, Carlos, *Derecho del trabajo, panorama y tendencias*, Miguel Ángel Porrúa, México, 2006, p. 143.

permitiendo el acceso a un empleo a ciertos sectores de la población que en otro tiempo se encontraban excluidos o ni siquiera considerados. Debemos ver a la flexibilidad laboral no como un enemigo, pero tampoco debemos caer en el extremo de justificarla cuando ésta ha implicado o implica la precarización del trabajo. Una flexibilidad regulada, siempre será bienvenida en un mundo globalizado como el nuestro; incluso podemos seguir el razonamiento del profesor Jean-Claude Javillier sobre la *considerable importancia* de la flexibilidad en el derecho del trabajo⁴⁰.

Las nuevas relaciones laborales han nacido y seguirán naciendo. El derecho del trabajo no debe perder su autonomía, ni mucho menos desaparecer ante esos escenarios complejos que al principio no se imaginaba su existencia. Esta rama jurídica debe atender su carácter expansivo y comenzar la regulación de esas nuevas relaciones laborales que han generado modalidades de contratación del trabajo muy divergentes de las ya existentes.

El derecho del trabajo parece, al menos en México, haberse quedado muy atrás en el tratamiento de los adelantos de la sociedad. Mientras que sólo algunas legislaciones se han preocupado por regular nuevos factores en rubros como riesgos de trabajo, empleo y tecnología, modos de producción, acceso al empleo, etcétera, y lo peor es que la existencia de estas novedades ha flexibilizado de forma negativa a las relaciones laborales, sin contar con la seguridad apropiada que requieren los trabajadores.

Podemos concluir, que las características y particularidades del derecho del trabajo tal y como las hemos conocido hasta ahora, resultan altamente cuestionadas, por lo que podríamos hablar de una crisis de la concepción tradicional de la relación de trabajo, y de la emergencia de nuevas formas de contratación laboral.

⁴⁰ Javillier, Jean-Claude, *Droit du travail*, 6a ed., LGDJ, París, Francia, 1998, p. 66.

CAPÍTULO II. EL NACIMIENTO DE LAS FORMAS ATÍPICAS DE CONTRATACIÓN INDIVIDUAL

Las nuevas relaciones son objeto de una importante crítica que hace evidente la necesidad de reformular y adecuar el marco jurídico-laboral, para lograr una vez más el equilibrio de las relaciones objeto del derecho del trabajo.

Con la crisis del modelo fordista y la llegada de nuevas relaciones laborales, se ha modificado la función de los trabajadores y la organización del trabajo; lo que ha generado variantes derivadas de las nuevas formas de producción, donde los avances de la tecnología y los requerimientos de la competitividad en la economía hacen que el tema del trabajo –como factor de producción- cumpla con el ciclo económico y también necesite ser adecuado a dichas circunstancias que le permitan a las empresas, en varios casos, mantenerse en el mercado.

Como lo analizamos en el capítulo anterior, el vínculo jurídico-laboral se desprende de una relación de trabajo, exista o no un contrato de por medio; en ese sentido, la modificación en las relaciones laborales es el motor de la aparición de las formas “atípicas” de contratación individual.

El problema surge, no por el nacimiento de las nuevas relaciones de trabajo, sino por precariedad de dichas relaciones, pues en la mayoría de los casos, la aparición de éstas y por lo tanto de nuevas modalidades contractuales se ha traducido en un atentado contra los derechos de los trabajadores y en la inadecuada aplicación del derecho laboral. Aunque también es cierto que en algunos casos las nuevas relaciones de trabajo han servido como una forma de fomentar y facilitar el acceso al empleo de ciertos grupos que en otros momentos y circunstancias habían sido excluidos.

El trabajo precario –término sociológico- ha sido característico en las nuevas relaciones laborales, generando problemas sociales por la incertidumbre y

desprotección de los trabajadores en un entorno tan complicado como el actual. Esta situación no ha conocido límites en cuanto a la aplicación del derecho laboral, pues tanto el sector privado, como el sector público⁴¹ son objeto de la reestructuración del mundo del trabajo.

En ese orden de ideas, en el presente capítulo abordaremos el tema de la crisis de la concepción tradicional de la relación de trabajo, partiendo de sus características generales, pasando por el cuestionamiento de éstas, hasta llegar al nacimiento de “nuevas relaciones de trabajo”.

En la última parte del presente capítulo haremos referencia a la forma en que las nuevas relaciones de trabajo han influido en el nacimiento de nuevas formas de contratación laboral, con características que se alejan tanto del derecho del trabajo, que incluso en varios casos parece desconocerlas y no contar con la capacidad de regularlas, lo que viene a representar el reto actual del derecho del trabajo de mantener su vigencia y cumplir con los objetivos que le fueron encomendados.

1. La relación de trabajo y su cuestionamiento

La relación de trabajo, en cuanto a sus límites y en cuanto a sus características generales, ha sido objeto de las legislaciones nacionales y de algunas consideraciones internacionales; sin embargo y pese al diferente tratamiento que se le ha dado a esta noción en los distintos ordenamientos jurídicos, podemos afirmar que la concepción tradicional de ese concepto ha

⁴¹ Al respecto, es interesante revisar el caso de la administración pública italiana, sobre la precarización de las relaciones laborales, antecedida por un proceso de ingreso que no sigue las reglas normales, pero que se traduce en la búsqueda de una administración pública más moderna. Véase: Tiraboschi, Michel, *et al.*, “Fallimenti e criticità: Il nodo del lavoro atípico o precario nella pa”, en *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, No. 11, julio-diciembre, IJ-UNAM, México, 2010, pp. 3-32.

tenido matices más o menos uniformes que permiten identificar rasgos comunes en los distintos ordenamientos que regulan esta situación.⁴²

Evidentemente, la doctrina tiene una especial importancia en el tratamiento dado al tema de la relación de trabajo, donde se ha formado toda una teoría en torno a ella que permite considerarla como la institución fundamental del derecho del trabajo; pese a la consideración que se le ha dado al contrato de trabajo y que señalamos con anterioridad.

Así pues, el cuestionamiento a la relación de trabajo, es el cuestionamiento a los elementos que en algún momento fueron característicos y generales de ésta, y que en la actualidad se ven modificados o en muchos casos dejan de existir en un vínculo jurídico-laboral, complicando la determinación de la existencia o no de una relación de trabajo, poniendo en entredicho la función del derecho del trabajo, pues recordemos que es precisamente esta relación la que abre la puerta a esta disciplina jurídica en una prestación de servicios.

A. Características

La doctrina ha sido uniforme en el estudio de los elementos y características propias de la relación laboral, pues para el derecho del trabajo la existencia de éstos es deseable para la debida protección de los trabajadores, al encontrarse frente a una relación de trabajo “típica”. De igual forma, la doctrina también ha tratado de seguir de cerca la mutación que ha sufrido la relación de trabajo, buscando propuestas que impidan un menoscabo a las prerrogativas y principalmente frenen la desaparición u ocultamiento de relaciones de trabajo, que son en la actualidad el gran problema expresado en la figura del fraude laboral que tanto se ha tratado de combatir en las diferentes legislaciones.

⁴² Por ejemplo véase: el artículo 22 de la Ley 20.744 de Argentina, y el artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores de España.

Para Mario de la Cueva –uno de los principales tratadistas sobre la teoría de la relación de trabajo- “la relación de trabajo es una situación jurídica objetiva que se crea entre un trabajador y un patrono por la prestación de un trabajo subordinado, cualquiera que sea el acto o la causa que le dio origen, en virtud de la cual se aplica al trabajador un estatuto objetivo, integrado por los principios, instituciones y normas de la Declaración de derechos sociales, de la Ley del trabajo, de los convenios internacionales, de los contratos colectivos y contratos ley y de sus normas supletorias.”⁴³

Cabe señalar que, en el caso de México, una relación de trabajo existe independientemente de que las partes hayan celebrado o no un contrato verbal o por escrito de trabajo o cualquier contrato nominado de otro tipo de naturaleza jurídica, pues la falta de contrato no priva a los trabajadores de sus derechos, y su ausencia es siempre imputable al empleador.⁴⁴

La relación de trabajo viene a ser el referente de los derechos y obligaciones entre trabajador y empleador (fundamento de la acción del trabajador para el reclamo de sus prestaciones laborales). La existencia de la relación de trabajo va a ser fundamental en la aplicación de la normatividad laboral, pues recordemos que no importa la denominación dada a una prestación de servicios, sino las características de ésta reflejadas en sus elementos constitutivos.

A continuación señalaremos y explicaremos los elementos que caracterizaron a las relaciones de trabajo y que hoy en día son objeto de un importante cuestionamiento, al sufrir una transformación tal que ya no son la regla, pues sólo se refieren a la relación laboral “típica”; dejando de lado la adecuada regulación de los vínculos jurídico-laborales que no cumplen plenamente con esas características, o cuyos elementos no son identificables.

⁴³ *Op. cit.* Cueva, Mario de la, p. 187.

⁴⁴ Sánchez-Castañeda, Alfredo, *Diccionario de derecho laboral*, Oxford University Press, México, 2005, p. 138.

En la parte del cuestionamiento, haremos algunas consideraciones generales sobre la forma en que se han puesto en entredicho las diferentes características y elementos de la relación laboral, a tal grado que podemos empezar a hablar de una verdadera crisis de la relación de trabajo.

a. El trabajador y el empleador

Los sujetos de la relación laboral son fundamentales en la concepción del vínculo de derechos y obligaciones generado entre estas dos personas. No podemos concebir la existencia de una relación de trabajo “típica” con la ausencia de alguno de estos dos elementos; pues aunque parece un asunto bastante lógico, la realidad es que precisamente se ha buscado el ocultamiento de dicho vínculo, mediante la omisión o eliminación de alguno de estos conceptos que trae consigo la inexistencia de una relación laboral.

Podemos establecer un concepto “típico” de trabajador atendiendo a lo señalado por la doctrina y las legislaciones nacionales que contienen una conceptualización clásica⁴⁵: Trabajador es aquella persona física que presta un trabajo personal, subordinado y remunerado a otra persona física o moral denominada empleador, con las variantes especiales establecidas en la ley, y sin importar el grado de conocimientos técnicos o profesionales requeridos para la prestación del mismo.

Sobre la importancia de conceptualizar al “trabajador”, el profesor Carlos Reynoso Castillo considera que: “La importancia del concepto “trabajador” en el derecho del trabajo radica en que representa uno de los principales ejes a partir del cual se construye todo el complejo edificio de derechos y obligaciones en materia laboral; de ahí que el conocimiento teórico del concepto “trabajador” pero sobre todo la adecuada y necesaria identificación práctica del sujeto

⁴⁵ Tal es el caso de la legislación mexicana.

trabajador permite atribuirle un conjunto de prerrogativas en el mundo del trabajo. Por tanto, el término trabajador responde con precisión a la naturaleza propia del sujeto de la relación laboral, y el cual en la lógica de las normas laborales se presenta como un sujeto de imputación al cual se le atribuyen efectos legales concretos, como son, en este caso, un catálogo de derechos y obligaciones.”⁴⁶

En ese sentido, resulta de suma importancia la “identificación del trabajador”, que será el hecho generador de todos los derechos y prerrogativas a favor de este sector. Como lo señalamos anteriormente, el establecimiento de una clara distinción e identificación del trabajador se ha convertido en un verdadero reto para el derecho del trabajo, pues la identificación de éste deberá estar sujeta a la identificación misma del empleador al cual se encuentra sujeto.

Resulta interesante el debate generado en torno a los sinónimos que se le han dado al concepto de trabajador, tales como empleado, colaborador, obrero, jornalero, operario, etcétera; sin que hasta el momento las consideraciones hayan ido más allá; por ejemplo, se ha señalado que existe una diferencia entre los conceptos de trabajador y empleado que recae sobre el nivel económico de cada uno. Por otra parte, hay quienes sostienen que establecer una diferenciación es necesario para dotar al prestador del trabajo de un *status* diferenciado que le otorgue mejores condiciones laborales.⁴⁷ En lo que respecta a nuestra posición, consideramos que no es tan importante establecer una diferenciación entre tales conceptos, aunado a que varias legislaciones los utilizan de forma indistinta y el debate ha perdido actualidad.

Caso distinto con el tema de la clasificación de los trabajadores, la cual debe irse adecuando a las modalidades y al ámbito en el que se desarrolle la

⁴⁶ Reynoso Castillo, Carlos, *Derecho del trabajo, panorama y tendencias*, Miguel Ángel Porrúa, México, 2006, p. 33.

⁴⁷ *Idem*.

prestación del trabajo, atendiendo a la naturaleza y características propias de cada labor. En el caso mexicano, la LFT considera la regulación de los trabajadores de confianza que se encuentran sujetos a un régimen especial; también, en materia de seguridad social se establece una clasificación de trabajadores para diferenciar el ámbito en que desarrollan su actividad, por ejemplo la diferenciación establecida entre los trabajadores sujetos al régimen ordinario urbano y los del régimen de campo.

Por otra parte, debemos referirnos al otro sujeto de la relación laboral, “el empleador”, cuya denominación es ajena a varias legislaciones nacionales como la mexicana que ha mantenido intacta la noción de “patrón”. El concepto de patrón tiene una naturaleza meramente jurídica, mientras que el de empleador ha sido utilizado por la OIT para referirse al término genérico aplicable en el entorno económico, político y social. Resulta importante aclarar, que en la actualidad ambos conceptos son utilizados como sinónimos.⁴⁸

Al respecto y siguiendo la concepción de la LFT, podemos considerar como empleador, a la persona física o moral que utiliza los servicios de uno o varios trabajadores, sin que esto signifique que el patrón necesariamente deba ser unitario.

Néstor de Buen Lozano ha realizado una clasificación de empleadores, atendiendo a distintos criterios, entre los que se encuentran: la naturaleza jurídica, la actividad desarrollada, la extensión, el tratamiento jurisdiccional que reciben, la ubicación, el número de trabajadores que empleen y la finalidad que persiguen.⁴⁹

⁴⁸ El maestro Néstor de Buen ha señalado que el concepto de “patrón” expresa una naturaleza clasista y paternal y, en cierto modo tiene un sentido peyorativo. Así pues, el mismo autor señala que todas las denominaciones dadas al “acreedor de trabajo” requieren de alguna crítica, pues en particular se refieren a ámbitos muy concretos. Véase: Buen Lozano, Néstor de, *Derecho del Trabajo*. Tomo I., 7ª ed., Porrúa, México, 1989, p. 476.

⁴⁹ Véase, *Ibidem*, pp. 279-280.

Dicha clasificación –como bien deja ver el maestro De Buen- de ningún modo debe tenerse como limitativa, pues podemos ampliar la gama de criterios que atiendan a los entornos político, social y económico; además de considerar los criterios derivados de los nuevos contratos de trabajo, que se deben incorporar en dicha clasificación.

b. La prestación de un trabajo personal

La palabra trabajo ha sido objeto de tratamiento, no sólo por parte de los juristas, sino también los economistas y sociólogos han realizado toda una teoría a su alrededor. Desde hace mucho tiempo, la palabra trabajo ha sido objeto de interesantes debates, ya que las diferentes disciplinas han manifestado su visión, que en muchos casos no sólo es incompatible con las otras, sino que en muchos casos es contradictoria. La palabra trabajo puede designar⁵⁰:

- Toda actividad demandante de una atención o un esfuerzo;
- Las actividades retribuidas o efectuadas con vista en una ganancia. Esto es, sin duda, el sentido común que se le ha dado a “buscar trabajo”, expresión que tomada a la letra, sorprende bastante, pero de la cual se comprende que propiamente significa: “buscar un empleo” o una ocupación remunerada;
- Las actividades sostenidas o no, retribuidas o no, por las cuales se producen materialmente los objetos de consumo y de uso, lo que también lleva a llamar trabajo (las palabras obra o producción presenta el mismo doble sentido) al producto realizado.

La noción anterior, sin lugar a dudas engloba los diferentes sentidos dados a la palabra trabajo, que de alguna u otra manera representan al concepto mismo de “trabajo” desde un punto de vista general, adoptando una visión

⁵⁰ Jung, Joël, *Le travail*, GF Flammarion, París, Francia, 2000, p. 11.

multidisciplinaria. Así pues, dicha noción se debe analizar por separado, pues para efectos estrictamente de derecho del trabajo, la prestación del trabajo está ligada al objetivo de la remuneración, en la forma explicada por la segunda acepción referida.

Para el derecho laboral, la prestación del trabajo, como elemento de una relación laboral, se va a referir a la realización de una actividad por parte del trabajador a favor o para utilidad del empleador. Dicha actividad puede revestirse de diferentes características, tales como el grado de intelectualidad o de esfuerzo físico que se requiera. La legislación mexicana establece, dentro del concepto de trabajador (artículo 8 LFT), que el trabajo prestado es “toda actividad humana, intelectual o material”.

No podemos concebir la idea de que un trabajo sea puramente intelectual o material, tal y como lo señala la disposición referida, pues toda actividad humana siempre estará caracterizada por el uso de la razón. En ese sentido, para la prestación de un trabajo y salvo casos extraordinarios, siempre tendremos un trabajo intelectual y físico, pero siempre una de estas características aparecerá en mayor o menor medida.

La legislación laboral mexicana hace referencia a que el trabajo será prestado de forma personal. “¿Cuáles son las consecuencias prácticas de esa condición en la prestación de servicios? Podemos afirmar que lo fundamental de esta característica se pone de manifiesto cuando se trata de determinar si es laboral o no una relación determinada, al grado de que si el supuesto trabajador no presta por sí mismo los servicios sino que lo hace por conducto de otras personas, necesariamente habrá de concluirse que la relación de que se trata no tiene la naturaleza laboral.”⁵¹

⁵¹ *Op. cit.* Buen Lozano, Néstor de, p. 466.

Cuando por las características propias para la prestación de determinado trabajo, se requiera que el trabajador utilice “ayudantes” o personal de apoyo, el patrón de este trabajador será también el de los ayudantes (Artículo 10, segundo párrafo LFT). Esto hace que la prestación “personal” del trabajo se vea un tanto controvertida, sin que esto represente algún problema, pues la intención es hacer extensiva la tutela del derecho del trabajo.

c. La subordinación

El concepto de subordinación, desde el punto de vista de rasgo distintivo y fundamental para la aplicación del derecho del trabajo, fue propuesto por Ludovico Barassi, en su libro *Il Contratto di Lavoro nel Diritto Positivo Italiano*, quien definió a la subordinación como la sujeción plena y exclusiva del trabajador al poder directivo y de control del empleador.⁵²

Mario de la Cueva, al referirse a la subordinación señala que: “es una relación jurídica que descompone dos elementos: una facultad jurídica del patrono en virtud de la cual puede dictar lineamientos, instrucciones u órdenes que juzgue conveniente para la obtención de los fines de la empresa; y una obligación igualmente jurídica del trabajador de cumplir esas disposiciones en la prestación de su trabajo”.⁵³

La existencia de esta subordinación jurídica es considerada como una respuesta a la necesidad de poder de mando que tiene el empresario como consecuencia de la asunción de la responsabilidad de la dirección de la empresa, y por lo tanto, de los actos que ésta realice.⁵⁴

⁵² Ermida Uriarte, Óscar y Hernández Álvarez, Óscar, “Crítica de la subordinación”, en Kurczyn Villalobos, Patricia y Puig Hernández, Carlos, (Coords.), *Estudios jurídicos en homenaje al doctor Néstor de Buen Lozano*, IJ-UNAM, México, 2003, p. 272.

⁵³ *Op. cit.* Cueva, Mario de la, p. 203.

⁵⁴ Rivas, Daniel, *La subordinación. Criterio distintivo del contrato de trabajo*, reimpresión, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 1999, p. 31.

Por otra parte, el deber del trabajador es la realización de las labores que le hayan sido encomendadas por su empleador, quien ejercita un poder de dirección sobre dichas actividades. Las tareas deben ser realizadas según la modalidad dispuesta por el empleador, sin perjuicio de las modalidades impuestas por una determinada técnica profesional, en el lugar y en el tiempo que éste establezca y según las necesidades inherentes a cada actividad.⁵⁵

Como bien señala el Maestro Mario de la Cueva, la subordinación implica un carácter dualista de facultades para el empleador y de obligaciones para el trabajador. Pero también la existencia de la subordinación implica la sujeción de dicha relación a la normatividad del derecho laboral, y por lo tanto la existencia de los derechos a favor de los trabajadores, y la obligación de los empleadores de respetar y cumplir con la legislación laboral.

Por otra parte y ejemplificando este punto, tenemos que la legislación y doctrina francesa han clasificado los poderes otorgados al empleador por medio de la subordinación⁵⁶ de la siguiente manera: *Poder de dirección*, que le permite al empleador tomar decisiones tanto de gestión de la empresa como de la administración de los recursos humanos; *Poder reglamentario*, que faculta al empleador para establecer reglamentos interiores de trabajo de forma unilateral (Artículo. L. 1321-1 del Código del Trabajo); y el *Poder disciplinario*, que faculta al empleador para sancionar a los trabajadores cuyo comportamiento sea inadecuado o contravenga las disposiciones legales o de los reglamentos interiores de trabajo (Artículo L. 1331-1 del Código del Trabajo).

Dichos poderes del empleador, son el resultado del vínculo de subordinación que hay entre los sujetos de la relación laboral, que de ninguna manera sobrepasan los límites de la subordinación jurídica; por lo tanto su aplicación de forma regulada, resulta interesante.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 38.

⁵⁶ Véase: Fabre, Alexandre, *Le régime du pouvoir de l'employeur*, LGDJ, Francia, 2010.

Debemos hacer hincapié en que la subordinación del trabajador es únicamente jurídica y relativa a la prestación del trabajo. No podemos concebir o no deberíamos hacerlo, una subordinación o sumisión personal del trabajador hacia el empleador, situación que escaparía del vínculo jurídico-laboral y sería el justificante para regresar al abuso del que fueron objeto los trabajadores antes de la existencia del derecho del trabajo.

La subordinación es el elemento característico de toda relación de trabajo y es, sin lugar a dudas, el elemento que se encuentra en mayor predicamento ante las nuevas modalidades de contratación laboral, que al buscar poner entre paréntesis a la prestación de un servicio, han recurrido a técnicas de ocultamiento o simulación, representando un verdadero reto al momento de establecer derechos laborales, dejando ver la necesidad de evolución de esta noción⁵⁷ ante el debilitamiento que tiene la visión clásica⁵⁸.

d. El salario

El salario, como elemento objetivo de la relación de trabajo, ha sido incorporado por la legislación laboral mexicana, al contemplar su existencia como parte del contrato y de relación laboral (Artículo 20 LFT). Cabe aclarar, que el salario no es un elemento que generalmente aparezca al principio de la relación laboral, pues éste se presenta posteriormente al inicio de la relación de trabajo; por lo que no se trataría de un elemento sobre el cual se pretenda sustentar la existencia de una relación laboral.⁵⁹

⁵⁷ Supiot, Alain (Coord.), *Au-delà de l'emploi: Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*, Informe para la Comisión Europea, Flammarion, París, Francia, 1999, p. 36.

⁵⁸ Reynoso Castillo, Carlos, *Los contratos de trabajo*, Universidad Autónoma Metropolitana, México, 2011, pp. 72-75.

⁵⁹ *Cfr. Id.*, *Derecho del trabajo, panorama y tendencias*, Miguel Ángel Porrúa, México, 2006, p. 201.

La relación jurídica nace por el hecho de la prestación del trabajo personal y subordinado; así, para que ésta exista, sólo se necesita que las partes así lo quieran, aunque no se haya determinado el salario, aunque en el campo de la teoría es un elemento constitutivo en la prestación del trabajo.⁶⁰

Podemos definir al salario como la contraprestación que recibe el trabajador por el trabajo que desempeña a favor de su empleador. La legislación mexicana ha incorporado dos principios importantes en materia salarial: el salario remunerador (Artículo 85 LFT) y la igualdad de salarios (Artículo 86 LFT).

Al señalar que el salario debe ser “remunerador”, debemos analizar la idea del “salario justo” que tiene un sentido ambivalente. Por una parte, su medida y valor están determinados según la satisfacción de las necesidades del trabajador y de su familia, en un tiempo y en lugar determinados; por otro lado, la medida y el valor del salario deben ser proporcionales a la calidad y cantidad del trabajo.⁶¹

En materia de igualdad de salarios, debemos partir de la máxima de *a trabajo igual, salario igual*, donde consideraremos tanto la jornada de trabajo, la calidad y cantidad del mismo, así como las condiciones en que se desempeña la actividad. Este principio tiene una aplicación importante en el tema de la *no discriminación laboral*; pues una lucha constante del derecho del trabajo ha sido la igualdad de salarios entre hombres y mujeres en un principio, hasta abarcar la igualdad de salarios entre seres humanos.

B. Crisis de la relación de trabajo

La relación de trabajo “típica” se encuentra en serios predicamentos. Los elementos que la constituyen son objeto de un importante cuestionamiento

⁶⁰ *Op. cit.* Cueva, Mario de la, p. 204.

⁶¹ Rivas, Daniel, *Op. cit.*, p. 125.

sobre su propia existencia, sus límites y sus alcances. Así, la crisis de la relación de trabajo se traduce en una circunstancia que es aprovechada para menoscabar los derechos laborales, generando con ello un enorme perjuicio a los trabajadores que se ven sin el respaldo que debe proporcionar el derecho del trabajo, ya que se enfrenta a instituciones que le son desconocidas.

Los conceptos básicos y fundamentales del derecho del trabajo han dejado de ser suficientes para analizar las nuevas modalidades de relación laboral. Las nuevas organizaciones empresariales y los efectos de la globalización y la tecnología han cambiado las formas de trabajo, y con ello hacen necesario incluir en el lenguaje jurídico-laboral, nuevos sujetos que intervienen en la prestación del trabajo, para evitar la simulación y la evasión que se están convirtiendo en una práctica; incluso se ha llegado al extremo de que un trabajador no sabe para quien presta sus servicios.

El vínculo de subordinación, como lo señalamos anteriormente, es objeto de un cuestionamiento tal, que se ha hecho imposible la determinación de su existencia en varias relaciones de trabajo. Lo anterior parece bastante contradictorio, cuando hemos referido que la subordinación es el elemento característico de la relación laboral. En la actualidad, este enfoque se encuentra bajo tantos predicamentos que ya no es posible determinar con exactitud si ésta existe o no durante la prestación de un servicio, por lo que la subordinación como elemento característico de la relación laboral, es objeto de fuertes críticas.

La noción de subordinación, tal y como la conocemos en la actualidad, es una figura que no ha sido claramente discernida por la doctrina, por ejemplo, todavía se discuten los nexos de subordinación tratándose de trabajadores independientes⁶². En ese sentido, hemos tenido la emergencia de nuevos

⁶² *Infra.*

conceptos que son la máxima expresión del cuestionamiento del concepto que se comenta.⁶³

Así, hablar de la crisis actual de la subordinación, es en gran medida referirnos a la crisis misma del derecho laboral, que hoy se ve cuestionado desde diversos ángulos como la economía neoliberal, la política, la pautas culturales posmodernas e individualistas, entre otros factores.⁶⁴

Han nacido “nuevas relaciones de trabajo” tan distantes y tan complicadas, que parecen ajenas al concepto clásico de relación laboral y que hacen difícil considerarlas como ejemplo de vínculo jurídico-laboral. Las legislaciones nacionales e internacionales, así como la doctrina, han buscado por todos los medios posibles la regulación de estas modalidades emergentes, con miras en la debida protección de los trabajadores.

Debemos entender que las características con las que el derecho del trabajo nació, hoy en día se encuentran en declive, ya que la noción clásica de relación de trabajo busca la aplicación de esta disciplina jurídica, en los casos en que existe una *subordinación estricta*, debiéndose ampliar esta consideración a los casos en que la figura contractual ofrece escenarios confusos.⁶⁵

2. Las nuevas relaciones de trabajo

Al hablar de “nuevas relaciones de trabajo”, nos referimos a un fenómeno caracterizado por la transformación en la forma en que se genera el vínculo jurídico-laboral y que dista mucho de la manera “original” en que éste se expresaba. En dicho proceso de transformación, el derecho del trabajo no ha mostrado el entendimiento necesario, pues estas nuevas relaciones laborales

⁶³ Sánchez-Castañeda, Alfredo, *Las transformaciones del derecho del trabajo, op.cit.*, p. 29

⁶⁴ Ermida Uriarte, Óscar y Hernández Álvarez, Óscar, *Op. cit.*, p. 277.

⁶⁵ Supiot, Alain (Coord.), *Au-delà de l'emploi: Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe, Op. cit.*, p. 52.

tienen la tendencia hacia la deslaboralización, provocando que esta disciplina no encuentre su campo de aplicación aunque deba tenerlo.

Como bien señala la profesora Patricia Kurczyn Villalobos, en materia de reclutamiento de personal, “debemos entender que los sistemas de reclutamiento de trabajadores se han diversificado. Hoy en día es fácil encontrar en los servidores de la Internet un sinnúmero de propuestas para trabajar. En estas formas se plantea un buen número de simulaciones contractuales con la intención de desplazar la legislación laboral e imponer otras normas con la intención de igualar al trabajador con el empleador, circunstancia injusta desde cualquier óptica. También existe la tendencia a crear “la independencia” del trabajador liberando al empleador de toda responsabilidad.”⁶⁶

El desarrollo económico de las sociedades no se da abatiendo los costos de la producción en los factores que parezca más fácil. Cuando la competencia se da en esos términos, y no en los de la productividad, el sistema económico está condenado al fracaso, pues en algún momento, los costos sociales aparecerán y cobrarán la factura de tales actos. Este fenómeno trasciende las fronteras, produciendo lo que Adrián Goldín ha llamado “el Campeonato Mundial por el abatimiento de las condiciones de trabajo”.⁶⁷

Las anteriores aseveraciones se ven reflejadas en la existencia de diversas y muy variadas formas en que la relación de trabajo ha cambiado. En la presente investigación haremos referencia a las de mayor de impacto en el mundo del trabajo, no por excluir a otras o por querer hacer una lista definitiva; más bien, analizamos las que han generado un mayor estudio y tratamiento por parte de la legislación, la doctrina y por supuesto la jurisprudencia.

⁶⁶ Kurczyn Villalobos, Patricia, “Trabajos especiales”, en Kurczyn Villalobos, Patricia (Coord.), *Evolución y tendencias recientes del derecho del trabajo y de la seguridad social en América*, UNAM, México, 2006, p. 342.

⁶⁷ Pasco Cosmópolis, Mario, “Contratos de trabajo, economía informal y empresas de mano de obra”, en Kurczyn Villalobos, Patricia (Coord.), *Decimocuarto encuentro Iberoamericano de derecho del trabajo*, UNAM, México, 2006, p. 84.

A. Relaciones de trabajo triangulares

La relación de trabajo cuando se desarrolla en términos normales va a considerar la existencia de sólo dos sujetos: el empleador y el trabajador, estando éstos plenamente identificados. Sin embargo, cuando nos encontramos con situaciones más complejas van a intervenir terceros actores y surge lo que podría llamarse una relación “triangular”. Estas situaciones podrían ser beneficiosas para todos los interesados, pero en muchas circunstancias han sido utilizadas para dejar a los trabajadores sin la protección adecuada y en medio de una gran incertidumbre. Para ellos, las preguntas clave que se plantean son tres: ¿quién es mi empleador? ¿cuáles son mis derechos? ¿quién o quiénes responden por ellos?⁶⁸

Las relaciones de trabajo triangulares surgen bajo el argumento de modernizar a la organización del trabajo; permitiendo que las empresas se dediquen exclusivamente a su tarea “primaria”, dejando de lado las actividades “secundarias” o “complementarias”, para empresas cuya actividad sea precisamente la prestación de dicho servicio.

Así, factores como la flexibilidad de la organización productiva y de la fuerza de trabajo han permitido responder de manera más adecuada a las variaciones cuantitativas y cualitativas de la demanda, ajustando o en muchos casos “moldeando” el volumen y las calificaciones de la fuerza de trabajo para bajar los costos, con el propósito ya fuera de conservar sus partes de mercado frente a la competencia, captar mayores proporciones del mismo o penetrar en nuevos mercados.⁶⁹

⁶⁸ Oficina Internacional del Trabajo, *El ámbito de la relación de trabajo*, OIT, Ginebra, Suiza, 2003, p. 43.

⁶⁹ Garza Toledo, Enrique de la y Neffa, Julio César, (Comps.), *Trabajo y modelos productivos en América Latina. Argentina, Brasil, Colombia, México y Venezuela luego de la crisis del modelo de desarrollo neoliberal*, CLACSO, Buenos Aires, Argentina, 2010, p. 33.

En un plano de competitividad y productividad, las relaciones triangulares de trabajo han permitido a varias empresas mantenerse en el mercado a un alto nivel. Esta situación es aplaudida por la administración y gestión empresarial, pero ha significado un reto para el derecho del trabajo, pues en la mayoría de los casos los derechos laborales aparecen como un lastre para dichos conceptos económicos; y evidentemente los empresarios han preferido las condiciones empresariales que la aplicación de la normatividad laboral.

Diversas son las formas en que se han manifestado las relaciones de trabajo triangulares como descentralización, tercerización, externalización y por supuesto el *outsourcing*. Todas estas formas han sido maneras diferentes de denominar al mismo fenómeno, pues cada una con algún rasgo distintivo han llegado a los mismos fines y con las mismas intenciones, siendo el *outsourcing* el denominador más común, por referirse a una organización empresarial.

Desde el punto de vista de la teoría organizacional se ha sostenido que el *outsourcing* consiste en contratar y delegar a un proveedor, más especializado y a largo plazo, uno o más procesos no críticos, para conseguir una mayor eficiencia, pero la función que no se explicita es que esta forma de organización permite evadir responsabilidades con los trabajadores que realizan dichas actividades, y que hasta el momento son sólo algunos recursos normativos los que han regulado adecuadamente esta situación.⁷⁰

Así pues, la triangulación en las relaciones laborales, vía *outsourcing*, representa una actividad que busca evadir las relaciones laborales directas, para dar paso a una ambigüedad tal en la relación de trabajo que deja en el desamparo total a los trabajadores, por no existir una regulación adecuada de esta situación, o por no aplicarse ésta correctamente.

⁷⁰ Lañas Junco, Sergio y Bouzas Ortiz, Alfonso, "El trabajo desde el punto de vista de la organización", en Bouzas Ortiz, Alfonso (Coord.), *Perspectivas del trabajo en México*, UNAM, México, 2010, p. 258.

También es cierto, y como lo hemos mencionado anteriormente, que la triangulación en las relaciones laborales, representa una forma novedosa de organización productiva, pero ninguna circunstancia justifica la aplicación mínima de la normatividad laboral que puede representar una falta de generación de derechos. Esta estrategia de organización debe y puede beneficiar a todos los involucrados; el asunto es dejar de lado los intereses meramente empresariales y tener una visión general que permita ver a este fenómeno como una herramienta de desarrollo y no como el justificante para reducir gastos en la mano de obra. La organización productiva es y seguirá evolucionando, lo importante es la forma en que la aprovechemos.

Para hablar de triangulación de las relaciones laborales, como una forma de organización empresarial y no como una herramienta para disminuir los derechos de los trabajadores, debemos apuntar a conocer y analizar qué tan secundaria es la actividad para la cual se está descentralizando el servicio. En ese sentido, cuando nos encontramos con la triangulación de la relación de trabajo, en actividades directamente relacionadas con los fines de la empresa, estamos en presencia de un ejercicio abusivo de esta figura que necesita ser regulado.

Como se mencionó al inicio de este apartado, la triangulación de las relaciones laborales genera preguntas en los trabajadores sujetos a esta modalidad. Por lo menos en México, debemos incorporar a lenguaje jurídico laboral los conceptos de subcontratante, trabajador subcontratado, etcétera; para tener una regulación adecuada que impida el menoscabo o la evasión de los derechos laborales, por no identificar quién es el beneficiario y quién el obligado de éstos.

Siguiendo estas ideas, algunas legislaciones y algunos estudios de la OIT, otorgan a las empresas (suministradora y beneficiaria) el carácter de

“responsables solidarios”⁷¹ respecto a las obligaciones con el trabajador. El avance es importante, pero debemos progresar todavía más, pues la solución no es simplemente la denominación, sino la aplicación efectiva de tales reglas.

La determinación de la identidad del empleador y otras partes posibles en las relaciones de trabajo “triangulares”, de los derechos del trabajador y de las personas responsables del cumplimiento de esos derechos, plantea cuestiones jurídicas difíciles de resolver. Sin embargo, el mayor reto estriba en lograr que los trabajadores abarcados en tal relación gocen de las condiciones de trabajo previstas en la ley para los trabajadores sujetos a una relación puramente bilateral o típica, sin que esta circunstancia represente un obstáculo a las iniciativas de modernidad organizacional en los sectores público y privado. Como lo mencionamos anteriormente, este tipo de organización puede traer beneficios a todos.⁷²

En términos más concretos, podemos ubicar el problema, al señalar que “las relaciones laborales triangulares se refieren a aquellas relaciones en que comparecen en una misma situación jurídica tres partes: dos empresas que se vinculan para la prestación de servicios comerciales entre ambas, y el trabajador que en la prestación de servicios subordinados queda posicionado entre ambas.”⁷³ Precisamente ese posicionamiento “entre ambas”, es el reto de regulación para el derecho del trabajo, que hasta el momento en el tratamiento ha dado una respuesta aceptable, pero que en la aplicación merece algunas consideraciones.

⁷¹ Por ejemplo, en el caso mexicano se ha considerado la “responsabilidad solidaria” respecto de las obligaciones con los trabajadores en materia de seguridad social (artículo 15-A de la Ley del Seguro Social).

⁷² Oficina Internacional del Trabajo, *Op. Cit.*, p. 58.

⁷³ Ugarte, José Luis, “Relaciones laborales triangulares: La subcontratación y el suministro de trabajadores en la nueva ley chilena”, en *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, núm. 30, Brasil, 2007, p. 121.

B. Relaciones de trabajo encubiertas

Un gran problema para el derecho del trabajo son las relaciones de trabajo “encubiertas o disfrazadas”, por requerir un análisis muy complejo para determinar la existencia de un vínculo jurídico-laboral y por lo tanto la aplicación de la normatividad en materia del trabajo.

Los “encubridores” han recurrido a figuras contractuales establecidas por la legislación civil y mercantil, para disfrazar a la prestación de un trabajo como una prestación de un servicio independiente. Se han aprovechado la delgada línea existente (en la prestación del servicio) entre un trabajo subordinado y un trabajo independiente, para dar lugar al llamado “fraude laboral” que ha sido considerado por algunas legislaciones como la de Argentina (Artículo 14, Ley N° 20.744) que se refiere a la nulidad de actos de simulación de normas contractuales no laborales.

Para conceptualizar este problema “disfrazar una relación de trabajo significa crearle una apariencia distinta de la que en verdad tiene con el fin de anular, impedir o atenuar la protección que brinda la ley. Se trata pues de una acción destinada a ocultar o deformar la relación de trabajo, dándole otro ropaje mediante una figura jurídica o una forma distinta, en la cual el trabajador gozará de menos protección. Una relación de trabajo encubierta también puede servir para ocultar la identidad del empleador, cuando la persona designada como tal en realidad es un intermediario que libera al empleador de aparecer como parte en la relación de trabajo y, de esta manera, de la responsabilidad que debiera asumir ante su personal.”⁷⁴ Este segundo supuesto, se relaciona con la triangulación de las relaciones laborales que analizamos con anterioridad, y que también implica un encubrimiento de responsabilidades patronales.

⁷⁴ Oficina Internacional del Trabajo, *Op. Cit.*, p. 27.

Al referirnos sobre el encubrimiento de relaciones de trabajo, debemos hablar de tres figuras contractuales, mediante las cuales se realiza esta práctica y que han sido objeto de distintas consideraciones: el contrato de prestación de servicios profesionales, el contrato de comisión mercantil y las sociedades cooperativas.

-*Contrato de prestación de servicios profesionales (CPSP)*.- El Código Civil es el encargado de regular esta figura contractual como una de las formas para adquirir obligaciones. Podemos definir al CPSP como un convenio por virtud del cual un profesor se obliga a prestar a una persona física o moral, un servicio profesional a cambio de una retribución.⁷⁵

Bajo ese esquema se ha buscado el ocultamiento de relaciones laborales, al tratar de considerarlas como una prestación de servicios profesionales y no como una prestación de trabajo subordinado, por lo que “el prestador del servicio” se pone en plano de igualdad jurídica al regir su relación por las disposiciones del Código Civil.

En ese supuesto, cuando se buscaba imputar obligaciones laborales al acreedor del servicio, éste se excepcionaba con la presentación del CPSP, logrando con ello ocultar una relación laboral -si ésta existía- vulnerando la tutela del derecho laboral por no considerar estas situaciones o bien excluirlas expresamente.

La jurisprudencia mexicana ha avanzado en el tratamiento de este tema, al establecer en distintos criterios jurisprudenciales⁷⁶, la obligación de la autoridad

⁷⁵ Buen Unna, Claudia de, “El contrato de prestación de servicios profesionales, vía fraude laboral”, en Kurczyn Villalobos, Patricia y Puig Hernández, Carlos, (Coords.), *Estudios jurídicos en homenaje al doctor Néstor de Buen Lozano*, IIJ-UNAM, México, 2003, p. 169.

⁷⁶ Véase: Tesis: I.9o.T. J/51, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXV, Abril de 2007, p. 1524; Tesis: I.7o.T. J/25, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXV, Abril de 2007, p. 1396; Tesis: I.1o.T. J/52, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXIII, Junio de 2006, p. 1017; Tesis: I.6o.T.

jurisdiccional de analizar los elementos y características de un “CPSP” para determinar si se trata de un contrato civil o del ocultamiento de una relación de trabajo. En concreto, la jurisprudencia mexicana concluye⁷⁷:

- El CPSP se debe estudiar en cuanto a su contenido, además de ser concatenado con el legajo probatorio existente en un juicio laboral;
- Si del estudio de un CPSP encontramos la existencia de la subordinación del prestador de servicios a su contratante, nos encontramos en presencia de un vínculo laboral y éste se tendrá por acreditado;
- La denominación que den las partes al CPSP no determina la naturaleza de los servicios prestados.

Es así como la jurisprudencia mexicana ha tratado de erradicar el ocultamiento de relaciones laborales, por la vía del CPSP. El avance es significativo, pero nuevamente el problema viene a ser la aplicación de la normatividad, por dos factores: La “profesionalización” en el ocultamiento de las relaciones de trabajo, y la delgadez de la línea que separa a la prestación de un servicio profesional de la prestación de un trabajo subordinado.

- *Contrato de Comisión Mercantil (CCM).*- Este contrato encuentra su regulación en el Código de Comercio (Artículos 273-331). En dicho contrato, el comisionista es quien desempeña la comisión mercantil conferida por el comitente, con las respectivas obligaciones relativas a la ejecución o realización de actos de comercio.

J/96, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXX, Agosto de 2009, p. 1479.

⁷⁷ Zavala Gamboa, Oscar, “El trabajo por honorarios en México. Una visión jurisprudencial”, en *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, IIJ-UNAM, México, No. 12, enero-junio de 2011, p. 212.

Dicha figura también ha sido utilizada para ocultar relaciones laborales, pues en la encomienda de “actos de comercio”, los “comitentes” han sometido en varias ocasiones a los “comisionistas” a un grado de subordinación, lo que es inaceptable para la naturaleza jurídica de dicho contrato, donde ambas partes se deben encontrar en un plano de igualdad y en libertad de contratación.

Al igual que en el caso anterior, la jurisprudencia mexicana⁷⁸ ha regulado esta situación al establecer, el mismo criterio de revisión íntegra del contrato, para determinar si verdaderamente estamos en presencia de un CCM o de un contrato de trabajo oculto. En ese orden de ideas y para cumplir con dichos fines, se deberá analizar la capacidad del comisionista para desempeñar la comisión, la independencia o subordinación en que se desarrolle la misma, y la naturaleza de las cláusulas que impongan obligaciones al comisionista.

- *Sociedades Cooperativas.*- Las sociedades cooperativas encuentran su nominación en la Ley General de Sociedades Mercantiles (Artículo 212), pero encuentran su regulación especial en la Ley General de Sociedades Cooperativas (LGSC).

Las sociedades cooperativas representan una forma muy eficiente para simular relaciones distintas a las laborales, pues encontramos una regulación comercial que supera por mucho a lo dispuesto por la legislación laboral en la materia. Por lo que podemos afirmar, que no es complicado ocultar a un trabajador con el disfraz de “socio”, evadiendo las responsabilidades laborales, y haciendo verdaderamente complejo el descubrimiento de una relación de trabajo.

Las “sociedades cooperativas”, por lo menos en México, resultarían eficaces para encubrir relaciones laborales, pues su tratamiento legislativo deja abierto el

⁷⁸ Véase: Tesis: 2a./J. 149/2009, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXX, Octubre de 2009, p. 64.

camino para tal efecto, al considerar el tema del trabajo como una obligación de los socios (Artículo 64 LGSC), sin especificar o establecer las diferencias con el trabajo subordinado. Incluso, se establece la posibilidad de expulsar a un socio, cuando no desempeñe sus labores con la calidad e intensidad requeridas (Artículo 38 LGSC), por lo que un trabajador disfrazado con la investidura de socio, podría ser excluido con relativa facilidad, cuando nos encontramos en presencia de una situación jurídica simulada.

De igual forma, sería complicado interponer un juicio laboral contra una “sociedad cooperativa” (así puesta entre comillas) que tenga armada una adecuada estructura de sociedad mercantil, pues es precisamente al “trabajador” a quien le corresponde la carga de la prueba⁷⁹, y son los propios criterios jurisprudenciales los que deducen que los socios de ninguna forma deben ser considerados trabajadores en una sociedad cooperativa⁸⁰, por ser esto contradictorio a las características propias de este tipo de sociedad mercantil.

Si bien es cierto que la LGSC establece la nulidad de la sociedad y la sujeción a sanciones de otra índole cuando ésta se constituya en medio de la simulación o use indebidamente la denominación (Artículo 10 LGSM); también lo es que el tratamiento jurídico merece varias consideraciones al respecto, para evitar el ocultamiento de las relaciones de trabajo.

C. Trabajo autónomo económicamente dependiente o parasubordinado

Al hablar del trabajo autónomo económicamente dependiente o parasubordinado, nos referimos a una modalidad novedosa de relación de trabajo que en Europa ha tenido un auge importante en los últimos años y ha

⁷⁹ Tesis aislada, Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, 151-156 Sexta Parte, p. 60.

⁸⁰ Tesis aislada, Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, 205-216 Sexta Parte, p. 113.

sido objeto de consideraciones nacionales e internacionales. En este sentido, y por las características del tema, resulta necesaria la realización de algunos comentarios sobre la diferencia entre el trabajo meramente independiente y el trabajo subordinado.

Podemos decir que “el que trabaja de forma independiente se distingue del que ejerce su actividad bajo la dependencia de un tercero. No obstante, esta simplicidad aparente no consigue ocultar el hecho de que el trabajo independiente o autónomo comprende una gran diversidad de situaciones a nivel tanto social como económico que no pueden, sin duda, ser todas tratadas del mismo modo.”⁸¹

Así pues, la relación de servicios será laboral cuando se caracterice por la existencia de una relación de subordinación entre los contratantes, es decir, por una falta de autonomía del trabajador en la ejecución del trabajo, de suerte que la organización del trabajo y la propia ejecución del mismo se encuentre sometida a las órdenes e instrucciones del empleador, a cuyo control y supervisión se halla sometido, estando el trabajador obligado a realizar la actividad, bajo las características que su empleador le indique.⁸²

A ese respecto, hemos hecho bastante referencia cuando analizamos las características de la relación de trabajo “típica”, mediante la cual un trabajador subordinado desempeña su actividad bajo la dirección y órdenes de su empleador, por lo que no cuenta con libertad e independencia respecto a la organización y desarrollo del trabajo, a menos que esa sea una de sus funciones encomendadas, pero siempre estará ante la facultad directiva de su empleador, y a éste le deberá obediencia en las decisiones de gestión

⁸¹ Comité Económico y Social Europeo, *Dictamen: Nuevas tendencias del trabajo autónomo: el caso específico del trabajo autónomo económicamente dependiente*, Bruselas, Bélgica, 29 de abril de 2010, p. 4.

⁸² Martínez Barroso, María de los Reyes, “El trabajo autónomo económicamente dependiente. Reflexiones a raíz del proyecto de ley del estatuto del trabajo autónomo”, en *Anuario de facultade de dereito da universidade da Coruña*, Coruña, España, Núm. 11, 2007, p. 454.

empresarial, por ser el propietario de los materiales de trabajo y responsable de la labor de su operario.

El trabajador autónomo se caracteriza por realizar su función sin recibir órdenes o instrucciones por parte de algún empleador. Así, los resultados del trabajo son responsabilidad directa del trabajador independiente, por lo que no existe ningún vínculo de subordinación, ni sujeción a condiciones de trabajo impuestas. Este trabajo se sujeta a lo dispuesto por la legislación civil, pues las partes se encuentran en un plano de igualdad y de libertad al momento de contratar, por lo que éstas son responsables de establecer las condiciones en que se desarrollará la actividad y las consecuencias del incumplimiento.

Por ello, cuando la prestación del servicio por parte del trabajador autónomo adquiere continuidad o se presta de forma reiterada a un mismo cliente, se van a generar diferentes cuestiones sobre la temporalidad de la relación emprendida, así como a la posibilidad o no de atender al mismo tiempo a otros clientes. Todo esto adquiere importancia cuando ese tipo de servicios se prestan en términos de que el trabajador autónomo adquiere cierta dependencia de pertenecer a esa organización empresarial⁸³ y por lo tanto su plena “autonomía” se ve viciada.

Al tenor de esas consideraciones y como respuesta a cuestiones de identificación de un vínculo laboral, surge lo que se denomina trabajo autónomo económicamente dependiente o parasubordinado, como una modalidad “híbrida” entre el trabajo independiente y la dependencia económica que pueda tener un trabajador de esta naturaleza respecto de un “cliente”.

En España, la Ley 20/2007 del Estatuto del trabajo autónomo (ETA), define como trabajador autónomo económicamente dependiente a: “aquéllos que realizan una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma

⁸³ *Ibidem*, p. 455.

habitual, personal, directa y predominante para una persona física o jurídica, denominada cliente, del que dependen económicamente por percibir de él, al menos, el 75 por ciento de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales”. (Artículo 11.1)

La misma ley señala que el trabajador autónomo económicamente dependiente deberá estar sujeto a un contrato que siempre será por escrito, donde se establezca la dependencia económica, la cual sólo se podrá manifestar respecto de un solo cliente (Artículo 12 ETA).

En Italia se ha regulado el mismo fenómeno, con sus propias características y peculiaridades, que ha sido denominado como “parasubordinación” (*paralavoro* o *lavoro parasubordinato*). El Código de Procedimientos Civiles señala las normas que deberán observarse en las controversias laborales derivadas de: “las relaciones de agencia, de representación comercial y de otras relaciones de colaboración que se desarrollan con las prestación de un trabajo continuo y coordinado, de manera prevalentemente personal, pero sin tener la característica de la subordinación”. (Artículo 409.3)

La regulación italiana ha seguido la línea de “laboralización” del trabajo autónomo en relaciones de carácter profesional prestadas a un solo empleador, como el caso de los abogados empresariales, los contadores de planta, y en general aquellas actividades que se desarrollan con independencia, pero bajo la coordinación de un “cliente” de quien se tiene una dependencia económica. Los alcances de dicha determinación, son todavía muy limitados, pues sólo proveen al trabajador parasubordinado de herramientas procesales para ejercitar su acción ante los tribunales competentes en materia laboral, en contra de su cliente.

Conviene aclarar que la doctrina y la jurisprudencia italiana predominantes no ven a la parasubordinación como un sustitutivo de la subordinación, para

justificar la aplicación del derecho del trabajo en cierta prestación de servicios, sino como factor propio de ciertas categorías de trabajo autónomo que necesitan la tutela de dicha disciplina por ser prevalentemente personales, continuadas y coordinadas por la empresa, y en donde se evidencia una debilidad contractual por parte de quien presta un trabajo.⁸⁴

“Las reflexiones relativas al trabajo autónomo económicamente dependiente responden al deseo de comprender mejor las evoluciones del trabajo autónomo independiente, que, bajo el efecto de profundos cambios tanto económicos como sociales, ha evolucionado más allá de las formas tradicionales de trabajo autónomo reconocidas desde hace tiempo en los países de la Unión Europea. El reconocimiento jurídico de una nueva categoría de trabajadores, intermedia entre la del asalariado, por una parte, y la del trabajador autónomo, por otra, no existe más que en algunos Estados europeos⁸⁵. El objetivo general de las legislaciones nacionales existentes es contribuir a una mejor protección de determinadas categorías de trabajadores sin que tengan por ello que ser asimilados a los asalariados.”⁸⁶

Como hemos podido percibir, estamos en presencia de una *semi-independencia* que se ve reflejada en el terreno del trabajo autónomo y que demuestra la necesidad de ampliar o alargar la noción de subordinación, para incluir actividades, aparentemente autónomas, a la regulación del derecho laboral, logrando una protección adecuada de los trabajadores.⁸⁷

El reto, hablando del trabajo autónomo económicamente dependiente, va más allá de la protección de los trabajadores y la garantía procesal para la

⁸⁴ Ermida Uriarte, Óscar y Hernández Álvarez, Óscar, “Crítica de la subordinación”, en Kurczyn Villalobos, Patricia y Puig Hernández, Carlos, (Coords.), *Estudios jurídicos en homenaje al doctor Néstor de Buen Lozano*, IJ-UNAM, México, 2003, p. 290.

⁸⁵ Al respecto podemos señalar que existe un tratamiento jurídico de este tema en: Alemania, Austria, España, Italia, Países Bajos, Portugal y el Reino Unido.

⁸⁶ Comité Económico y Social Europeo, *Op. Cit.*, p. 1.

⁸⁷ Supiot, Alain (Coord.), *Au-delà de l'emploi: Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*, *Op. Cit.*, pp. 27-36.

defensa de sus derechos; pues éste se refiere más bien, a la correcta aplicación que debe hacerse de este concepto. El tratamiento jurídico y la delgada línea que separa al trabajo autónomo del trabajo parasubordinado, sin lugar a dudas es un aspecto que merece mayores consideraciones, para lograr una protección plena y adecuada de los trabajadores. El derecho del trabajo no debe perder de vista esta situación, esa es su tarea.

D. Trabajo en la economía informal

Si bien es cierto que el trabajo desarrollado en la economía informal no representa un aspecto novedoso en las relaciones de trabajo, también lo es que su creciente desarrollo y expansión ha generado la importancia de regularlo ante la existencia de trabajadores subordinados, cuya dependencia económica viene de este sector.

En los últimos años se registra una consolidación del trabajo en el sector informal, lo que permite reconocer a este fenómeno como un nuevo actor social. La primera concepción de la informalidad fue ligada a la expresión de pobreza y como estrategia para sobrevivir. Hoy en día el sector informal se ha ido identificando en ciertos sectores del mercado, de los que incluso se ha apropiado paulatinamente. Es difícil medir la extensión y el impacto del sector informal, pues estas medidas van a depender del desarrollo económico de cada país; sin embargo, no es temerario afirmar que en América Latina entre una tercera parte y la mitad de los trabajadores se encuentran en la informalidad.⁸⁸

El creciente desarrollo del trabajo informal, se ha ido apropiando de espacios muy específicos dentro del mercado. Incluso nos podemos encontrar con áreas donde la principal oferta en la prestación de servicios o generación de bienes

⁸⁸ Raso Delgue, Juan, *La contratación atípica del trabajo*, Ed. Amalio M. Fernández, Montevideo, Uruguay, 2003, p. 30.

proviene precisamente del sector informal; y peor aún, podemos encontrar en varios países a este sector como única forma de acceder a un empleo.

El gran problema de desempeñar la actividad laboral en este sector, se deriva de la vulnerabilidad a que están sujetos los trabajadores por no contar con la aplicación de la legislación laboral, encontrándonos con condiciones de trabajo que no se apegan a los estándares mínimos establecidos. Todo esto, consecuencia del desarrollo de la actividad al margen de la ley.

La OIT ha tratado de dar seguimiento a este tema proponiendo enfoques de estudio que permitan analizar el tema del trabajo en el sector informal y la protección que los trabajadores requieren, por ser un aspecto fundamental para llegar al “trabajo decente”: “No están reconocidos por la ley y, por consiguiente, reciben poca o ninguna protección jurídica o social, no pueden establecer contratos ni tienen asegurados sus derechos de propiedad. Es raro que puedan organizar una representación eficaz o hacer oír su voz para que se reconozca y proteja su trabajo. Su acceso a la infraestructura y a las subvenciones públicas es limitado o inexistente. Tienen que confiar como pueden en acuerdos institucionales informales, con frecuencia explotadores, para obtener información, acceso a los mercados, créditos, formación o seguridad social. Dependen en gran medida de las actitudes de las autoridades públicas, así como de las estrategias de las grandes empresas formales, su empleo es generalmente muy inestable y sus ingresos muy bajos e irregulares. Están en desventaja competitiva porque no tienen el tipo de influencia como la que pueden ejercer quienes se encuentran en la economía formal, influencia que viola algunas veces una característica esencial de toda economía de mercado como es el acceso libre y equitativo a los mercados sobre la base de la eficacia más que de la influencia.”⁸⁹

⁸⁹ Oficina Internacional del Trabajo, *Informe VI. El trabajo decente y la economía informal*, OIT, Ginebra, Suiza, 90ª reunión, 2002, p. 3

En el caso mexicano, la Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo del tercer trimestre de 2010 indicó que la población que labora en el sector informal llegó a 12.4 millones de personas, lo que representa el 28% de la población ocupada. Esta cifra significó un aumento de 74 mil personas, con respecto al dato de un año anterior.

A nivel internacional, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) publicó en 2009 los datos de su estudio titulado: *“Is informal normal? Towards more and better jobs in developing countries”*, de donde se desprende la importancia que tiene la economía informal en el desarrollo de los países. Un aspecto interesante de este estudio, es la división del sector informal en “agrícola” y “no agrícola”, analizando así, el impacto del sector informal desde dos ángulos que le otorgan una visión general sobre la importancia de este tipo de actividad.

Así pues, las relaciones de trabajo en la economía informal se caracterizan por la precariedad de las mismas, donde el derecho laboral no encuentra su aplicabilidad, por no contar con instituciones que regulen esta actividad. El derecho al trabajo debe estar preocupado por ser el sector informal el que genera los empleos, pues eso habla de una economía débil y de la ineficacia de las políticas públicas en la creación de fuentes de trabajo.

Desde una primera perspectiva, el trabajador informal generalmente no accede a este tipo de trabajo en una primera opción; es más probable que lo haga por ser este el único medio para obtener los ingresos necesarios de manutención. De esta forma el trabajador se enfrenta a circunstancias totalmente contrarias al derecho del trabajo, como jornadas excesivas, bajos salarios, y la inexistencia de prestaciones laborales.

Por otra parte y como lo señalamos con anterioridad, se dice que la informalidad es una “expresión de la pobreza” por los bajos salarios, situación

que no se encuentra del todo sustentada, pues no existe una relación directa, ni quiere decir que en “todos los casos”, un trabajador del sector informal sea más pobre que un trabajador del sector formal, reforzando tal afirmación con la importancia que tiene el sector informal en el desarrollo de los países. Con esto queremos decir que, si bien es cierto que el trabajo informal no es la primera opción de los trabajadores, la segunda perspectiva es señalar que en muchos casos, el acceso a la economía informal, no sólo es la única opción, sino aparentemente es la más adecuada.

En una tercera perspectiva, podemos ver a la economía informal como una forma de autoempleo, generando con ello que las figuras de empleador y trabajador se expresen en una misma persona. Esta circunstancia podría relacionarse con el tema del trabajo independiente, pero sin llegar a consolidar una misma figura. El autoempleo, dentro de la economía informal, seguirá sus propias reglas y seguirá siendo al margen de la ley, a diferencia del trabajo autónomo.

El trabajo en la economía informal, visto desde cualquiera de las perspectivas señaladas, requiere la incorporación de su sistema de protección social para evitar la exclusión de la normatividad laboral en este sector del trabajo. Principalmente –o bien podríamos decir “mínimamente”- estos trabajadores deben tener derecho a la seguridad social, a prestar el trabajo bajo condiciones de seguridad e higiene apropiadas, a la organización colectiva para la defensa de sus derechos, y a una regulación específica de sus condiciones de trabajo. Sólo con esas medidas, podríamos tener una regulación apropiada del trabajador en la economía informal y con eso evitar una serie de abusos en su perjuicio.

La economía informal es sin lugar a dudas, un medio que permite acceder a una fuente de trabajo a sectores de la población que pudieran no tener otra forma de acceso. En ese sentido, podemos encontrar en este sector a un grupo

de trabajadores que requieren una protección especial, tal es el caso de los menores, las mujeres, las personas con discapacidad y los adultos mayores; que son quienes son mayor objeto de abusos en el mercado de trabajo.

3. Nacimiento de las formas atípicas de contratación individual

La consideración hecha por el profesor Carlos Reynoso Castillo nos parece interesante: “Muchas han sido las denominaciones utilizadas para simbolizar el fenómeno que nos ocupa: contratación precaria, contratación flexible, trabajo atípicos, pluralidad o nuevas modalidades de contratación individual; en todos los casos se trata, o bien de situaciones que escapan al derecho del trabajo, o bien al rompimiento del esquema tradicional de contratación que daba al tiempo indeterminado un papel relevante.”⁹⁰

Hemos analizado algunas de las relaciones de trabajo que han aparecido en la actualidad, bajo modalidades que hacen mutar completamente a la relación de trabajo “típica” y que en muchos casos representan la regla en materia de relaciones laborales. En ese sentido y bajo esas nuevas modalidades, han surgido nuevos esquemas contractuales en el mundo del trabajo que necesitan una revisión a fondo para evitar la precarización del contrato de trabajo.

En el presente apartado abordaremos primeramente el tema de la “tipicidad” o las características que se consideran típicas de una relación laboral; específicamente aplicadas al ámbito del contrato de trabajo. Esto tiene la intención de revisar el panorama que venía siendo la regla en materia de contratación individual de trabajadores.

En la segunda parte, analizaremos las circunstancias y características en que se ha venido desarrollando un nuevo esquema de contratos de trabajo, que

⁹⁰ Reynoso Castillo, Carlos, “Sobre las nuevas contrataciones laborales”, en Kurczyn Villalobos, Patricia (Coord.), *Relaciones laborales en el siglo XXI*, 1ª reimpresión, STPS-UNAM, México, 2001, p. 59.

son novedosos, y que en muchas ocasiones parecen atentar -o lo hacen- contra los derechos de los trabajadores, justificando tal situación en aspectos de carácter económico y retomando las posturas seguidas por las nuevas relaciones de trabajo.

Como lo señalamos desde el primer capítulo, el contrato de trabajo como una de las formas de generar la relación laboral, es el principal instrumento para desprender al vínculo jurídico-laboral. En este sentido, el nacimiento o la aparición de nuevas modalidades contractuales, viene a representar un reto más para el derecho del trabajo que busca una efectiva aplicación de la legislación laboral a las relaciones contractuales, y con ello lograr una adecuada regulación en contratos que, en la mayoría de los casos, buscan excluir a la normatividad laboral.

A. La tipicidad de los contratos de trabajo

El trabajo que puede considerarse como típico, es el trabajo subordinado, como se ha conocido tradicionalmente: trabajadores a tiempo completo, actividad personal con funciones definidas y bajo la subordinación jurídica del empleador. Su principal característica es que las normas que lo regulan atribuyen diversos beneficios a los trabajadores (licencia, sueldo anual complementario, indemnizaciones en caso de despido, cobertura amplia de la seguridad social).⁹¹

El contrato de trabajo típico, se caracteriza por la identificación plena de los elementos de la relación laboral, analizados con anterioridad. Estos elementos se relacionan con las características “típicas” del trabajo que señala el profesor Juan Raso Delgue, y a las cuales podríamos añadir a la empresa como centro de trabajo, al tiempo indeterminado como regla de las contrataciones laborales y a la plena identificación del empleador.

⁹¹ Raso Delgue, Juan, *Op. Cit.*, p. 32.

La legislación laboral mexicana contempla las características del contrato de trabajo en su duración (por tiempo determinado, tiempo indeterminado y obra determinada) y los casos en que el trabajo, por su naturaleza, se realizará en modalidades especiales (trabajos especiales). Ni los primeros, ni los segundos escapan de la regulación del derecho del trabajo, por lo que ambos se encuentran sujetos a las disposiciones generales de la materia. Debiendo añadir que la LFT al establecer un catalogo de trabajos especiales, parece limitar dicha lista, lo que es inaceptable, pues las diferentes modalidades del trabajo podrían enumerarse en una lista interminable, lo que no es factible ni tiene mucha utilidad⁹².

Podemos afirmar que el trabajo típico es el escenario deseado por el derecho del trabajo, pues es el campo idóneo para la aplicación de la normatividad laboral. Situación que en un inicio así fue, pero que hoy en día y con las transformaciones del contrato de trabajo, pareciera que nuestra disciplina no encuentra la regulación idónea en muchos casos, y peor aún, hay otros en los cuales ni siquiera se contempla la aplicación del derecho laboral.

B. La atipicidad de los contratos de trabajo

Se le dará el carácter de atípico, al contrato de trabajo que dentro de su estructura carezca de uno o más de los elementos típicos, es decir: a) que no sea a tiempo completo; b) que no se cumpla dentro de los límites de la jornada máxima; c) que su duración no sea indefinida; d) que sea prestado bajo la

⁹² Para ver algunas posiciones de crítica a los trabajos especiales, véase: Kurczyn Villalobos, Patricia, "Trabajos especiales", en Kurczyn Villalobos, Patricia (Coord.), *Evolución y tendencias recientes del derecho del trabajo y de la seguridad social en América*", UNAM, México, 2006, pp. 317-344.

subordinación de persona distinta a la que abona la remuneración; o e) que se realice fuera del centro de trabajo del empleador.⁹³

Las características del trabajo atípico, así como se han señalado, tendrán inmerso el carácter de la flexibilidad laboral, como una tendencia en materia de contratación individual de trabajadores. Esta circunstancia la hemos abordado previamente, pero conviene apuntar que los contratos atípicos de trabajo son la expresión de la flexibilidad aplicada a las relaciones laborales.

En ese orden de ideas, nos parecen apropiados los criterios señalados por el profesor Mario Pasco Cosmópolis, para plantear la atipicidad, y que nos permitimos transcribir⁹⁴:

- Por la duración del contrato, distinguiendo entre los contratos que son temporales por su propia índole o naturaleza, como sucede con construcción civil o el trabajo de artistas y deportistas, y los que son temporales por condiciones de su estipulación.
- Por la extensión de la jornada de trabajo, acogiendo las formas más frecuentes de atipicidad, como el trabajo a tiempo parcial (*part-time*), las jornadas acumulativas, y otras modalidades.
- Por el lugar de trabajo: el trabajo a domicilio tradicional se manifiesta hoy de maneras novedosas, por ejemplo, el teletrabajo.
- Por la índole del empleador: subcontratación e intermediación.

La característica de “atipicidad”, bajo algunos de los criterios señalados, se ha convertido en un ejercicio muy común en el mundo de los contratos de trabajo. Diversas son las legislaciones que han dado una regulación a este tipo

⁹³ Pasco Cosmópolis, Mario, “Contratos de trabajo, economía informal y empresas de mano de obra”, en Kurczyn Villalobos, Patricia (Coord.), *Decimocuarto encuentro Iberoamericano de derecho del trabajo*, UNAM, México, 2006, p. 68.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 69.

de contratos con la intención de abarcar y principalmente hacer valer al derecho laboral frente a estos nuevos esquemas contractuales.

La necesidad de una adecuada regulación de este tema, sobra decirlo, es por demás necesaria. Al menos en nuestro país, la realidad ha superado por mucho a lo establecido por la legislación, siendo una circunstancia no permisible cuando hablamos de la protección de los trabajadores como el fin máximo de derecho laboral.

Las causas de la atipicidad, los avances en la tecnología, los cambios en la economía y la evolución de las sociedades, están continuamente cambiando. El derecho del trabajo debe entender y regular los nuevos contratos de trabajo como expresión de las nuevas relaciones laborales. Sin que éstos impliquen la generación de relaciones de trabajo precarias, en donde los trabajadores, a pesar de laborar, dadas las características del trabajo prestado, se conviertan en trabajadores pobres. Para lo cual, debemos revisar en el derecho comparado del trabajo, si esto sucede así, ya que ninguna circunstancia de ninguna índole (reducción de costos en la empresa, acceso a mercados de trabajo, etcétera) justifica una precarización de los contratos de trabajo, pues más que arreglando un problema, estaríamos generando un mal mayor por los costos sociales que eso conlleva.

CAPÍTULO III. LOS NUEVOS CONTRATOS DE TRABAJO

Las nuevas relaciones de trabajo o las transformaciones que ha sufrido la formación del vínculo jurídico-laboral, han traído como consecuencia la aparición de modalidades contractuales muy diferentes a las consideradas como “típicas” por el derecho del trabajo y que habían sido objeto de regulaciones más o menos similares por los diferentes ordenamientos laborales. Dichas “novedades” están siendo reguladas debido al impacto y su importancia, pero sobre todo por el incremento en la utilización de éstas.

Hoy día nos encontramos con contratos de trabajo que en muchos casos ponen en entredicho la función misma del derecho laboral, pues parecen buscar una disminución en los derechos de los trabajadores, bajo el argumento de adaptación a las necesidades de un nuevo mundo de trabajo⁹⁵. Estas necesidades -provenientes de factores como la economía, los avances tecnológicos, la evolución de la sociedades, etcétera- no encuentran una correlación con los derechos de los trabajadores, cuya protección está siendo vista como un obstáculo.

Tal y como lo hemos mencionado, el problema no es la aparición de nuevos contratos de trabajo, sino la poca imaginación que ha tenido el derecho laboral al tratar de regular este fenómeno. Como revisamos en nuestro primer capítulo, el derecho del trabajo y específicamente el contrato de trabajo, aparecieron para regular una problemática generada en la contratación de trabajadores, donde la clase obrera era objeto de un sinnúmero de abusos por parte de los empleadores. En la actualidad, el derecho laboral no está regulando los contratos de trabajo con las intenciones que fundamentan su existencia⁹⁶, pues

⁹⁵ Al respecto véase: Morin Marie-Laure, “El derecho del trabajo ante los nuevos modos de organización de la empresa”, *Revista Internacional del Trabajo*, Vol. 124, No. 1, Ginebra, Suiza, 2005, pp. 5-30.

⁹⁶ La necesidad de la existencia misma del derecho del trabajo ha sido planteada en varios debates, de donde se desprende la función que debe cumplir el derecho laboral, en específico en materia de contratación de trabajadores y que debe apuntar hacia la protección de éstos. Al

en muchos casos dicha disciplina o se aplica de forma inadecuada, o simplemente no lo hace.

Debemos puntualizar que no todas las modalidades contractuales de aparición reciente han atentado contra los derechos de los trabajadores, pues existen algunos ejemplos donde la aparición de éstas ha servido como medio “alternativo” para ofrecer fuentes de trabajo a sectores de la población que no pueden encuadrarse en un mercado de trabajo “tipo” por diferentes circunstancias. Esta situación ha mejorado las políticas de acceso al empleo que en otros tiempos habían sido muy limitativas y demasiado generales.

Siguiendo este orden de ideas y tomando en cuenta que en el capítulo anterior analizamos la *atipicidad* en los contratos de trabajo, en el presente aplicaremos esos criterios a los contratos, para describir algunas de las modalidades contractuales que están apareciendo, principalmente en la legislación comparada, pues el ordenamiento jurídico mexicano se ha quedado muy atrás al respecto⁹⁷, aunque eso no signifique que en nuestro país éstos no existan. Cabe aclarar que algunos de los contratos que se van a señalar, ya tienen o han tenido un tratamiento jurídico, la novedad que presentan es el aumento en la utilización los mismos.

A manera de advertencia, debemos señalar que siempre que se hace un listado se corre el riesgo que nos falte algún elemento por enumerar; por esta razón conviene aclarar que en el presente estudio revisaremos algunos de los nuevos contratos de trabajo que mayor impacto y desarrollo han tenido en los diferentes ordenamientos jurídicos. De ninguna manera queremos decir que esta lista sea definitiva o contenga la totalidad de contratos de trabajo, y francamente podemos afirmar que esa labor es imposible, pues encontramos

respecto: Supiot, Alain, “Pourquoi un droit du travail?”, *Droit Social*, No. 6, Francia, junio de 1990, pp. 485-492.

⁹⁷ Precisamente el tema del incremento en las modalidades contractuales ha sido uno de los principales debates en torno a los intentos de reforma laboral en México en los últimos años.

modalidades contractuales que ni siquiera están consideradas en una disposición jurídico-laboral, sin que esto sea motivo suficiente para no dotar a los trabajadores de una protección por parte del derecho del trabajo.

Nuevamente el derecho del trabajo se encuentra en una verdadera lucha para justificar la necesidad de su nacimiento, en un escenario donde los contratos de trabajo tienen grandes efectos no sólo en el ámbito jurídico, pues la economía y la sociología han resentido este cambio que apunta más hacia una precarización de las relaciones de trabajo escondida detrás del argumento de “modernización empresarial” que si bien no es ignorado por nuestra disciplina, tampoco se le ha dado el tratamiento necesario.

Todos estos cambios, ya son una realidad y no sólo la doctrina sobre relaciones laborales está teniendo problemas de conceptualización; también a la hora de aplicar el derecho del trabajo, particularmente el derecho procesal del trabajo, las complicaciones empiezan a ser preocupantes y los procesos laborales ineficientes.

En el presente trabajo haremos referencia a las legislaciones que mayor tratamiento han dado a los contratos que se analizan; señalando que en varios casos, las legislaciones regulan algunos contratos y a otros no, dejando la necesidad –según el país- de incorporar nuevas figuras en los distintos ordenamientos.

1. Contratación temporal del trabajo

Al hablar de la temporalidad, como uno de los factores de atipicidad en la contratación laboral, nos referimos a la influencia de la flexibilidad⁹⁸ en la duración de los contratos laborales que se expresa en la adecuación de la

⁹⁸ Cfr. Monereo Pérez, José Luis y Moreno Vida, Ma. Nieves, “Las Empresas de trabajo temporal en el marco de las nuevas formas de organización empresarial”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, No. 28, España, 2004, p. 44.

prestación del trabajo a las diversas necesidades de las empresas; aunque no debemos omitir que en varios casos la temporalidad de las relaciones de trabajo se ha sujetado a las necesidades del mismo trabajador que le han permitido acceder o mantenerse en una fuente de trabajo, y en otros casos demostrar su capacidad para obtener un empleo.

La temporalidad, como elemento de un contrato de trabajo, se venía caracterizando por establecer relaciones laborales de duración indefinida, es decir, de un vínculo que se sujetaba a la propia existencia de la fuente de trabajo, donde el trabajador gozaba de una plena *estabilidad laboral* por su permanencia en el empleo, cuya separación sólo podía darse por una causa justificada o por renuncia, y en cada caso recibir las prestaciones correspondientes.

Las excepciones a la regla general de duración de las relaciones de trabajo aparecieron como consecuencia de la naturaleza específica de cada labor realizada; así cuando un trabajo requería la prestación de un servicio de forma temporal, se recurría a la contratación de mano de obra por tiempo determinado, aunque en cualquier caso siempre fue considerada sólo para circunstancias muy específicas y sujetándose a lo dispuesto por la ley que contemplaba algunos supuestos para dar lugar a este tipo de contratación.

Actualmente, aunque las legislaciones laborales al contemplar el contrato de trabajo por tiempo determinado hacen referencia a la contratación de trabajadores de forma temporal, lo cierto es que el incremento en la utilización de este tipo de contrato empieza a encaminarse a la generalidad de establecer plazos en la duración de las relaciones laborales, de ahí su naturaleza atípica y la necesidad en la ampliación de su regulación.

La temporalidad en los contratos de trabajo, en nuestra perspectiva, ofrece al trabajador cierta certeza sobre la duración de su relación laboral, y en ese

sentido, a pesar de la atipicidad en la contratación y lo deseable que es la contratación por tiempo indeterminado, la contratación temporal del trabajador le permite una organización previa ante la inminente separación de su empleo, pues la duración determinada del trabajo se establece o debería hacerlo desde el inicio del vínculo jurídico-laboral. Evidentemente esto representa sólo una pequeña “ventaja” –si se le puede llamar de esa manera- ante las tendencias del mercado de trabajo, la inestabilidad en el empleo y los altos índices de desempleo.

Por otra parte, la temporalidad del contrato de trabajo ha servido como medio de reducción de “gastos” cuando un trabajador es separado de su empleo, pues el objetivo es buscar la minimización de las prestaciones laborales que se obtienen con motivo de la antigüedad. En general, los empresarios que buscan la utilización de contratos laborales atípicos por temporalidad, tienen la intención de adecuar las necesidades de la empresa a las necesidades del mercado⁹⁹ que exige la búsqueda de una reducción en los costos de la producción.

A. Contrato de trabajo a prueba

Podemos considerar al trabajo a prueba como una fase intermedia entre la solicitud del empleo y la obtención de la fuente de trabajo, pues en esta modalidad, la temporalidad atiende a la necesidad del empleador de verificar las aptitudes y actitudes del trabajador sin que exista la contratación definitiva del mismo; en ese sentido, es igualmente factible el hecho de considerar que una

⁹⁹ Sobre este tema, véase: Laborda, Anna, “El comportamiento de los empleadores ante el fenómeno de la temporalidad”, *Revista de Economía Laboral*, No. 5, España, 2008, pp. 33-49. Donde se hace un interesante análisis del impacto de la temporalidad en los contratos de trabajo y su influencia en las organizaciones empresariales.

persona se encuentra “profesionalmente calificada”¹⁰⁰ o no para determinado empleo y tomas las medidas correspondientes.

Jurídicamente, a esta fase intermedia se le conoce como *periodo a prueba*, que en el ámbito del contrato de trabajo viene a ser el periodo durante el cual el empleador y el trabajador buscan el conocimiento y la exploración, basado en la experiencia, de las condiciones contractuales que regirán en la prestación de un trabajo; dicha experiencia se logra experimentando con la realización del trabajo tal y como deberá desarrollarse si el periodo a prueba es satisfactorio.

En la legislación comparada del trabajo, podemos encontrar una regulación especial para este tipo de contratación, por ejemplo, en el caso de Argentina, que en nuestra opinión es una de las legislaciones más completas al respecto, la Ley No. 20.744 establece en su artículo 92 bis: “El contrato de trabajo por tiempo indeterminado, excepto el referido en el artículo 96, se entenderá celebrado a prueba durante los primeros tres meses de vigencia. Cualquiera de las partes podrá extinguir la relación durante ese lapso sin expresión de causa, sin derecho a indemnización con motivo de la extinción, pero con obligación de preavisar según lo establecido (...)”.

Como podemos observar y atendiendo a la naturaleza misma de este tipo de contratación, el período a prueba faculta a las partes para dar por terminada la relación de trabajo sin ninguna consecuencia de derecho. Evidentemente, el uso abusivo y fraudulento de este contrato es factible, por esto la misma legislación argentina contempla una serie de reglas que parecen estar dotadas de buenas intenciones en la protección de los trabajadores:

- *Contrato a prueba único.*- Un empleador no puede contratar a un mismo trabajador más de una vez utilizando el período de prueba. De hacerlo se

¹⁰⁰ Cfr., Lacavex Berumen, María Aurora, *et al.*, “Recepción de las nuevas formas de contratación laboral en México”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, No. 12, Enero-Junio, IJ-UNAM, México, 2011, p. 16.

considerará de pleno derecho, que el empleador ha renunciado al período de prueba.

- *Sanciones.*- El uso abusivo del período de prueba con el objeto de evitar la efectivización de trabajadores será pasible de las sanciones previstas en los regímenes sobre infracciones a las leyes de trabajo. En especial, se considerará abusiva la conducta del empleador que contratare sucesivamente a distintos trabajadores para un mismo puesto de trabajo de naturaleza permanente.
- *Registro del trabajador.*- El empleador debe registrar al trabajador que comienza su relación laboral por el período de prueba. Caso contrario, sin perjuicio de las consecuencias que se deriven de ese incumplimiento, se entenderá de pleno derecho que ha renunciado a dicho período.
- *Derechos sindicales del trabajador.*- Las partes tienen los derechos y obligaciones propias de la relación laboral, con las excepciones que se establecen en la misma ley. Tal reconocimiento respecto del trabajador incluye los derechos sindicales.
- *Aportación a la seguridad social.*- Las partes están obligadas al pago de los aportes y contribuciones a la seguridad social.
- *Riesgos de trabajo.*- Durante el período a prueba, el trabajador tiene derecho a las prestaciones por accidente o enfermedad del trabajo.
- *Derechos adquiridos.*- El período de prueba, se computará como tiempo de servicio a todos los efectos laborales y de la seguridad social.

Particularmente en este tema, la disparidad entre las legislaciones se encuentra en la duración del período a prueba, por ejemplo y como lo hemos señalado, Argentina contempla un período a prueba por tres meses (plazo idéntico en legislaciones como la Ecuador y Perú); sin embargo, otras legislaciones como la de España, contemplan varios supuestos para esta duración, cuya principal fuente es lo estipulado en los convenios colectivos, aunque los máximos se encuentran establecidos en el artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores: “(...) En defecto de pacto en Convenio, la duración del

período de prueba no podrá exceder de seis meses para los técnicos titulados, ni de dos meses para los demás trabajadores. En las empresas de menos de veinticinco trabajadores el período de prueba no podrá exceder de tres meses para los trabajadores que no sean técnicos titulados”.

Otro ejemplo donde la duración del período a prueba es variable es el caso francés donde el Código del Trabajo contempla un periodo a prueba tanto en la contratación por tiempo determinado (artículo L1242-10), como en la contratación por tiempo indeterminado¹⁰¹ (artículo L1221-19). En este segundo supuesto se establece un periodo a prueba de 2 meses para los obreros y empleados, de 3 meses para los técnicos y de 4 meses para los ejecutivos, dicho periodo puede ser renovado por una sola vez (artículo L1221-21).

En nuestro país, los criterios jurisprudenciales son determinantes al momento de señalar la inexistencia de los contratos de trabajo a prueba¹⁰², pues los empleadores habían abusado en la utilización de una figura no incluida en la legislación laboral vigente.

B. Contrato de temporada

En la práctica se le ha dado al trabajo por temporada o de zafra un enfoque similar a otros conceptos, como el de trabajo temporal. En esencia ambos conceptos son ejemplos de la relación de trabajo atípico, sin embargo el contrato temporal se refiere a la contratación de un trabajador por tiempo

¹⁰¹ En el caso Francés, el Código del Trabajo contempla otros períodos a prueba más específicos: En los contratos temporales de trabajo, el periodo a prueba puede durar de 2 a 5 días, dependiendo el caso (artículo L1251-14 y L1251-15); en el caso de los agentes comerciales se pueden contemplar un periodo a prueba no superior a tres meses (artículo L7313-5).

¹⁰² Tesis Aislada, Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, Cuarta Sala, 133-138 Quinta Parte, p. 18. Amparo directo 867/79, Bernabé Terán Román, 17 de marzo de 1980. Tesis: VI.2o.45 L, Novena Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, IV, Agosto de 1996, p. 649.

determinado en su sentido genérico¹⁰³, mientras que el contrato de temporada está ligado a la periodicidad de determinadas actividades, vinculadas básicamente a determinadas épocas del año¹⁰⁴.

La legislación mexicana retoma parcialmente este enfoque y considera a este tipo de contratación dentro de la LFT, otorgando explícitamente a ese tipo de trabajadores algunas prestaciones de ley, como el caso de las vacaciones (artículo 77). El caso mexicano es un claro ejemplo de las necesidades en el avance de la ley para regular esta problemática, pues no es exacta en el tratamiento que hace sobre esta modalidad de trabajo, ya que no contempla un concepto o noción específico y se requiere de la interpretación legal para ubicar a un trabajador por temporada en una relación de trabajo¹⁰⁵. Si bien es cierto que el término “temporada” se incluye en el tratamiento de algunos trabajos especiales (caso de los deportistas profesionales, de los actores y de los músicos), lo cierto es que el enfoque es distinto, pues la preocupación debe recaer sobre otro tipo de trabajadores como los del campo y los vendedores.

En el análisis de la legislación comparada, Argentina contempla el concepto de trabajo de temporada en el artículo 96 de la Ley No. 20.744: “Habrá contrato de trabajo de temporada cuando la relación entre las partes, originada por actividades propias del giro normal de la empresa o explotación, se cumpla en determinadas épocas del año solamente y esté sujeta a repetirse en cada ciclo en razón de la naturaleza de la actividad”.

La legislación Argentina es muy específica al momento de conceptualizar al trabajo de temporada, sujetándolo a características tan propias, que por lo menos en la ley, ofrecen al trabajador una forma de protección ante los abusos

¹⁰³ Enfoque considerado por la LFT que contempla a la contratación temporal del trabajador (artículos 7, 37-1, 132-XI y 156).

¹⁰⁴ Raso Delgue, Juan, *Op. cit.*, p. 115.

¹⁰⁵ La jurisprudencia mexicana incluye al “trabajo de temporada” dentro de su clasificación: Tesis: I.3o.T.142 L, Novena Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXIV, Septiembre de 2006, p. 1527.

que se pudieran dar de esta figura. En ese sentido, retomamos tres características fundamentales de este tipo de contratación:

- *Actividad propia de la empresa.*- La empresa que contrate trabajadores por temporada debe hacerlo para labores exclusivas de su propia actividad, por lo que no cabría la posibilidad de recurrir a este tipo de contratación en la realización de actividades periféricas.
- *Naturaleza temporal.*- Se debe justificar que las actividades que dan lugar a este tipo de contratación, se presentan solamente en determinadas temporadas y bajo ese supuesto se requiere personal bajo esta modalidad.
- *Periodicidad.*- Un trabajo que requiera este tipo de contratación, no aparece repentinamente, sino que se encuentra justificado por las circunstancias que se han venido dando con anterioridad. Este supuesto atiende a la naturaleza de la actividad, por ejemplo una empresa de regalos normalmente requerirá de trabajadores temporales en época navideña (sean de nueva incorporación o trabajadores de la misma empresa que se contraten en condiciones especiales para esa temporada).

El mismo ordenamiento argentino contempla una serie de obligaciones para el empleador que realice este tipo de contratación, como el aviso a los trabajadores de que se recurrirá a esta modalidad (artículo 98), y la indemnización debida a un trabajador en caso de despido sin causa en la temporada que se encuentre laborando (artículo 97).

En el supuesto específico del trabajo temporal en el campo, el Código del Trabajo chileno señala en su artículo 93: “(...), se entiende por trabajadores agrícolas de temporada, todos aquellos que desempeñen faenas transitorias o de temporada en actividades de cultivo de la tierra, comerciales o industriales

derivadas de la agricultura y en aserraderos y plantas de explotación de madera y otras afines”.

Siguiendo las consideraciones hechas con anterioridad, el trabajo por temporada en el campo debe atender a las necesidades que se generan en determinada época y que requieren de este tipo de contratación. En ese sentido y buscando proteger a este tipo de trabajadores, el mismo ordenamiento chileno obliga al empleador a proporcionar al trabajador condiciones adecuadas e higiénicas de alojamiento y de alimentación; servicio de transporte si es el caso; y medidas de seguridad e higiene en el trabajo. Todas estas obligaciones serán a costa del empleador y no serán compensables en dinero ni constituirán en ningún caso remuneración (artículo 95).

Por las características del trabajo por temporada, la protección social de los trabajadores es una necesidad que debe ser atendida. Sin lugar a dudas el medio idóneo para esto es tener un contrato de trabajo¹⁰⁶ que permita la plena identificación de la labor que se está realizando, para garantizar la aplicación del derecho del trabajo a esta modalidad de relación laboral; pero lo más importante es que la misma legislación contemple lo necesario para establecer un vínculo jurídico-contractual apropiado.

C. Trabajadores eventuales

La expresión *eventual* se suele utilizar para significar, aunque imprecisamente, que el trabajador no es fijo, pero en términos jurídicos, la causalidad de los contratos de trabajo es en esta modalidad específica en la

¹⁰⁶ Véase: Hernández, Héctor y Rodrigo, Montero, *Cobertura de la protección social para los trabajadores de temporada: Análisis y propuestas*, Oficina Subregional de la OIT para el Conosur de América Latina, Chile, 2004.

que se presenta más rotundamente,¹⁰⁷ por lo que una delimitación conceptual no sería exacta.

En el caso mexicano, la LFT es incompleta al momento de regular esta modalidad contractual, pues si bien contempla la denominación (artículos 49-V y 127-VII), lo cierto es que en ningún lado encontramos un tratamiento general sobre ésta, siendo los ordenamientos en materia de seguridad social los que plantean algunas consideraciones más amplias, pero sólo lo hacen en el sentido de establecer una mera clasificación¹⁰⁸, sin hacer un desarrollo temático al respecto.

En España, el Estatuto de los Trabajadores incluye la existencia de contratación de trabajadores eventuales como una modalidad del trabajo a tiempo determinado (artículo 15.1.b), atendiendo a la conceptualización hecha en otros ordenamientos, y sujetándose a las actividades que hayan sido especificadas en los Convenios Colectivos. Al respecto, el Real Decreto 2720/98 establece en su artículo 3: “El contrato eventual es el que se concierta para atender exigencias circunstanciales del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos, aún tratándose de la actividad normal de la empresa”.

En esos términos, prácticamente las necesidades de la empresa serán el justificante para recurrir a la contratación de trabajadores eventuales pero, como lo hemos señalado, atendiendo a las especificaciones de los Convenios Colectivos y por el tiempo específicamente determinado¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Moltó García, Juan Ignacio, *La nueva contratación laboral*, Editorial Montecorvo, Madrid, España, 1999, p. 47.

¹⁰⁸ Los criterios jurisprudenciales hacen referencia al término “trabajador eventual” como aquellos del campo, por lo que el enfoque es bastante limitado y confuso: Tesis: 2a. CIII/2005, Novena Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXII, Septiembre de 2005, p. 539.

¹⁰⁹ En el caso español, el citado Real Decreto 2720/98, establece que la duración para el contrato eventual -por circunstancias de la producción- será máximo de seis meses en un período de doce (artículo 2.b).

La Ley No. 20.744 de Argentina va más allá de la conceptualización española y añade un par de elementos que nos parecen fundamentales: *exigencias extraordinarias y transitorias de la empresa* (artículo 99), lo que permite encuadrar sólo ciertos supuestos y establecer un coto al utilizar esta modalidad y tratar de evitar un abuso.

Así pues, la utilización de esta modalidad se justifica en el incremento de las necesidades de la actividad de la empresa, derivada de situaciones extraordinarias que no se suponen permanentes ni periódicas. Este carácter transitorio o presumiblemente transitorio de las necesidades productivas constituye la causalidad de este contrato como excepción al carácter indefinido de la contratación laboral de las actividades normales de la empresa.¹¹⁰

2. Contratación descentralizada del trabajo

Como mencionamos en el capítulo anterior, la modernización en la organización empresarial ha tenido como denominador común la descentralización en la prestación del trabajo, es decir, llevar fuera de la empresa ciertos procesos productivos y por ende necesitar trabajadores que desempeñen esas labores. Esta peculiaridad se ha desarrollado durante varios años, pero últimamente ha aparecido con un apogeo que empieza a ser una regla, por lo que el derecho del trabajo debe estar en alerta para evitar un menoscabo en los derechos de los trabajadores.¹¹¹

Las causas de la descentralización atienden a las diversas ópticas desde las cuales son analizadas. Desde la perspectiva económica y empresarial, entre las posibles causas de la descentralización se mencionan: a) la reestructuración económica, b) el aumento de la competencia comercial que determina la

¹¹⁰ Moltó García, *Op. cit.*, p. 50.

¹¹¹ Cfr. Menéndez Calvo, Remedios, "La descentralización productiva como modelo emergente de flexiseguridad", *Relaciones laborales*, No. 15-16, Año XXIII, Agosto, España, 2007, pp. 135-142.

necesidad de reducir costos, c) la revolución tecnológica, d) la necesidad de adaptarse a los cambios del mercado, e) el desempleo y la debilidad sindical, f) la armonización de las plantillas laborales según las necesidades organizativas de la empresa, g) la eficiencia técnica, y h) el perfeccionamiento del producto final.¹¹²

En ese sentido, la descentralización ha aparecido como la panacea de los empresarios en materia de competitividad, pues les ha permitido un desarrollo económico a nivel empresarial; sin embargo, y desde la perspectiva de los trabajadores, esto ha generado relaciones laborales tan confusas que en muchos casos dejan fuera al derecho laboral por inaplicable.

Concretamente, podemos definir a la descentralización como toda externalización o desplazamiento hacia entidades empresariales autónomas o independientes de funciones o actividades del ciclo productivo que previamente se desarrollaba por una misma empresa. Con ello se pretende aglutinar tanto a la descentralización que implique una intervención en una fase del proceso productivo de una empresa externa (externalización); como a la descentralización que suponga un desplazamiento a nivel interno de las funciones que dejan de realizarse, por tanto, siendo una empresa filial, de nueva creación o ya existente, la que desarrolla tales funciones.¹¹³

El señalamiento anterior ejemplifica la complejidad de una descentralización productiva que implica una reestructuración del aparato empresarial para atender a las funciones que quedan y organizarse respecto de las externalizadas. Esto quiere decir que las labores, objeto de la descentralización, deben ejecutarse de forma armónica con las actividades de la empresa, en caso contrario,

¹¹² Ermida Uriarte, Oscar y Natalia, Colotuzzo, *Descentralización, tercerización, subcontratación*, Oficina Internacional del Trabajo, Proyecto FSAL, Lima, Perú, 2009, p. 17.

¹¹³ Del Rey Guanter, Salvador y Manuel Luque Parra, "Descentralización productiva y relación laboral: escisión de empresas", *Revista de la facultad de derecho de la Universidad Complutense*, No. 23, Madrid, España, 1999, p. 246.

estaríamos en presencia de un modelo desorganizado que no tendría mucha utilidad.

Desafortunadamente para los trabajadores, la mayoría de las empresas lejos de motivar e impulsar el alto desempeño del trabajo por medio de una organización empresarial adecuada, han optado por tomar el criterio de considerar al trabajador como un mero objeto que puede ser reemplazado por otro de los que abundan en el agresivo mercado de trabajo de la actualidad.¹¹⁴

En lo concerniente al estudio, son diversas las disciplinas que analizan este fenómeno; incluso desde el derecho, las perspectivas de análisis son múltiples, pues sus implicaciones se dan en materia civil, mercantil, laboral y fiscal, haciendo verdaderamente complicado establecer un criterio uniforme. Es por esto, que el análisis de la descentralización debe apuntar a establecer criterios uniformes que beneficien (o por lo menos no afecten) a ninguna de las partes, y que éstos tengan un sustento normativo.

Mucho se ha hablado del tema de la descentralización y su relación con el derecho del trabajo, pero más que preocuparnos por lo que ya existe y seguir haciendo críticas sobre esta forma de organización empresarial que ha envuelto y precarizado –en la mayoría de los casos- relaciones laborales; lo que debemos hacer es analizar cómo va a evolucionar este fenómeno y en qué se convertirá. El derecho del trabajo, está por demás decirlo, obedece a los cambios económicos, tecnológicos y sociales, y no sabemos hacia donde van éstos, pero por lo menos las estadísticas sobre el mercado laboral, los índices de desempleo y la explosión demográfica, aunado a las tendencias de la organización empresarial y al modelo de descentralización productiva cada vez más utilizado, nos permiten ver un panorama en que la descentralización

¹¹⁴ Lañas Junco, Sergio y Bouzas Ortiz, Alfonso, “El trabajo desde el punto de vista de la organización”, en Bouzas Ortiz, Alfonso (Coord.), *Perspectivas del trabajo en México*, UNAM, México, 2010, p. 252.

necesitará abarcar más allá de los procesos productivos secundarios, siendo ésta una realidad que estamos empezando a conocer¹¹⁵.

A. Subcontratación

La subcontratación es la especie más común de descentralización y la que mayor tratamiento jurídico ha generado tanto en la legislación comparada, como en las disposiciones internacionales, sea por la necesidad de su regulación o por el incremento en su utilización.

En este tipo de contrato vemos claramente el caso de la “triangulación de las relaciones de trabajo”, analizada con anterioridad, pues entre el trabajador y el empleador aparece la figura de un “tercero” que por un lado, viene a complicar la identificación del verdadero empleador, como sujeto imputable en el reclamo de las prestaciones laborales; y por el otro, hace que el trabajador no conozca cuáles son sus derechos, si los de la empresa que lo contrató o los de la empresa para la cual presta sus servicios.

La subcontratación se caracteriza por la coexistencia de dos contratos, siendo un subcontrato el que se deriva de un contrato principal.¹¹⁶ De esta forma, es como las empresas recurren a un tercero para la subcontratación de personal encaminada a determinadas funciones. Es así como la subcontratación juega un papel importante en la organización de las empresas, haciendo congeniar en una misma estructura una relación civil o mercantil, para después dar nacimiento a un vínculo laboral que no siempre es claro y que en muchas ocasiones ni siquiera está nominado como tal.

¹¹⁵ Al respecto ver el estudio realizado por la compañía *Capgemini*, titulado “*Outsourcing: The Innovator’s Secret*” que permite vislumbrar la visión empresarial sobre esta modalidad, y las tendencias que vienen en ese sentido, debido a que esta práctica es cada vez más sofisticada y los empleadores la ven como una gran solución a los problemas de su organización empresarial.

¹¹⁶ Ermida Uriarte, Oscar y Natalia, Colotuzzo, *Op. cit.*, p. 25.

En la normatividad comparada, la ley 32/2006 reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción de España, establece un marco jurídico muy específico para la actividad que regula, cuya utilización de esta modalidad es bastante recurrente. Dicha ley enuncia como su objeto “(...) mejorar las condiciones de trabajo del sector, en general, y las condiciones de seguridad y salud de los trabajadores del mismo, en particular” (artículo 1.1), cuya necesidad es latente.

En nuestra perspectiva, una definición completa y apropiada sobre la subcontratación, es la contenida en el Código del Trabajo de Chile que en su artículo 183-A define al trabajo en régimen de subcontratación como: “(...) aquél realizado en virtud de un contrato de trabajo por un trabajador para un empleador denominado contratista o subcontratista, cuando éste, en razón de un acuerdo contractual, se encarga de ejecutar obras o servicios, por su cuenta y riesgo y con trabajadores bajo su dependencia, para una tercera persona natural o jurídica dueña de la obra, empresa o faena, denominada la empresa principal, en la que se desarrollan los servicios o ejecutan las obras contratadas. Con todo, no quedarán sujetos a las normas de este párrafo las obras o los servicios que se ejecutan o prestan de manera discontinua o esporádica”.

El aspecto interesante de la definición chilena, se centra en dejar fuera del campo de la subcontratación, los servicios que se presten de manera *discontinua o esporádica*, lo que en nuestra opinión es correcto, pues en esos casos nos encontramos con otros supuestos que atienen a otras modalidades de contratación laboral que en muchos casos ni siquiera tienen tal denominación y se ocultan bajo relaciones diversas.

En ese sentido, si tuviéramos como propósito establecer cuál es la característica principal de la subcontratación, podríamos señalar que es la prestación del trabajo para una persona diferente al empleador que la contrató.

Retomando estos elementos, la subcontratación ha aparecido para llevar fuera de la empresa, diversas actividades que no necesariamente corresponden a la actividad primaria de ésta, por ejemplo, servicios de vigilancia y de limpieza, ahorrando costos y dedicando toda la fuerza productiva de la empresa en la actividad del giro correspondiente.

Como lo hemos venido mencionando, el gran problema de la subcontratación es que en muchos casos no se identifica a la persona que debe cumplir con la responsabilidad patronal respecto de los derechos y prestaciones del trabajador. Tratando de aportar soluciones a este problema, varias legislaciones nacionales han determinado la responsabilidad solidaria de la empresa contratante y de la contratista¹¹⁷, es decir, entre el empleador del trabajador y el empresario del lugar donde éste desarrolla su actividad.

En el caso mexicano, el tema de la subcontratación ha sido objeto de un importante debate, sin que hasta el momento haya habido consenso en los distintos grupos parlamentarios para incorporar dicha figura a la legislación laboral, pues el enfoque que se le ha dado, en muchos casos obedece a circunstancias políticas. Incluso el tema de la subcontratación ha sido el justificante para que las propuestas de reforma a la LFT sigan estancadas y la utilización de la subcontratación siga creciendo sin ser regulada¹¹⁸ en la legislación.

¹¹⁷ Por ejemplo, véase: artículo 30, Ley No. 20.744 (Argentina); artículo 183-B, Código del Trabajo (Chile); artículo 4, Decreto 24 de 1998 (Colombia); artículo 7, Ley 32/2006 (España); artículo 9, Ley No. 29245 (Perú); artículo 6, Ley No. 18.251 (Uruguay). En el caso mexicano se establece la responsabilidad solidaria en materia seguridad social (artículo 15-A, Ley del Seguro Social).

¹¹⁸ Véase: Reynoso Castillo, Carlos, *Situación de trabajo y protección de los trabajadores. Estudio del caso de México*. Disponible en: <http://www.ilo.org/public/english/dialogue/ifpdial/downloads/wpnr/mexico.pdf> (fecha de consulta: 20 de abril de 2011).

Por otra parte, debemos mencionar que la jurisprudencia mexicana ha hecho algunas consideraciones importantes al respecto¹¹⁹ principalmente en materia de responsabilidad solidaria respecto de las obligaciones con el trabajador, lo que representa un avance en la regulación, aunque los problemas en la aplicación y la existencia de escenarios fraudulentos, dejan ver la necesidad de un avance mucho mayor.

B. Tercerización o externalización de la producción

Siguiendo el análisis del profesor Juan Raso Delgue¹²⁰, la palabra “tercerización” se suele confundir con el término “terciarización” y es común escuchar el uso inadecuado de los dos vocablos. La tercerización se refiere a la externalización de la producción empresarial, mientras que terciarización es un adjetivo que califica como “terciaria” determinada actividad (comercio, transportes, servicios) para diferenciarla de la “primaria” (agricultura, minería) y “secundaria” (industria). La confusión de las expresiones se ve favorecida por el hecho que la tercerización se manifiesta especialmente en el sector terciario.

La tercerización se refiere a la actividad misma de llevar fuera de la empresa algunos procesos productivos, por lo que no necesariamente debe existir un tercero, es decir, la contratación puede ser directa y no precisamente por medio de un subcontrato. En ese sentido, la forma de descentralizar procesos productivos, por medio de la contratación directa, se da con figuras contractuales de naturaleza civil y con trabajadores aparentemente autónomos que realizan sus actividades con independencia del empresario para el que prestan sus “servicios profesionales”. Al respecto, hemos hecho algunas

¹¹⁹ Al respecto véase el comentario de: Dávalos Morales, José, “La corte y el outsourcing”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, No. 9, Julio-Diciembre, IJ-UNAM, México, 2009, pp. 177-179. De igual manera véase la jurisprudencia: Tesis: 2a./J. 188/2008, Novena Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXVIII, Diciembre de 2008, p. 285, en donde se analizan algunos aspectos procesales sobre este tema, como la carga de la prueba en la determinación de una responsabilidad solidaria.

¹²⁰ Raso Delgue, Juan, *Op. cit.*, p. 195.

consideraciones, respecto de las relaciones laborales encubiertas y el trabajo autónomo económicamente dependiente, que en un sentido amplio representan respectivamente al problema y la solución que se ha tratado de dar.

En el otro supuesto, la externalización de la producción se puede dar por medio de un subcontrato, tal y como lo analizamos en el apartado anterior. En ambos casos estamos en presencia de una organización empresarial que busca reducir costos –por no decir prestaciones laborales- y con ello mantenerse en planos de competitividad y productividad frente a otras empresas del mismo ramo comercial.

Una última consideración a la que ya nos hemos referido, cuando señalamos la exclusión de las actividades *discontinuas y esporádicas* para subcontratar, según la regulación chilena, lo hicimos precisamente porque es ahí donde recae el rasgo distintivo entre la tercerización y la subcontratación; pues una tercerización por la vía directa, es común de realizarse en actividades con dichas características.

C. Suministro temporal de mano de obra

Las empresas suministradoras de mano de obra se han caracterizado por ofrecer a los empleadores un trabajo de naturaleza temporal, debido a las necesidades y a las demandas que éstos requieren en la organización de sus empresas, como una de las formas de descentralizar procesos productivos. Al respecto y abusando de la figura del trabajo por “tiempo determinado” se han creado estas empresas para evitarle al empleador la necesidad de mover su estructura empresarial en los casos que se requiera (y se permita) la prestación de un trabajo temporal.

Desde un punto de vista empresarial, las suministradoras de mano de obra le ahorran al empleador los períodos de capacitación que requiere un trabajador,

pues es común que los empleadores recurran a estas empresas para solicitar personal “calificado” en la labor que requiere, lo que hace más eficiente la organización empresarial y reduce los costos de la capacitación.

El crecimiento en la utilización de estas empresas, ha generado la necesidad de crear un marco jurídico con la intención de evitar el abuso y menoscabo en los derechos de los trabajadores objeto de dichas prácticas. Un buen ejemplo es en Alemania, donde la ley *Gesetz zur Regelung der gewerbsmässigen Arbeitnehmerüberlassung* (Ley para regular al trabajo temporal) establece la figura de la transferencia del empleo que es el equivalente al suministro de mano de obra. Esta ley también pone especial atención al sector de la construcción donde se contemplan limitantes, pues el suministro de trabajadores se encuentra prohibido, a menos que así se encuentre señalado en los contratos colectivos.

En el mismo ámbito, la Directiva 2008/104/CE¹²¹ del Parlamento Europeo, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal, establece un punto fundamental sobre el tema al señalar que las condiciones de trabajo de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal durante su misión en una empresa usuaria serán, por lo menos, las que les corresponderían si hubiesen sido contratados directamente por dicha empresa para ocupar el mismo puesto (artículo 5.1).

En el ámbito latinoamericano, la Ley No. 18.099 de Uruguay, que establece las normas para la protección de los trabajadores ante los procesos de descentralización empresarial, sigue los mismos términos que la Directiva europea al establecer en su artículo 5 que los trabajadores provistos por empresas suministradoras de empleo temporal no podrán recibir beneficios laborales inferiores a los establecidos por laudos de los consejos de salarios, convenios colectivos o decretos del Poder Ejecutivo para la categoría que

¹²¹ Del 19 de noviembre de 2008.

desempeñen y que corresponda al giro de actividad de la empresa donde los mismos prestan sus servicios.

Como podemos observar, las medidas tomadas por las legislaciones en torno al trabajo suministrado por las empresas de trabajo temporal, obedece a la necesidad de protección de los trabajadores. El establecimiento de estas disposiciones resulta una herramienta de defensa y de promoción de este tipo de trabajo, ante los escenarios provocados por las nuevas formas en que se está produciendo.

En el caso de nuestro país, el suministro se encuentra regulado como un contrato especial de compraventa mercantil, reconocido como un acto de comercio (artículo 75, fracción V del Código de Comercio) cuya función consiste en satisfacer las periódicas necesidades del suministrado¹²². Esta modalidad de contrato incluye al suministro de mano de obra, siendo los criterios jurisprudenciales los que han buscado proteger a los trabajadores ante dicha modalidad atípica de contratación laboral. Por ejemplo, una de las problemáticas se centra en la aparición de empresas de suministro de trabajadores, para relevar a los verdaderos empleadores de las obligaciones correspondientes¹²³. En ese mismo sentido, se establece la improcedencia de la excepción planteada por un empleador al manifestar que no existe una relación laboral con el trabajador que ha sido suministrado mediante otra empresa con un contrato mercantil¹²⁴.

¹²² Tesis: I.8o.C.121 C, Novena Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, V, Abril de 1997, p. 226.

¹²³ En ese sentido la Tesis: I.9o.T.192 L, Novena Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXI, Abril de 2005, p. 1445, señala que el ofrecimiento del trabajo realizado por un codemandado que tiene suscrito un contrato de suministro de mano de obra con el demandado principal, es de mala fe, dado que éste no es el patrón real y lo que se busca es la relevación de obligaciones con el trabajador.

¹²⁴ Tesis: I.9o.T.191 L, Novena Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXI, Marzo de 2005, p. 1112. Este criterio ofrece consideraciones muy interesantes al señalar la improcedencia de la excepción, al no ser el trabajo objeto de comercio y por lo tanto, no existe la *venta o renta* de mano de obra por parte de un tercero. Por otra parte, el mismo criterio sostiene que tampoco existe una intermediación laboral, pues la empresa suministradora utiliza el trabajo como materia prima, buscando disminuir los derechos de los trabajadores, lo que es

Para concluir queremos puntualizar que esta forma de contratación atípica del trabajo, al igual que en el caso anterior, guarda una enorme cercanía con el trabajo bajo el régimen de subcontratación, y en realidad son modalidades de contratación laboral bastante parecidas, con diferencias tan sutiles que en muchos casos pueden prestarse a la confusión -en cuanto a su identificación, pues como hemos visto en el análisis jurisprudencial las diferencias son notables- siendo la protección y validez del derecho laboral, el objetivo genérico.

3. Contratación atípica en la jornada de trabajo

En el aspecto específico de la *jornada de trabajo*, las relaciones laborales han tenido cambios sustanciales, pues anteriormente la prestación del trabajo se caracterizaba por la existencia de una “jornada completa” sujeta a lo dispuesto por la legislación aplicable. Al día de hoy, los contratos de trabajo han buscado que las necesidades de la empresa se vean cubiertas, modificando al trabajo como factor de producción; así cuando una empresa no requiera trabajadores de tiempo completo, puede recurrir a la contratación de mano de obra en una jornada reducida.

Hablando de la reducción en la jornada de trabajo, se consideran varios aspectos que en la mayoría de los casos benefician a los empleadores; por ejemplo, las empresas que utilizan trabajadores en jornadas reducidas se han visto favorecidas al eliminar un posible pago por tiempo extra, pues entre más “turnos” considerados en una organización empresarial, menores serán las necesidades de recurrir a los trabajadores fuera de su horario de actividades. En el otro sentido, hay que señalar que también ciertos trabajadores, con necesidades muy específicas, se han beneficiado de esta modalidad de empleo

contrario a lo establecido por la misma Constitución en el artículo 123, apartado A, y la misma LFT.

para destinar parte de su tiempo a otras actividades, que en una jornada completa serían difíciles de atender.

En el otro extremo, tenemos las llamadas “jornadas acumulativas” que podrían ser equiparadas a un tiempo extraordinario de trabajo pero con características remuneratorias diferentes; obedeciendo únicamente a las necesidades de la producción y en muy raras ocasiones atienden alguna demanda de los trabajadores. En todo caso, estamos en presencia de modificaciones en la jornada de trabajo, cuyos límites han sido objeto de tratamiento jurídico por parte de las diversas legislaciones locales, y en casi todos los casos han sido objeto de una regulación a nivel Constitucional por ser la delimitación de la jornada de trabajo una de las grandes conquistas en la historia del derecho laboral¹²⁵.

A. Trabajo a tiempo parcial

El trabajo a tiempo parcial, o mayormente conocido con su término anglosajón *part-time*, está siendo cada vez más utilizado para atender necesidades de ambas partes de la relación laboral. Al respecto y para tener un panorama más amplio, podemos decir que “contrato a tiempo parcial es aquel en virtud del cual un trabajador es contratado para prestar servicios durante un número de horas al día, a la semana, al mes o al año, inferior a la jornada de trabajo de un trabajador a tiempo completo comparable”¹²⁶.

El contrato a tiempo parcial, como lo hemos mencionado, atiende a diversas necesidades, tanto de trabajadores como de empleadores; en ese sentido, la

¹²⁵ Cfr. Pasco Cosmópolis, Mario, “Contratos de trabajo en jornada atípica”, en Kurczyn Villalobos, Patricia y Puig Hernández, Carlos, (Coords.), *Estudios jurídicos en homenaje al doctor Néstor de Buen Lozano*, IJJ-UNAM, México, 2003, p. 619.

¹²⁶ Lacavex Berumen, María Aurora, *et al.*, “Recepción de las nuevas formas de contratación laboral en México”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, No. 12, Enero-Junio, IJJ-UNAM, México, 2011, p. 15. Para efectos de aclaración, debemos señalar que el citado artículo comete un error al referir en su página 16 que el trabajo a tiempo parcial “prohíbe laborar jornada extraordinaria” lo que es erróneo, en los términos que describiremos más adelante.

regulación del *part-time* debe satisfacer éstas, pero en un plano de igualdad y sin representar un abuso o menoscabo en los derechos de los trabajadores en específico. De lo contrario y en un ejercicio desmedido se podría utilizar esta modalidad contractual para contratar trabajo en una modalidad sumamente desventajosa.¹²⁷

La legislación comparada establece los límites de tiempo para que el trabajo sea considerado a tiempo parcial. En el caso de Argentina, la multicitada Ley No. 20.744 en su artículo 92 ter, señala que el tiempo parcial equivale a las 2/3 partes de la jornada habitual de la actividad, cuya remuneración no podrá ser menor a la “proporcional” que le corresponda a un trabajador a tiempo completo, establecida por ley o convenio colectivo, de la misma categoría o puesto de trabajo. En el trabajo a tiempo parcial en Argentina, se prohíbe la realización de horas extras, a menos que se exista un peligro grave o inminente para las personas o para las cosas incorporadas a la empresa (artículo 89).

En el caso de Chile, el Código del Trabajo establece en su artículo 40 bis que la jornada de trabajo a tiempo parcial no debe ser superior a 2/3 partes de la jornada ordinaria; sin embargo, y contrariamente al ejemplo argentino, en Chile se permite el “pacto” de horas extraordinarias en la jornada a tiempo parcial (artículo 40 bis-A). En España, la regulación sigue de forma similar los ejes de los dos ejemplos anteriores, haciendo mucho hincapié en la formalización de un contrato por escrito que contenga tales estipulaciones (artículos 8 y 12 del Estatuto de los Trabajadores).

El contrato a tiempo parcial no ha sido objeto de regulación en la legislación mexicana; aunque la LFT contempla el pago del salario por unidad de tiempo (artículo 83), esto no significa que nos encontremos en presencia de una

¹²⁷ Al respecto podemos ejemplificar con los casos en que los trabajadores se encuentran contratados a tiempo parcial, sin ser esa su voluntad, teniendo que sujetarse a jornadas reducidas que evidentemente repercuten en el salario; sumando a este problema, la dificultad de buscar otra fuente de trabajo, porque precisamente y aunque sea a tiempo parcial, el trabajador se encuentra ocupado.

regulación del *part-time*, ni mucho menos que exista la intención de hacerlo por parte de los legisladores, pues ni la iniciativa de reforma laboral respaldada por el actual secretario del trabajo, ni la presentada por el Grupo Parlamentario del Partido Revolucionario Institucional a inicios del años 2011, contemplan este tipo de contratación, siendo uno de los grandes temas ausentes.

El debate sobre la regulación del trabajo a tiempo parcial, como lo hemos mencionado insistentemente, debe versar sobre la utilidad y beneficios para ambas partes. Siguiendo con México, el establecimiento de un *part-time* tiene que contemplar disposiciones que lo hagan ver como un medio de empleo en un mercado donde el trabajo a tiempo completo es escaso, los sistemas de guarderías son insuficientes, y la necesidad de atender las responsabilidades familiares es un tema de enorme trascendencia;¹²⁸ aunado a las ventajas que trae al empleador la utilización de esta modalidad contractual.

B. Jornadas acumulativas de trabajo

En las jornadas acumulativas, la jornada ordinaria máxima se sobrepasa en el día y en la semana, sin que el exceso sea reputado como trabajo extraordinario, y compensado no con el pago de una remuneración con sobretasa sino con descanso. Debiendo recordar que una de las conquistas emblemáticas de la clase obrera fue precisamente la fijación de una jornada máxima laboral; en ese sentido, este logro consiguió que las legislaciones e incluso muchas constituciones dispusieran que nadie debía trabajar más de 8 horas al día y 48 horas a la semana, límite que algunas reducían para ciertas categorías de trabajadores como menores, mujeres y grupos especiales.¹²⁹

¹²⁸ Kurczyn Villalobos, Patricia, “Nuevas formas de contratación”, en Kurczyn Villalobos, Patricia (Coord.), *Relaciones laborales en el siglo XXI*, 1ª reimpression, STPS-UNAM, México, 2001, pp. 52-53.

¹²⁹ Pasco Cosmópolis, Mario, “Los contratos laborales atípicos”, *XVI Curso de especialización para expertos latinoamericanos en relaciones de trabajo*, Turín–Bolonía-Toledo, 28 de agosto al 15 de septiembre de 2006, Documento de trabajo, p. 6.

Siguiendo la línea de la investigación del profesor Mario Pasco Cosmópolis, nos referiremos al caso peruano para ejemplificar esta modalidad atípica de contratación laboral, donde fue necesario realizar una reforma constitucional para abrir paso a ese tipo de jornadas, pues anteriormente la Carta Magna peruana era muy rígida e implicaba una virtual prohibición a cualquier modulación de la jornada que conllevara un desborde del máximo legal.¹³⁰

En Perú, el Decreto Legislativo No. 854 señala como una de las *facultades del empleador* la reducción o ampliación del número de días de la jornada semanal del trabajo, sin embargo, en el caso específico de las jornadas acumulativas el promedio de horas trabajadas no podrá superar el máximo de 48 horas (artículos 2.1.c y 4). En el mismo sentido, el Decreto Supremo No. 008-2002-TR, reglamentario del Decreto anterior, sigue la misma línea al señalar que el establecimiento de la jornada ordinaria máxima diaria o semanal no impide el ejercicio de la facultad del empleador de fijar jornadas acumulativas, siempre que resulte necesario en razón de la naturaleza especial de las labores de la empresa (artículo 9).

Como mencionamos al principio de este apartado, las jornadas acumulativas podrían ser consideradas como un tiempo extraordinario de trabajo o sobretiempo (según algunas legislaciones latinoamericanas), la diferencia sustancial, vista desde la práctica en la experiencia peruana, es que en las jornadas acumulativas, la remuneración se da con tiempo de descanso acumulado¹³¹.

Para hacer referencia al caso mexicano, sólo podemos señalar que el tiempo extraordinario se encuentra regulado en la LFT (artículos 66-68), pero únicamente se contempla la remuneración dineraria de éstas y los límites en que pueden ser fijadas, aunque nuevamente la práctica supera a lo dispuesto

¹³⁰ *Id.*, “Contratos de trabajo en jornada atípica”, *Op. cit.*, p. 631.

¹³¹ Pasco Cosmópolis, Mario, “Los contratos laborales atípicos”, *Op. cit.*, p. 5.

por la ley, y en ese sentido, no descartamos la existencia de jornadas acumulativas con el pago en descanso acumulativo.

4. Trabajo fuera del centro de trabajo

Tradicionalmente, la prestación del trabajo para un empleador se ha concebido dentro de la empresa o establecimiento, utilizando la infraestructura de éste para el desempeño de la labor; o bien un *trabajo móvil* donde el trabajador debe desplazarse a diferentes lugares, por las características propias del trabajo, por ejemplo en el caso de los representantes de ventas o en los servicios de transporte de mercancías de una empresa; sin embargo, en cualquiera de estos casos, el trabajador se encuentra bajo la vigilancia directa del empleador quien claramente extiende sus facultades al lugar donde se encuentra su operario, y se sigue considerando a la empresa como lugar de trabajo.

Por otra parte, existen modalidades atípicas de contratación laboral que de igual forma representan la prestación del trabajo en un lugar diverso a la empresa o establecimiento, y que han sido objeto de mayores consideraciones por representar un caso novedoso en las relaciones laborales, ya sea por la utilización de las tecnologías, o por el auge que éstas han tenido.

A. Trabajo a domicilio

Una de las modalidades más comunes en que se expresa la forma de empleo que estamos analizando y con un mayor desarrollo en las legislaciones nacionales, así como en disposiciones internacionales, es el trabajo a domicilio que podríamos definirlo como: aquel que se ejecuta habitualmente para un empleador en el domicilio del trabajador o en un local libremente elegido por él, sin vigilancia directa ni dirección inmediata de quien proporciona el trabajo.

El trabajo a domicilio, es una forma atípica de contratación laboral¹³², pues se centra en la realización de la actividad fuera del centro del trabajo, lo que no implica que el trabajador sea autónomo, pues aunque la vigilancia no sea directa y la dirección inmediata, el trabajador debe cuentas al empleador sobre la tarea encomendada; en caso contrario estaríamos en presencia de un vínculo diverso.

En el ámbito internacional, el Convenio 177 de la OIT (no ratificado por México), hace un tratamiento sobre este tipo de trabajo que para efectos establece las siguientes consideraciones:

- Para identificar al empleador, no necesariamente se debe relacionar con la persona que proporciona los materiales de trabajo (artículo 1.a.iii).
- No se considera trabajo a domicilio cuando el trabajador realiza las actividades de forma ocasional (artículo 1.b).
- Los trabajadores a domicilio gozan de los mismos derechos que los otros trabajadores, particularmente en los rubros de: derecho de asociación; protección de la discriminación en el empleo y en la ocupación; protección en materia de seguridad y salud en el trabajo; remuneración; protección por regímenes legales de seguridad social; acceso a la formación; edad mínima de admisión al empleo o al trabajo; protección de la maternidad (artículo 4.2).
- Se deja a consideración de las legislaciones nacionales el establecimiento de prohibiciones para realizar trabajo a domicilio, particularmente por las características en materia de seguridad e higiene (artículo7).

¹³² Cfr., Montero, Cecilia, “La formación de capital humano en empleos atípicos: El caso del trabajo domicilio”, en Labarca, Guillermo, *Reformas económicas y formación*, Cinterfor, CEPAL, GTZ, Montevideo, Uruguay, 2003, pp. 305-340.

- Se hace hincapié en la necesidad de contar con un aparato de inspección que verdaderamente garantice la vigilancia adecuada de esta modalidad de trabajo (artículo 9).

En ese mismo sentido, la Recomendación 184 de la OIT ha hecho referencia básicamente a la necesidad de tener plenamente identificados los elementos de este tipo de contrato de trabajo, por ejemplo el nombre del empleador, la remuneración, las condiciones de trabajo y en general las prestaciones a las que el trabajador tiene derecho. Esto es importante para proteger al trabajador, principalmente en el reclamo de sus derechos.

Hemos mencionado la normatividad internacional sobre el trabajo a domicilio, porque esas son las líneas que han seguido las legislaciones nacionales, al dar un tratamiento similar en la regulación de este tipo de trabajo¹³³. En todos los casos se busca proteger al trabajador de una ocultación de la relación laboral, diferenciando claramente el trabajo a domicilio de la industria familiar y manteniendo intacto el vínculo de subordinación entre el empleador y el trabajador.

La LFT de México, contempla esta modalidad contractual dentro de su catálogo de trabajos especiales (artículos 311-330) que por lo menos en la legislación establece un tratamiento adecuado; sin embargo, la cantidad de responsabilidades dadas a la inspección del trabajo (principalmente vigilancia, registro y autorización de la “libreta de trabajo a domicilio”) y la limitada eficacia de ésta, hacen ver un entorno donde los abusos, el desconocimiento y la confusión son una realidad.

¹³³ Véase por ejemplo: artículos 271-284 Código del Trabajo, Ecuador; artículo 13 Estatuto de los Trabajadores, España; artículos L7411-1 a L7424-4, Francia.

B. Teletrabajo

La influencia de la tecnología se ha dado en todos los aspectos, y el campo del trabajo no ha sido la excepción¹³⁴, pues encontramos avances tan importantes que revolucionan los sistemas de producción y por lo tanto, los factores que intervienen en éstos.

Podemos resumir los avances de la tecnología y sus repercusiones en el trabajo, en tres modalidades: 1) la tecnología como sustitutivo del trabajo humano; 2) la tecnología como herramienta de trabajo; y 3) la tecnología como fuente de trabajo.

En lo que concierne a esta investigación, tienen relevancia las modalidades dos y tres a que hemos hecho referencia, para hablar de una forma atípica de trabajo que se ha venido desarrollando a lo largo de la última década como consecuencia de la revolución de los sistemas de telecomunicación y la entrada en la era de la informática, nos referimos al teletrabajo.

El teletrabajo se ha difundido principalmente en los países con mayor desarrollo tecnológico, se define por la doctrina como aquel que se realiza en el domicilio del trabajador o en un lugar libremente seleccionado por él, fuera del centro de trabajo. Se desarrolla a distancia, usando informática, técnicas de telecomunicación o bien cuando éstas son utilizadas para transmitir los resultados del trabajo al empleador.¹³⁵

Desde su surgimiento, en los años '60 con Robert Weiner y su *teleworking*, se ha buscado llevar el trabajo al trabajador y no a la inversa. Sin embargo, y como lo mencionamos al inicio, el desarrollo tecnológico de la última década fue

¹³⁴ Cfr. Sánchez-Castañeda, Alfredo, "Trabajo y tecnología: Cambios y desafíos para la seguridad social", en *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, No. 11, julio-diciembre, IJ-UNAM, México, 2010, pp. 227-254

¹³⁵ Kurczyn Villalobos, Patricia, "Nuevas formas de contratación", *Op. cit.*, p. 51.

la cumbre de estas intenciones, pues se lograron los medios para que éstas se cumplieran satisfactoriamente; situación no lograda en un inicio por lo limitado de los medios de información.¹³⁶

El teletrabajo aparece como una modalidad de contratación laboral que en principio ofrece ventajas tanto a empleadores y trabajadores, otorgando a los primeros ahorros en los costos de la producción, y a los segundos una mejor organización en los aspectos vida-trabajo.¹³⁷ En ese sentido, el teletrabajo es bien visto por la sociedad como forma de empleo; sin embargo, la protección social de los trabajadores y el establecimiento de mecanismos de vigilancia por parte de la autoridad, siguen siendo temas de análisis¹³⁸.

En cuanto a la regulación, el caso americano es bastante limitado al respecto, y sólo encontramos algunas referencias particularmente en los Estados Unidos en el desarrollo y ampliación del concepto; y en Europa tenemos algunas disposiciones como el Acuerdo Marco Europeo sobre el Teletrabajo, aunque la normatividad jurídica especial sigue siendo escasa.

La falta de regulación, en muchos casos, se ha dado porque se considera que el teletrabajo no es más que una especie de trabajo a domicilio, lo que es cierto en sentido amplio, pues efectivamente podríamos conjuntar las generalidades del trabajo a domicilio tradicional, con la incorporación de las tecnologías de la información. Por otra parte, hay quienes han sostenido que si bien tiene validez la consideración anterior, también es verdad que el teletrabajo se refiere a labores muy diversas a las realizadas en el trabajo a domicilio tradicional.

¹³⁶ Téllez, Julio, "Teletrabajo", en Kurczyn Villalobos, Patricia (Coord.), *Panorama internacional de derecho social. Cultura y sistemas jurídicos comparados*, UNAM, México, 2007, p. 729.

¹³⁷ Cfr. Kahale Carrillo, Djamil Tony, "Teletrabajo: Regulación jurídico-laboral", en *Gaceta Laboral*, Vol. 9, No. 3, Venezuela, 2003, pp. 401-402.

¹³⁸ Sobre este aspecto, véase: Centre d'Analyse Stratégique, *Le développement du télétravail dans la société numérique de demain*, Rapports et documents, Premier Ministre, Francia, 2009.

El perfil profesional de las personas que realizan un teletrabajo, es muy diferente al requerido por las personas que realizan trabajo a domicilio tradicional, pues normalmente un teletrabajo lo realizan personas con un alto perfil profesional, mientras que en el trabajo a domicilio predomina la baja capacitación. En concreto, y siguiendo esta línea, el teletrabajo es una forma muy organizada de congeniar el trabajo con la alta organización, y el trabajo a domicilio es una “alternativa” para ofrecer fuentes de trabajo a quienes necesitan congeniar las actividades domesticas, con la necesidad de obtener un ingreso.¹³⁹

En nuestra opinión, consideramos que si bien el teletrabajo puede ser una modalidad del trabajo a domicilio, lo cierto es que la normatividad sería limitada si se queda con dicha afirmación, ya que el teletrabajo puede implicar situaciones más complejas, modernas y sofisticadas por la incorporación de la informática y las nuevas tecnologías de la comunicación, como la prestación de la actividad en otro país.

5. Contratos formativos de trabajo

Una de las grandes preocupaciones de los trabajadores es la necesidad de una formación profesional que les permita acceder, mantenerse o en su caso, reingresar a una fuente de trabajo. Por esta razón, la formación profesional debe atender estas tres necesidades para mantener la estabilidad en el mercado laboral y la suficiencia de capital humano en el desempeño de las actividades.

La formación profesional de los trabajadores apunta a los distintos grupos de éstos, según las necesidades específicas del ámbito en que se desenvuelven y las problemáticas a las que se enfrentan, definidas principalmente por los

¹³⁹ Cfr. Boiarov, Sonia, *Meta 5 eLAC2007: Informe sobre legislación y normativa vinculada al teletrabajo en América Latina y el Caribe*, Documento de trabajo, CEPAL- Desarrollo y Cooperación EuropeAid, enero de 2008.

factores de edad, condiciones físicas, psicológicas y de educación. La OIT ha emitido diversos instrumentos para proponer alternativas ante esta situación; por ejemplo, la Recomendación 88 sobre la formación profesional para adultos (1950) establece varios supuestos para otorgar una formación profesional adecuada en circunstancias especiales, como el caso de la formación para los “inválidos” (apartado V).

En un sentido más amplio, el Convenio 142 de la OIT sobre el desarrollo de los recursos humanos¹⁴⁰, contempla una política general en materia de formación profesional al considerar no sólo a los adultos, sino también a los niños y adolescentes (artículo 3.1) como destinatarios de la información sobre la elección de una ocupación; la formación profesional y las oportunidades educativas conexas; la situación y perspectivas de empleo; las posibilidades de promoción; las condiciones de trabajo; la seguridad y la higiene en el trabajo; y otros aspectos de la vida activa en los diversos sectores de la actividad económica, social y cultural, y a todos los niveles de responsabilidad (artículo 3.2).

Por su parte, la Recomendación 195 reconoce que *“la educación, la formación y el aprendizaje permanente contribuyen de manera significativa a promover los intereses de las personas, las empresas, la economía y la sociedad en su conjunto, especialmente en vista de la importancia fundamental que reviste alcanzar el pleno empleo, la erradicación de la pobreza, la inclusión social y el crecimiento económico sostenido en una economía mundializada”*.

Como podemos observar, la formación profesional y en concreto las políticas de empleo, tienen la intención de fomentar la capacitación constante de los trabajadores como un medio para luchar contra el desempleo y obtener trabajo decente e inclusión social (Recomendación 195 OIT, apartado V). La pregunta es, si verdaderamente estas políticas están siguiendo los parámetros debidos o

¹⁴⁰ Ratificado por México el 28 de junio de 1978.

nos encontramos con una suposición más de ley que se ve olvidada en la realidad, en una problemática tan importante, donde incluso se ha considerado a la formación profesional como un derecho fundamental de los trabajadores¹⁴¹.

En ese sentido, las nuevas formas de contratación laboral han acuñado estas ideas, al establecer modalidades para incentivar, fomentar y procurar una contratación de mano de obra encaminada a la formación de capital humano. Desafortunadamente, también se han utilizado estas figuras para precarizar las relaciones laborales, pues el hecho de contratar en modalidad formativa brinda al empleador ciertos estímulos que tienden a disminuir temporal y/o parcialmente sus obligaciones con los trabajadores.

Los retos de la formación profesional o capacitación y adiestramiento (como es concebida por la LFT), se centran en establecer modalidades contractuales que permitan cumplir con estos propósitos en dos sentidos: La formación profesional de los trabajadores y la satisfacción en la demanda de recursos humanos. En ambos casos tenemos beneficios para los trabajadores, es por ello que el establecimiento de condiciones especiales para empleadores que recurran a este tipo de contratación, también debe ser vista de forma aceptada, siempre y cuando no llegue a los abusos, y los objetivos primordiales se cumplan.

Históricamente, la formación profesional –específicamente el tema de los contratos de trabajo formativos- se ha fijado más en la inclusión de los jóvenes en el mercado laboral,¹⁴² como una preocupación ante los altos índices de desempleo para este sector de la población. Sin embargo, y como hemos

¹⁴¹ Cfr., Sánchez-Castañeda, Alfredo, “Hacia una definición en los derechos fundamentales en el trabajo y su exigibilidad”, en *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, tomo XII. Ministerio Público, contenciosos administrativo y actualidad jurídica, IJ-UNAM, México, 2008, pp. 643-674.

¹⁴² Véase: Rabanal Carbajo, Pedro, “Aproximación histórica a los contratos de trabajo formativos”, *Revista de la facultad de derecho de la Universidad Complutense*, No. 23, Madrid, España, 1999, pp. 419-447.

mencionado, la formación profesional atiende a distintos sectores con sus necesidades particulares.

En un estudio de la OIT se obtuvo que aproximadamente 6.7 millones de jóvenes¹⁴³ en América Latina están desempleados, es decir, buscan empleo y no lo encuentran, lo que representa aproximadamente el 44% del total de desempleados en América Latina. Al dividir el número de jóvenes desempleados entre la Población Económicamente Activa juvenil se obtiene la tasa de desempleo juvenil que es del 13%.¹⁴⁴

Sin lugar a dudas, las cifras más que alarmantes indican la necesidad de establecer mecanismos de contratación laboral para jóvenes. Por esta razón, el establecimiento de modalidades formativas en la contratación laboral es una buena alternativa para hacer frente a esta problemática.

Siguiendo las anteriores consideraciones, en el presente apartado revisaremos algunas perspectivas de los contratos formativos, desde el punto de vista del trabajo para jóvenes, pues son los que mayor tratamiento jurídico han tenido y se refieren a modalidades de acceso al empleo; sin dejar de subrayar la importancia del tema de la formación profesional que se encuentra regulada como un derecho de los trabajadores y una obligación para el empleador,¹⁴⁵ pero que no corresponde al objeto de esta investigación por su amplitud.

Como veremos más adelante, la importancia de los contratos formativos es la adecuada preparación de los trabajadores –jóvenes en este caso-. En varios

¹⁴³ La Asamblea de las Naciones Unidas y la Organización Internacional del Trabajo, entienden por joven a la persona entre 15 y 24 años de edad.

¹⁴⁴ Organización Internacional del Trabajo, *Informe: Trabajo decente y juventud en América Latina 2010*, OIT-Proyecto Promoción del Empleo Juvenil en América Latina (Prejal), Lima, Perú, 2010, p. 43.

¹⁴⁵ Tal es el caso mexicano, donde la LFT establece el “ejercicio de la acción” individual o colectiva que derive de la obligación de capacitación y adiestramiento (artículo 153-X).

supuestos, encontraremos que esta modalidad contractual ni siquiera da lugar al nacimiento de una relación laboral, por lo que estamos en presencia de una relación atípica de trabajo, donde se deben congeniar los derechos de los trabajadores, las políticas de empleo y los beneficios para los empleadores. Siendo esto un verdadero reto para el derecho laboral, pues en caso de no lograrlo, estaríamos en presencia de una política laboral “inservible”.

A. Contrato de aprendizaje

El *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española* señala que el aprendizaje es la “acción y efecto de aprender algún arte, oficio u otra cosa”. En ese sentido, el contrato de aprendizaje tendrá como principal objetivo la enseñanza de determinada actividad a un trabajador, y más específicamente, la enseñanza de una actividad productiva a un joven que busca incursionar en el mercado de trabajo. Por lo que podemos desprender que el contrato de aprendizaje tendrá una visión a futuro, pues el *aprendiz* tiene la obligación de adquirir la experiencia a cambio de un salario.

En la legislación comparada encontramos el tratamiento jurídico de este contrato. En Argentina, la Ley No. 20.744 hace referencia al “régimen de aprendizaje y orientación profesional” (artículo 187) que regula el caso particular del trabajo de los menores bajo esta modalidad, siempre y cuando se sujeten a las reglas de capacidad para contratarse con un empleador.

En el caso de Chile, el Código del Trabajo es más amplio en la regulación de esta modalidad contractual, al señalar en el artículo 78 que el contrato de aprendizaje: “es la convención en virtud de la cual un empleador se obliga a impartir a un aprendiz, por sí o a través de un tercero, en un tiempo y en condiciones determinados, los conocimientos y habilidades de un oficio calificado, según un programa establecido, y el aprendiz a cumplirlo y a trabajar mediante una remuneración convenida.” Incluso la ley chilena va más allá y

establece un límite de edad de 21 años para ser contratado bajo esta modalidad (artículo 79), y una duración máxima del programa de aprendizaje de 2 años (artículo 84). Como lo mencionamos al inicio de este apartado, deben existir medidas de fomento a esta contratación, por lo que la legislación chilena deja el asunto de la remuneración al libre convenio entre empleador y aprendiz (artículo 81), siendo esto un fuerte estímulo a quien contrata en esta modalidad.

En Francia, el Código del Trabajo hace referencia al “contrato de aprendizaje” (artículo L6221-1) como una modalidad que compromete al empleador a asegurar la formación profesional completa del aprendiz y el pago de un salario; mientras que el aprendiz se obliga a trabajar para dicho empleador durante la duración de su contrato, siguiendo la formación que éste le indique. El salario se fija de acuerdo al porcentaje del salario mínimo, cuyo monto varía de la edad del beneficiario y el progreso en los ciclos de formación objetos del aprendizaje (artículo L6222-27). En cuanto al tema de la edad, se establece que nadie puede ser contratado en calidad de aprendiz si no cuenta con la edad de 16 a menos de 25 años al inicio del aprendizaje; sin embargo, los menores de 15 años pueden realizar este contrato si comprueban haber cumplido con el requisito de la escolaridad (artículo L6222-1); y en el otro extremo, se permite el contrato para mayores de 25 años en circunstancias especiales como en el caso de los trabajadores discapacitados (artículo L6222-2).

En la Ley No. 16.873 de Uruguay, se establecen los requisitos y beneficios otorgados a las empresas que incorporen jóvenes en las modalidades contractuales previstas. Entre dichas modalidades se encuentran los contratos de aprendizaje (artículos 14-20) y de aprendizaje simple (artículos 21-25). En el primer caso se trata de programas establecidos por un instituto de formación técnico-profesional que otorgará al aprendiz (no mayor de 29 años) una vez culminado el aprendizaje un certificado en el que conste la naturaleza, duración (no mayor a 24 meses) y finalidad de la formación profesional obtenida;

mientras que el empleador extenderá una constancia acerca de la práctica desarrollada en la empresa (artículo 19). En el segundo caso, se trata de un convenio simple entre aprendiz (no mayor de 25 años) y empleador quienes acordarán el plazo de duración de entre cuatro y seis meses.

En México, esta modalidad contractual se encontraba contemplada en la ley laboral de 1931 (artículos 218-231) pero fue suprimida en la ley de 1970, lo que nuevamente viene a demostrar que la legislación mexicana debe adecuarse para hacer frente a las problemáticas. Por su parte, los criterios jurisprudenciales hacen algunas consideraciones en la actualidad, como la ilegalidad de este contrato bajo las disposiciones de la LFT vigente¹⁴⁶.

Los ejemplos de la legislación comparada tienen sus detalles y son perfectibles, lo importante es retomar la experiencia en la creación de políticas de empleo, particularmente para jóvenes, tan necesarias en nuestro país.

B. Pasantías laborales

En el actual mercado de trabajo, los jóvenes que se encuentran realizando estudios profesionales tienen la incertidumbre de que una vez concluidos sus ciclos escolares puedan incorporarse a una fuente de empleo relacionada con la formación obtenida; esto se debe a la escases de fuentes de trabajo, la falta de “experiencia” exigida por el empleador, y en muchos casos a la poca cualificación del trabajador.

En ese sentido, las formas atípicas de contratación laboral han seguido los lineamientos que se establecen en las políticas de empleo y contratos formativos, para tratar de hacer frente a esta situación mediante programas de fomento a la contratación de jóvenes profesionistas. Las características de estas formas de contratación, se asemejan a las de los contratos de aprendizaje

¹⁴⁶ Tesis Aislada, Séptima Época, Semanario Judicial de la Federación, 54 Sexta Parte, p. 16.

a que hemos hecho referencia, pero en el tratamiento legislativo tenemos consideraciones diversas, aunque algunas legislaciones como la Ley 789 de Colombia contemplan a las pasantías laborales como una modalidad del contrato de aprendizaje (artículo 31).

En Argentina, la Ley No. 26.427 crea un sistema de *pasantías educativas*, entendiendo por éstas “al conjunto de actividades formativas que realicen los estudiantes en empresas y organismos públicos, o empresas privadas con personería jurídica, sustantivamente relacionado con la propuesta curricular de los estudios cursados en unidades educativas, que se reconoce como experiencia de alto valor pedagógico, sin carácter obligatorio” (artículo 2).

El sistema argentino de pasantías educativas contempla al contrato de pasantías que no genera una relación laboral entre pasante y empresa u organismo donde se desarrolla la actividad (artículo 12), a menos que éstos vicien los objetivos y traten de ocultar un vínculo jurídico-laboral (artículo 19). Por otra parte, el pasante se verá beneficiado por la asignación de un estímulo, sin que llegue a considerarse un salario, además de todas las prestaciones y licencias que correspondan a su actividad, y a los beneficios de la seguridad social (artículo 15).

Otro ejemplo legislativo, es la Ley No. 17.230 de Uruguay que establece el sistema de pasantías laborales como mecanismo regular de la formación curricular de los alumnos reglamentados del Subsistema de Educación Técnico-Profesional de la Administración Nacional de Educación Pública (artículo 2). En dicha ley se contempla el pago de una remuneración al pasante, equivalente a los dos tercios del salario vigente para las actividades idénticas a aquella en las que se desempeñe (artículo 4); sin que la actividad se compute a los efectos jubilatorios o genere derechos de permanencia o estabilidad (artículo 5). Una gran ventaja para los empleadores que recurran a esta modalidad de contratación, es que los pagos a los pasantes no constituirán materia gravada

para los tributos de la seguridad social ni para el impuesto a las retribuciones personales

Las pasantías laborales, si bien como hemos analizado, no dan lugar a una relación laboral en estricto sentido, lo cierto es que estamos en presencia de una modalidad contractual que representa la prestación de un trabajo para un empleador, y por lo tanto la aplicación del derecho laboral es necesaria. La diferencia es que en los contratos formativos, la importancia es la preparación del trabajador, fomentando ésta con políticas de interés a los empleadores.

La responsabilidad no es sólo del empleador, la principal misión que tiene por delante la institucionalidad educativa, para mejorar la inserción laboral de los jóvenes, es adaptar el tipo de enseñanza a las nuevas y cambiantes demandas que reclama el mundo del trabajo,¹⁴⁷ y a la cuales no estamos respondiendo como se debe.

En México, las pasantías laborales no se encuentran reguladas propiamente como un sistema, pero en nuestra opinión contamos con diversas figuras que siguen los objetivos de éstas al buscar incursionar al mercado de trabajo –en modalidades formativas- a los jóvenes recién egresados de una educación profesional. Por ejemplo, el Reglamento del Sistema Nacional de Investigadores contempla la incorporación de jóvenes “ayudantes” beneficiarios de un estímulo económico, con el objeto de generar capital humano para dicho sistema (artículo 79). Hablamos de un sistema de pasantías, porque los ayudantes deberán trabajar en un proyecto de investigación, vinculado a sus estudios de licenciatura o posgrado, avalado por el Investigador Nacional que lo proponga (artículo 80, I); así como estar inscrito en programa de licenciatura o de posgrado en México o haber concluido esos estudios durante el año inmediato anterior (artículo 80, II). Esta relación nunca tendrá la característica de laboral,

¹⁴⁷ Ameglio, Eduardo J., “Formación profesional y empleo para jóvenes en Uruguay”, en *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, IJ-UNAM, México, No. 5, julio-diciembre de 2007, p. 13.

ni los beneficios o prestaciones de seguridad social a los que se pudieran tener derecho, y tendrá una duración máxima de 3 años (artículo 81, V).

Por otra parte, siguiendo con México, la recién promulgada Ley de Fomento al Primer Empleo busca incentivar a las empresas para que contraten a una persona que nunca ha estado inscrita en la seguridad social, mediante el otorgamiento de estímulos fiscales. Si bien este programa abarca mucho más que un sistema de pasantías laborales, la realidad es que la mayor preocupación es la motivación de los jóvenes de salir de una escuela y encontrar un trabajo adecuado (transición escuela-trabajo).

CAPÍTULO IV. ¿QUÉ TIPO DE PROTECCIÓN ANTE LAS NUEVAS FORMAS DE CONTRATACIÓN INDIVIDUAL?

En el desarrollo de esta investigación analizamos de forma muy general las características del derecho del trabajo en sus inicios, las necesidades que busca satisfacer, y los sujetos a los cuales se encuentra dirigido. En ese sentido, hemos sido testigos de la evolución que tuvo esta rama del derecho que si bien la necesidad de su nacimiento tuvo origen desde tiempos remotos, lo cierto es que su génesis la tuvo en el siglo XIX y su consolidación a principios del siglo XX, lo que es prueba fiel de su juventud.

Desde la segunda mitad del siglo XX, el derecho del trabajo es objeto de críticas que ponen en entredicho su naturaleza misma, pues en muchos casos bajo el derecho laboral se ha disminuido la protección de los trabajadores, poniéndolos en situaciones de empleo precario, o complicando el acceso al empleo y facilitando al despido; situaciones contrarias a la función de nuestra disciplina jurídica que sumado a la ineficiencia de las instituciones del derecho colectivo del trabajo, dejan ver un panorama complicado para la clase trabajadora.

Como lo mencionamos anteriormente, el derecho laboral debe buscar el equilibrio entre los factores de la producción, buscando la igualdad de las partes y salvaguardando los intereses legítimos de cada una, pero teniendo en cuenta que el trabajador pone en juego intereses de naturaleza humana, mientras que los del empleador son preponderantemente económicos.

Tomando en cuenta las anteriores consideraciones, somos testigos de verdaderas transformaciones que han sufrido las relaciones individuales de trabajo y los contratos laborales. Estas modificaciones se sujetan a los cambios económicos, sociales y tecnológicos en los que los seres humanos estamos siendo partícipes y que no se detendrán, por el contrario, seguirán apareciendo

dando al derecho laboral la obligación de regular dichas problemáticas para mantenerse ecuánime al satisfacer las necesidades para las cuales fue creado.

Las tendencias del derecho laboral dependen de región a región, y en muchos casos de país a país.¹⁴⁸ Lo importante es establecer criterios uniformes de protección a los trabajadores que se vean reflejados en los ordenamientos y permitan salvaguardar los derechos mediante la exigibilidad que se tenga de éstos.

Siguiendo este orden de ideas, en este capítulo haremos algunas consideraciones sobre la forma en que el derecho laboral debe proteger a los trabajadores ante las nuevas modalidades de contratación laboral. En el desarrollo de los anteriores capítulos señalamos el tratamiento que se ha dado en la legislación comparada para estos fenómenos, siendo el objeto del presente establecer un marco general que se incursione en las propuestas que se han venido debatiendo en los últimos años.

Todos estos esfuerzos forman parte del futuro del derecho laboral que no debe olvidar su función, por lo que tiene la obligación de adecuarse a la necesidad de protección de los trabajadores, y más importante todavía, dejar de justificar o “regular” figuras contractuales que ponen a los trabajadores en situaciones claramente desventajosas.

1. El papel de la regulación laboral

Las relaciones laborales en México son formalmente rígidas,¹⁴⁹ pues es la forma en que la legislación del trabajo ha pretendido regular al vínculo entre trabajadores y empleadores. Sin embargo, en el campo de los hechos, la

¹⁴⁸ Cfr., Mangarelli, Cristina, “Tendencias del derecho del trabajo”, *Gaceta Laboral*, Vol. 15, No. 1, Venezuela, 2009, pp. 87-100.

¹⁴⁹ Bouzas Ortiz, Alfonso, “De la flexibilidad laboral a la flexiseguridad laboral”, en Bouzas Ortiz, Alfonso (Coord.), *Perspectivas del trabajo en México*, UNAM, México, 2010, p. 103.

legislación laboral mexicana demuestra la ausencia de un marco jurídico adecuado ante los nuevos retos del derecho del trabajo y la necesidad de una reforma laboral, pues dicha rigidez se queda en la legislación, ya que en la realidad encontramos modelos flexibles de relaciones de trabajo no regulados en la ley, como el trabajo a prueba.

Como revisamos en el capítulo anterior, las legislaciones latinoamericanas y de Europa a las que hicimos referencia, han tratado de adecuar sus marcos normativos; mientras que en el caso de nuestro país, no se ha dado una reforma laboral sustantiva e importante desde que se promulgó la LFT actual, muy a pesar del empuje de la flexibilidad laboral desde la década de los '80 que en la actualidad ya se concibe como una regla en las relaciones laborales. Bajo esta perspectiva, la regulación laboral en nuestro país depende de los acuerdos contractuales entre los actores o de la emisión de criterios jurisprudenciales sobre las nuevas formas en que se está contratando mano de obra, lo que de ninguna manera es satisfactorio, pues son demasiados los temas que siguen pendientes de análisis.

México había sido vanguardista en la protección de los trabajadores mediante el establecimiento de derechos sociales en su Constitución, pero hoy en día, el derecho laboral mexicano está lejos de representar un ejemplo para alguna otra legislación.

Caso contrario el ocurrido en la legislación comparada, donde se ha buscado regular la problemática que nos ocupa, aunque no necesariamente con efectos benéficos para los trabajadores. De igual forma, la Organización Internacional del Trabajo realiza una importante labor al establecer criterios fundamentales en la concepción del *trabajo decente*¹⁵⁰ como la forma deseable en que debe prestarse la mano de obra para un empleador.

¹⁵⁰ El trabajo decente, término propuesto por la OIT, es esencial para el bienestar de las personas. Además de generar un ingreso, el trabajo facilita el progreso social y económico, y fortalece a las personas, a sus familias y comunidades. Pero todos estos avances dependen de

En ese sentido, instrumentos como la *Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo*¹⁵¹, debe ser atendida por cualquier sistema de regulación laboral para ofrecer a los trabajadores una adecuada perspectiva de protección antes las nuevas necesidades del mercado de trabajo. Esta Declaración retoma como antecedente los principios de la Declaración de Filadelfia, proponiendo un seguimiento constante de la normatividad internacional propuesta por la OIT en sus Convenios fundamentales, particularmente el caso de los países que no han ratificado dichos instrumentos.

Uno de los problemas al que nos enfrentamos con la falta de regulación de las nuevas modalidades de contratación laboral, es la exclusión de grupos sociales que no sean considerados como *adecuados* para el mercado de trabajo; por ejemplo, existen graves problemas de discriminación en el trabajo que no sólo generan un vínculo laboral precario, sino en muchos casos, ni siquiera éste existe, lo que dificulta el acceso a un empleo, terminado en la búsqueda o aceptación de una fuente de trabajo en condiciones inferiores a las establecidas por la ley.

Los contratos atípicos de trabajo son la más clara muestra de la modernidad que ha rebasado al derecho del trabajo. La regulación laboral seguirá estando lejos de las necesidades de la sociedad, los cambios económicos y los avances de la tecnología, pues precisamente son éstos los que demandan una adecuación de los regímenes laborales. El gran problema es que los empleadores han buscado disminuir las prestaciones laborales con la intención

que el trabajo sea trabajo decente, ya que el trabajo decente sintetiza las aspiraciones de los individuos durante su vida laboral. Ver: Programa de Trabajo Decente de la OIT, <http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/decent-work-agenda/lang-es/index.htm> (Fuente consultada el 30 de mayo de 2011).

¹⁵¹ Adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo de la OIT en su octogésima sexta reunión, Ginebra, Suiza, 18 de junio de 1998.

de salvaguardar los intereses de las empresas, sin tomar en consideración el costo social que a futuro será mucho mayor y más difícil de reparar.

Desde nuestra perspectiva el papel de la regulación, en relación a las nuevas modalidades de contratación laboral, tiene los siguientes retos:

- Adecuarse a las necesidades de la sociedad, respecto de las variaciones en el mercado de trabajo.
- Establecer esquemas de contratación individual que no precaricen los derechos de los trabajadores y que sean atractivos a los empleadores en los ámbitos de productividad y competitividad.
- Considerar que si bien, la flexibilización de la legislación laboral no es necesariamente inadecuada, tampoco es el justificante para precarizar a la prestación del trabajo.
- Contemplar una serie de medidas compensatorias para trabajadores, ante el establecimiento de medidas que flexibilizan la legislación laboral.
- Procurar y promover la contratación de trabajadores en modalidades más ajustadas a la tipicidad.
- Respetar y atender las perspectivas de análisis de la OIT en materia de contratación individual de trabajadores.

En nuestra opinión, la regulación laboral -particularmente en nuestro país- podría considerar estas situaciones, para establecer un marco jurídico apropiado. Estas propuestas no son resultado de ningún ejercicio creativo de nuestra parte, ni buscan dar al derecho del trabajo nuevos retos, lo que se hace es tratar de sistematizar y organizar lo propuesto en la legislación comparada respecto de este tema. Todos estos retos por cumplir en la regulación son resultado de debates que se han desarrollado en los últimos años y muchos de ellos ya aparecen atendidos en diversas legislaciones nacionales.

No queremos decir que la regulación laboral es *mágica*, ni que en ella debemos centrar todas las esperanzas, pues siempre la realidad superará a los sistemas normativos de cualquier naturaleza. Lo importante es identificar los problemas, tratando de ofrecer soluciones, aunque lo más importante –y esto sí es propio de las normas jurídicas- es ofrecer a los trabajadores las herramientas idóneas para exigir el cumplimiento de sus derechos.

2. Una protección especial o particular

Lejos ha quedado aquel esquema de contratación laboral que tomaba como punto medular al tiempo indeterminado y cuyas modalidades eran simples. En la actualidad, la diversidad de contratos laborales inunda los mercados de trabajo, donde los trabajadores se enfrentan a modalidades contractuales que en incontables ocasiones escapan de la naturaleza misma del derecho laboral.

Los contratos de trabajo requieren de una regulación específica que ofrezca a los trabajadores una protección particular ante las nuevas modalidades contractuales que en la mayoría de los casos, se caracterizan por la precariedad en ocasiones manifestada con la inestabilidad del trabajo.

Esta protección particular requiere de la existencia de un nuevo esquema de contratación individual que permita la convergencia de los derechos de los trabajadores, con las facultades y necesidades de los empleadores. El esquema clásico ya no es apropiado en la actualidad y ante las nuevas formas en que se están produciendo bienes y servicios.

El profesor Carlos Reynoso Castillo señala que el futuro esquema de contratación laboral esta guiado por los siguientes principios¹⁵²:

¹⁵² Reynoso Castillo, Carlos, “Hacia un nuevo esquema de contratación individual”, en Bouzas Ortiz, Alfonso (coord.), *Propuestas para una reforma laboral democrática*, UNAM, Grupo Parlamentario del PRD, México, 2007, p. 57.

- El equilibrio entre los factores de la producción.
- El contrato de trabajo debe ser la primera expresión jurídica de una relación laboral que permita garantizar un *trabajo decente*.
- El esquema de contratación individual debe ofrecer al empleador mecanismos que le permitan privilegiar el empleo como factor fundamental en el desarrollo de la empresa.
- El esquema de contratación individual ha de contar con la claridad necesaria que evite la inaplicación de los derechos sociales.

Bajo estos principios se pueden considerar dos modalidades de contratación individual: una que fomente a la contratación por tiempo indeterminado, mediante el otorgamiento de beneficios a los empleadores que recurran a esta modalidad; y otra que regule a la contratación individual en necesidades excepcionales (inherentes al trabajador, al empleador o a las características del trabajo), tratando de establecer un sistema de *numerus clausus* de las circunstancias en que puede recurrirse a las modalidades excepcionales.¹⁵³

El desarrollo de este esquema de contratación laboral permite otorgar a los trabajadores la protección especial, tan necesaria ante estos escenarios emergentes. Como lo hemos mencionado, este tipo de esquema de contratación ha sido adoptado por diversas legislaciones que buscan la protección de los trabajadores, mediante la regulación de las modalidades en que se está prestando el trabajo.

Al respecto, Reynoso Castillo hace propuestas interesantes al referirse a un esquema de contratación que busque privilegiar a las modalidades típicas de trabajo, y establecer un catálogo definido de circunstancias excepcionales que permitan recurrir a modalidades de contratación atípicas. Es decir, el esquema de contratación no debe combatir a los nuevos contratos de trabajo, o tratar de hacerlo; lo importante es que estas situaciones se encuentren reguladas. El

¹⁵³ *Ibidem.*

problema no es la existencia de nuevos contratos de trabajo –lo que es hasta normal por las características de nuestra disciplina- sino la nula o inadecuada regulación del derecho laboral.

El contrato de trabajo –particularmente en su expresión escrita- es la institución deseable para otorgar a los trabajadores esa anhelada salvaguarda y reconocimiento de sus derechos laborales, desafortunadamente es una figura que se encuentra en serios predicamentos por las agresiones de que ha sido objeto, por la falta de regulación y actualización, y por la errónea concepción de los empleadores sobre la preferencia de modificar el *factor trabajo* dentro de los modelos de producción. El contrato de trabajo o parece no existir, o es utilizado para fines muy diferentes a los que debe procurar.

Para otorgar la protección especial necesaria, los esquemas de contratación individual deben verse fortalecidos por la noción de la *relación laboral*, y una nueva conceptualización del mismo contrato de trabajo que involucre la aceptación de nuevas modalidades contractuales y la actualización de los conceptos que forman parte de éste¹⁵⁴.

La protección del empleo ha dejado de considerar a la *cantidad* como la principal preocupación, ya que en la actualidad la *calidad* del empleo tiene una necesidad especial¹⁵⁵, donde la protección particular a los trabajadores debe buscar centrar, con mayor fuerza, sus intenciones en la creación de normas laborales apropiadas que mantengan niveles de protección adecuados.

La mejor forma de lograr una protección especial o particular, es el establecimiento de mecanismos que verdaderamente equilibren a los factores

¹⁵⁴ Morales Ramírez, María Ascensión, “La desformalización interna del contrato de trabajo en México”, en Kurczyn Villalobos, Patricia (Coord.), *¿Hacia un nuevo derecho del trabajo?*, México, UNAM, 2003, p. 54.

¹⁵⁵ Cfr., Ermida Uriarte, Oscar, “Caractères, tendances et perspectives du droit du travail en Amérique Latine”, en *Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité social*, Burdeos, Francia, 2007, p. 49.

de la producción. No queremos satanizar a los empleadores, pero debemos tomar en consideración que han sido las necesidades de éstos y las diferencias del costo de la mano de obra, así como la existencia de legislaciones bien diferentes en cuanto al grado de protección que otorgan, las impulsoras en la disminución de las prestaciones laborales de los trabajadores con un alto costo social. Los empleadores tiene todo el derecho de proteger su inversión y buscar beneficios, siendo la autoridad la que tiene la obligación de establecer mecanismos que hagan congeniar los objetivos y necesidades de los sujetos de la producción.

3. El ejemplo de la flexiseguridad

La Comisión de las Comunidades Europeas presentó el 22 de noviembre del año 2006 en Bruselas un documento denominado *Libro Verde* con la temática “*Modernizar al Derecho Laboral para afrontar los retos del siglo XXI*”¹⁵⁶ (de ahora en adelante nos referiremos a este documento como el *Libro Verde*), en dicho documento se establecen los objetivos y las finalidades de implementar la modernidad del derecho laboral europeo, tomando en consideración las tendencias económicas que ya eran una realidad en ese año y que se fueron agravado con el paso del tiempo.

Cabe señalar que la Comisión de las Comunidades Europeas no ha dejado de ser objeto de importantes críticas¹⁵⁷ y comentarios respecto del tema central de su postura, pues ésta se basa en la incursión del término *flexiguridad* como un nuevo enfoque de relación laboral que hace armonizar la flexibilidad laboral

¹⁵⁶ Disponible en internet en el sitio: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2006:0708:FIN:ES:PDF>. Consultado el 20 de noviembre de 2010.

¹⁵⁷ Una de las críticas más severas es la expresada por la Confederación Europea de Sindicatos en la posición tomada por su Comité Ejecutivo en la reunión del 20 y 21 de marzo de 2007 en la ciudad de Roma, donde se manifestaron opiniones en favor de la no reducción de los derechos y las condiciones de trabajo. Al respecto ver: Confederación Sindical de Comisiones Obreras, *Un mercado laboral Europeo emergente con una fuerte dimensión social*, XI Congreso de la Confederación Europea de Sindicatos, cuadernos internacionales de información sindical, Madrid, España, 2007.

(modificación en la relación de trabajo que implica una adecuación del trabajador a las necesidades de la empresa) con la seguridad del empleo (certeza jurídica acerca de la estabilidad en el empleo y prestaciones laborales).

En ese tenor, organismos como la OIT, han hecho referencia a la misión y responsabilidad que adquiere la Comisión en la problemática planteada, pues el término *flexiguridad* es por demás polémico en muchos ámbitos: “Los políticos enfrentan el desafío de regular un mercado laboral que evoluciona rápidamente en el contexto de una economía globalizada. ¿Escucharán ellos el llamado a aprobar una mayor flexibilidad frente a lo que con frecuencia es presentado como rigidez del mercado, es decir protección y legislación del empleo, poder de negociación de los sindicatos, sistemas de bienestar generosos y altos impuestos al trabajo? ¿O se inclinarán por un modelo de “flexiguridad” que propone nuevas maneras de equilibrar la flexibilidad y la seguridad en relación al empleo, los ingresos y la protección social? La OIT promueve un modelo de “flexiguridad” que requiere pero también estimula altas tasas de empleo. El comportamiento del empleo será insatisfactorio si no hay empresas competitivas capaces de ajustar su fuerza de trabajo a las condiciones del mercado. Sin embargo los altos niveles de flexibilidad no resolverán el problema por si solos, a menos que los trabajadores tengan suficiente seguridad sobre sus empleos e ingresos, a través de recontractación intensiva, programas activos del mercado laboral, y respaldo de sus ingresos, lo cual podría motivarlos a aceptar mayor movilidad y flexibilidad, y a facilitar su adaptación. El diálogo entre gobiernos, trabajadores y empleadores para discutir estas políticas es esencial para poner en marcha modelos de flexiguridad”.¹⁵⁸

En páginas anteriores hicimos algunas consideraciones en torno a la flexibilidad laboral, como una de las tendencias actuales de las relaciones de trabajo. Por su parte, la seguridad es fundamental en la generación de nuevas

¹⁵⁸ Véase el documento completo publicado en el sitio de Internet de la OIT: http://www.ilo.org/global/Themes/Employment_Security/lang--es/index.htm, consultado el 30 de julio de 2009.

formas de relación laboral, pues el empleo debe estar basado en la seguridad que se brinda al trabajador, encaminada a la estabilidad laboral y al establecimiento de medidas compensatorias que deben aplicarse como respuesta a la flexibilidad de las relaciones laborales.

Lo que busca el *Libro Verde* es, como ya se hizo mención anteriormente, congeniar a la flexibilidad con la seguridad, con la intención de adaptar el derecho laboral a las tendencias económicas que afectan al mercado de trabajo, donde se requiere de una mayor capacidad de respuesta que desafortunadamente la concepción tradicional de derecho del trabajo no proporciona. Lo anterior se puede lograr si aterrizamos ambas nociones y la mezclamos en una sola que permita la evolución de esta disciplina jurídica, de tal manera que existan variantes a la visión clásica de los contratos de trabajo. Con ello, en teoría, tendremos la suficiente capacidad de afrontar diligentemente a las exigencias de una sociedad sumida en la crisis económica.

Tomando en cuenta las consideraciones anteriores, el *Libro Verde* concibe a la *flexiguridad* como: “La posibilidad de combinar distintas formas de flexibilidad y de seguridad en materia de empleo, para reforzar, de manera equilibrada, la capacidad de adaptación de los trabajadores y las empresas, al mismo tiempo que se les protege de los riesgos. Así pues, la flexiguridad es algo más que el mero equilibrio entre la flexibilidad externa y los sistemas de seguridad social. Cuanto más flexible sea el contrato, menor será la seguridad en el empleo y, por tanto, mayor ha de ser la protección (protección social, carrera profesional asegurada o seguridad profesional durante toda la vida activa)”.¹⁵⁹

Lo anterior resulta interesante, pues nos muestra el equilibrio deseable que debería existir entre las nociones de flexibilidad y de seguridad, ya que la

¹⁵⁹ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el "Libro Verde – Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI", realizado el 30 de mayo del 2007 en Bruselas. Dicho dictamen fue aprobado por 140 votos a favor, 82 en contra y 4 abstenciones. Véase el documento completo en <http://eescopinions.eesc.europa.eu>

posición europea está encaminada a la modernización del derecho laboral sin dejar cabos sueltos, en el sentido de que no por hacer más flexibles los contratos laborales se debe tener inseguridad en el empleo.

Desde el punto de vista de la organización empresarial, el *Libro Verde* señala la necesidad de innovar a las empresas para satisfacer las necesidades del mercado (pág. 5). Dichas innovaciones están ligadas al avance tecnológico, el crecimiento de los servicios, la intensificación de la competencia y la evolución en la demanda que realizan los consumidores de bienes y servicios; es por ello, que las empresas tienen la necesidad económica de contar con instituciones más flexibles para estar en condiciones de responder a los anteriores planteamientos.

La flexibilización se debe dar en el marco contractual, pues como analiza el Libro Verde (pág. 5), el hecho de que los contratos de trabajo tengan cláusulas exageradamente protectoras a los trabajadores, inhibe la contratación de las empresas en época de prosperidad; pues le resulta mucho más factible a un empleador tratar de afrontar la situación con sus trabajadores disponibles, que contratar nuevos y sujetarse a una rigidez contractual establecida en la ley (pág. 6). Esta afirmación tiene bastantes matices que pueden ser discutibles, pues como lo hemos mencionado, la inexistencia de una flexibilidad en la legislación laboral, no implica que ésta no exista en el campo de los hechos.

En concreto, el *Libro Verde* plantea que la función principal del empleador es allegarse de elementos que le permitan organizarse para producir de manera eficaz y eficiente (tomando en cuenta las dificultades del mercado). Las necesidades de las empresas en el ámbito de la mano de obra, se refieren a la incursión de modelos contractuales atípicos o clásicos flexibles (pág. 8) que permitan atraer y retener la mano de obra más diversificada, es decir más ajustada a la flexibilidad.

En todo esto, lo que es innegable es la decadencia de la industria típica, donde *la gran fábrica* -basada en las cadenas de montaje, una clase obrera industrial concentrada tanto en su lugar de trabajo como en comunidades o barrios obreros- tiende a desaparecer; las enormes manufacturas son remplazadas por una serie de pequeñas empresas que van de la industria casera hasta fábricas de alta tecnología dispersas en el campo y en la ciudad. Estas unidades de producción son más flexibles y autónomas, y se especializan en funciones más específicas. Esta mayor flexibilidad, si bien permite una más rápida respuesta frente las variaciones del mercado, origina una situación de gran inestabilidad para las empresas y para sus trabajadores, la mayoría de los cuales son contratados sin contemplar obligaciones sociales.¹⁶⁰

La profesora Sylvaine Laulom¹⁶¹, realiza una interesante sistematización de la flexiseguridad contenida en el Libro Verde, al señalar como cuatro los puntos distintivos contenidos en estas propuestas:

- Modalidades de trabajo flexibles (para el empresario y para el trabajador) gracias a las legislaciones laborales que autoricen modalidades de trabajo suficientemente flexibles.
- Políticas activas en el mercado laboral que ayuden eficazmente a los trabajadores a hacer frente a los cambios rápidos, a los periodos de desempleo y a las transiciones hacia nuevos empleos.
- Sistemas fiables y adaptables a la formación y educación a lo largo de la vida, encaminados a garantizar continuamente la capacidad de adaptación y la capacidad de empleo de los trabajadores.
- Sistemas modernos de seguridad social que convienen la necesidad de facilitar la movilidad en el mercado laboral y un complemento adecuado

¹⁶⁰ Ramos Ponce, María Guadalupe, "Derechos sociales, precariedad laboral y exclusión social en el marco de la globalización", en Ruiz Moreno, Ángel Guillermo (Coord.), *El derecho social en México a inicios del siglo XXI. Una visión en conjunto*, Porrúa, México, 2007, p. 270.

¹⁶¹ Laulom, Sylvaine, "El enfoque comentario del concepto de flexiseguridad", *Relaciones laborales. Revista de teoría y práctica*, Núms. 15-16, Año XXIII, Madrid, España, 2007, p. 44.

de los ingresos, en particular, mediante la eliminación de todas las restricciones a la movilidad de los trabajadores.

Así, hemos analizado la posición general que la Unión Europea plasma en el *Libro Verde*. La modernización del Derecho Laboral es sin lugar a dudas un tema importante, no sólo para Europa, sino en las repercusiones que puede tener en las relaciones laborales mundiales. El *Libro Verde*, si bien dirige sus consideraciones y sus propuestas al ámbito de la legislación laboral, está concebido más bien como un instrumento de análisis y apoyo para el desarrollo de la política de empleo y de recursos humanos en el contexto de la Europa comunitaria,¹⁶² y aunque el análisis se refiere a los problemas laborales de la comunidad europea, lo cierto es que también podemos encontrarlos en otras partes del mundo¹⁶³.

La importancia de los planteamientos del *Libro Verde* es de considerarse, ya que en muchos casos la concepción hecha por la Comisión de las Comunidades Europeas no es compartida. En nuestra opinión, el *Libro Verde* es un buen intento para proteger a los trabajadores que se encuentran bajo relaciones laborales atípicas, sin embargo, lo deseable sería que la protección se encaminará, más bien, a la eliminación de la precarización en la prestación del trabajo y no al ofrecimiento de una especie de *indemnización* por la prestación del mismo, consideración que fundamenta las críticas a la noción de flexiseguridad.

4. El Estado frente al trabajo atípico

La función del Estado es sumamente importante en la regulación de la problemática que ha generado la aparición de las nuevas modalidades de contratación laboral. Si bien los empleadores tienen cierta responsabilidad en el

¹⁶² García Murcia, Joaquín, "El Libro Verde europeo sobre el derecho laboral", en *Revista Internacional del Trabajo*, Vol. 126, Núm. 1-2, Ginebra, Suiza, 2007, p. 121.

¹⁶³ *Ibidem*, p. 122.

cambio de los sistemas de producción, junto con las necesidades empresariales; lo cierto es que son las políticas económicas y sociales las que propician el entorno demandante de estas adecuaciones, lo que es responsabilidad del Estado.

Hemos dicho hasta la saciedad que los cambios económicos, sociales y tecnológicos son la pauta para que las relaciones de trabajo, y más concretamente los contratos de trabajo, modifiquen sus estructuras a otras desconocidas. Siguiendo estas consideraciones y desde nuestra perspectiva, corresponden al Estado las siguientes funciones frente al trabajo atípico:

- La creación de un marco jurídico adecuado para que los derechos de los trabajadores se encuentren respaldados en los ordenamientos y por lo tanto formen parte del derecho positivo; siendo el tema de las reformas laborales fundamental en esta función.

En el caso mexicano han pasado más de 40 años desde que se modificó integralmente la Ley Federal del Trabajo, y la lucha entre los factores de la producción continua sin alcanzar el consenso necesario que propicie la tan anhelada reforma laboral que desde hace 15 años ya es una necesidad en nuestro país, por la apertura comercial generada a raíz de la adopción de tratados de libre comercio.

Hoy en día, los tiempos han cambiado ante los nuevos escenarios de globalización, los movimientos sociales y la implementación de avances en la tecnología; por lo que el derecho laboral mexicano se ha quedado muy atrás en la regulación de estas “novedades” que empiezan a poner en serios predicamentos a la naturaleza y razón de ser del derecho del trabajo.

Una reforma laboral “integral” no deberá subsumirse únicamente a la LFT, pues ésta requiere la reforma y adecuación de las leyes en materia de

seguridad social, de las disposiciones fiscales en materia de trabajo, de los códigos civiles que han servido para encubrir relaciones laborales, y en general, de las disposiciones que regulan la prestación del trabajo en sus diferentes ámbitos.

Evidentemente, la legislación laboral no es la única que forma parte un sistema jurídico, pero sí es la que otorga las herramientas necesarias para que la doctrina pueda seguir proponiendo, y los criterios jurisprudenciales puedan seguir interpretando. Mientras la legislación laboral no se adecue apropiadamente, no tendremos lo necesario para proteger a los trabajadores. Decimos *adecuación apropiada*, porque hasta el momento, en los intentos más recientes de reforma laboral mexicana¹⁶⁴, no se ha presentado algún proyecto que contemple una amplia gama de la pluralidad de contratos laborales, sin que con esto digamos que una legislación laboral para ser buena necesite un catalogo interminable de contratos, pues como lo mencionamos en su momento, hay contratos que ni siquiera están contemplados en un ordenamiento laboral. Lo importante es establecer los derechos mínimos de los trabajadores ante las nuevas modalidades de trabajo, cosa que no ocurre con los mencionados intentos de reforma laboral.

Hay que hacer la aclaración que en muchos países, aunque haya habido una modificación a las normas laborales y a otros ordenamientos, no se han dado los resultados esperados¹⁶⁵, e incluso se suele decir que dichas modificaciones son la expresión de la *desregulación* del derecho del trabajo, con consecuencias tales como el mantenimiento de las elevadas tasas de desempleo, el aumento de la informalidad y la migración.¹⁶⁶ Lo que es claro, y aunque está comprobado que ninguna modificación a los ordenamientos

¹⁶⁴ Nos referimos a la llamada "Ley Lozano" del año 2009 y a la iniciativa de reforma presentada por el Partido Revolucionario Institucional a inicios del 2011.

¹⁶⁵ Por ejemplo el caso de España, *Diario El País*, 03 de mayo de 2011.

¹⁶⁶ *Cfr.*, Bermúdez Alarcón, Katerine, "¿Cómo debe responder el derecho del trabajo al trabajo del futuro?", en Bouzas Ortiz, Alfonso (Coord.), *Perspectivas del trabajo en México*, UNAM, México, 2010, p. 82.

laborales, por si sola genera empleos;¹⁶⁷ también es verdad que es un buen intento de hacer frente a la problemática generada por los nuevos contratos de trabajo, que no vamos a detener y por lo tanto tenemos que afrontar.

- **Establecimiento de medidas compensatorias** por medio de políticas sociales, entendiendo por éstas a “las acciones a través de las cuales el Estado intenta proporcionar asistencia directa a los ciudadanos para elevar sus niveles de vida. La naturaleza “directa” de la asistencia es fundamental, ya que puede considerarse que muchas otras políticas (como por ejemplo la monetaria y la de comercio exterior) también mejoran el bienestar, pero funcionan en forma indirecta. Las políticas directas también pueden consistir en gasto público (educación, salud, transferencias condicionales de efectivo, vales para comida, ferias de salud) o legislación (el mandato de aportar a los sistemas de pensiones, seguros médicos y seguro de desempleo)”¹⁶⁸.

La idea anterior es un buen ejemplo sobre en qué deben consistir las políticas públicas-sociales que contengan medidas compensatorias para los trabajadores ante la flexibilización de las normas laborales. En nuestra opinión, estas compensaciones deben darse en dos ejes:

- Acceso al empleo.- Establecer mecanismos que ayuden a los trabajadores a insertarse en el mercado de trabajo formal, con la creación de políticas de empleo incluyentes, programas efectivos de formación profesional, incentivos a las empresas que generen empleos estables y creación de servicios de empleo eficientes.
- Seguro de desempleo.- Si las medidas de flexibilización a la legislación laboral significan facilidad en el tema de despido, es necesario crear un

¹⁶⁷ Véase: Rey Romay, Víctor, *México: decadencia industrial e intento de reforma laboral*, Breviarios de Investigaciones Económicas, IIE-UNAM, México, 2009.

¹⁶⁸ Pagés, Carmen (Ed.), *La era de la productividad. Cómo transformar las economías desde sus cimientos*, Banco Interamericano de Desarrollo, Washington, Estados Unidos, 2010, p. 217.

seguro de desempleo¹⁶⁹ que sea acorde a las necesidades del país. No se trata de establecer una herramienta para las personas que no quieren trabajar, se trata de establecer un mecanismo que ayude a las personas que han perdido su fuente de trabajo, a incorporarse lo más pronto posible y de la mejor manera al mercado de trabajo.

- **Es necesario fomentar la creación de empleo formal**, pues como analizamos en el capítulo segundo, la informalidad tiene un alto índice en las economías nacionales, por lo menos en Latinoamérica. El Estado debe fomentar la incorporación de las empresas que se encuentran en la informalidad, a los sistemas de protección social, pues si bien el trabajo informal no es novedoso, lo cierto es que la mayoría de las fuentes de trabajo de esa naturaleza se prestan con una enorme precariedad y desprotección para los trabajadores, y con esto queremos señalar que el trabajo informal podría considerarse como una forma atípica de prestación del trabajo que requiere atención especial¹⁷⁰.

Con estos elementos, reflejados en la regulación de las nuevas formas de contratación laboral, tendremos los elementos mínimos para ofrecer a los trabajadores un entorno adecuado para hacer frente a la problemática de las nuevas formas de contratación laboral. No queremos decir que esta sea *la solución*, pues la realidad es que todavía no se ha creado una alternativa que convenza a todos los interesados, pero esa es la función del derecho del trabajo y a eso debe dar respuestas para justificar su existencia y lo necesario de su actualización.

¹⁶⁹ Sobre este tema, desde la perspectiva latinoamericana: Velásquez Pinto, Mario, *La protección frente al desempleo en América latina*, CEPAL, Santiago de Chile, 2005.

¹⁷⁰ Véase: Reynaud, Emmanuel y Supiot, Alain (Coords), *Protección social y trabajo decente. Nuevas perspectivas para las normas internacionales de trabajo*, La Ley, Grupo Wolters Kluwer, Madrid, España, 2006. En donde se analizan las perspectivas de la protección social, con un apartado específico para la prestación de la seguridad social a los trabajadores del sector informal.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Existen concepciones clásicas en materia de contratación individual de trabajadores, pero no debemos cerrarnos en esos entornos, pues la economía, la tecnología y las mismas sociedades, seguirán modificando la forma en que se está prestando el trabajo, y el derecho laboral debe mantenerse alerta y proponer alternativas ante estas problemáticas.

SEGUNDA.- El entorno histórico en que nace la institución del contrato de trabajo, se da cuando las instituciones propias del derecho civil no otorgan un equilibrio entre los sujetos que intervienen en la producción de bienes y servicios. Esta figura nunca llegó a consolidarse como la única expresión de salvaguarda a los derechos de los trabajadores, afortunadamente, el concepto de relación de trabajo vino de apoyo al derecho laboral para regular las situaciones en que el alcance del contrato de trabajo era insuficiente.

TERCERA.- Las relaciones de trabajo siguen siendo objeto de una evolución o mutación en sus estructuras, en diversas modalidades, tan así que incluso podemos encontrar relaciones de trabajo en entornos aparentemente no laborales, lo que aunque es bastante paradójico, es una realidad.

Las relaciones laborales y el derecho del trabajo en general, son bastante jóvenes, pero sin lugar a dudas estamos en presencia de la disciplina jurídica que más cambios ha tenido y que mayores necesidades de actualización tiene día a día. Esta transformación de las relaciones de trabajo no tiene límites y pueden afectar a instituciones laborales que parecían estar plenamente consolidadas; incluso elementos característicos de las relaciones laborales son objeto de un importante cuestionamiento con una inminente necesidad de su actualización.

CUARTA.- Las transformaciones a que hemos hecho referencia en la conclusión anterior, han generado una explosión en las modalidades de contratación individual o el incremento en la utilización de aquellas que en el pasado eran la excepción; encontrando un catálogo enorme de contratos que en otros años hubieran sido impensables, pues escapan de las reglas generales como el tiempo indeterminado, la jornada completa, la empresa como lugar de trabajo y la plena identidad del empleador.

En el desarrollo del trabajo señalamos que el problema no fue la aparición de estas modalidades contractuales, sino la ausencia de una adecuada regulación de los mismos que evite su precarización. La legislación comparada parece haber dado pasos importantes en este tema, aunque muchos opinan que se está legalizando la *desregularización* del derecho del trabajo.

QUINTA.- Los nuevos contratos de trabajo, producto de la flexibilidad laboral, han aparecido y seguirán apareciendo otros con el paso de los años, lo importante es brindar la protección adecuada de dichas figuras y proteger a los trabajadores, mediante el equilibrio de los factores de la producción, esa es la tarea del derecho del trabajo que no debemos olvidar.

La protección se debe dar por medio de una adecuada regulación laboral que no se limita a los ordenamientos jurídicos, sino a toda una política pública de protección que incluya beneficios a los trabajadores y empleadores, sólo así será interesante y bien recibida una regulación de las nuevas formas individuales de contratación laboral.

SEXTA.- En nuestra opinión, los contratos que se han analizado en este trabajo son los que podrían formar parte del sistema jurídico mexicano; aunque algunos de ellos ya existen, como el caso del trabajo a domicilio. El caso es que los factores que modifican al derecho del trabajo siguen en movimiento y nosotros debemos seguir con adecuaciones normativas.

En otro sentido, la normatividad debe mejorar para continuar con las intenciones de evitar el ocultamiento de las relaciones laborales; incorporar la noción de trabajo parasubordinado, y establecer sistemas de protección social en el trabajo informal.

SÉPTIMA.- El tema que hemos analizado en el presente trabajo es un asunto complejo que no solamente se ciñe al derecho individual del trabajo, ya que podríamos realizar un estudio de las repercusiones y la importancia en los ámbitos de las instituciones colectivas del derecho laboral, los sistemas de administración e impartición de justicia, y por supuesto en el campo de la seguridad social.

El desarrollo de esta investigación es una invitación a continuar con el estudio constante de esta problemática, que no tiene un agotamiento cercano y nunca sobrarán estudios sobre el tema, pues la solución consensada, en el contexto mexicano, no parece estar cercana.

BIBLIOGRAFÍA

- BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, *Obligaciones civiles*, 5ª ed., Oxford University Press, México, 1999.
- BOUZAS ORTIZ, Alfonso (Coord.), *Perspectivas del trabajo en México*, IIE-UNAM, México, 2010.
- BUEN LOZANO, Néstor de, *Derecho del trabajo*, Tomo I, 13ª ed., Porrúa, México, 2000.
- _____, *El desarrollo del derecho del trabajo y su decadencia*, Porrúa, México, 2005.
- _____, *La decadencia del contrato. Con un apéndice veinte años después*, 2ª ed., Porrúa, México, 1986.
- _____, y MORGADO VALENZUELA, Emilio, (Coords.), *Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social*, IIJ-UNAM, México, 1997.
- BUEN UNNA, Claudia de, “El contrato de prestación de servicios profesionales, vía fraude laboral”, en KURCZYN VILLALOBOS, Patricia y PUIG HERNÁNDEZ, Carlos, (Coords.), *Estudios jurídicos en homenaje al doctor Néstor de Buen Lozano*, IIJ-UNAM, México, 2003, pp.167-183.
- CARDENAL CARRO, Miguel, *Contratos de trabajo formativos*, Editorial Aranzadi, Pamplona, España, 1997.
- CIUDAD REYNAUD, Adolfo, “Evolución y tendencias recientes del derecho del trabajo en América Latina”, en KURCZYN VILLALOBOS, Patricia (Coord.), *Evolución y tendencias recientes del derecho del trabajo y de la seguridad social en América*, IIJ-UNAM, México, 2006, pp. 217-244.
- CLIMÉNT BELTRÁN, Juan B., “La OIT y la contratación laboral”, en KURCZYN VILLALOBOS, Patricia y PUIG HERNÁNDEZ, Carlos, (Coords.), *Estudios jurídicos en homenaje al doctor Néstor de Buen Lozano*, IIJ-UNAM, México, 2003, pp. 235-251.

- CUEVA, Mario de la, *El nuevo derecho mexicano del trabajo. Tomo I. Historia, principios fundamentales, derecho individual y trabajos especiales*, 22ª ed., Porrúa, México, 2009.
- ERMIDA URIARTE, Oscar, "Caractères, tendances et perspectives du droit du travail en Amérique Latine", en *Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité social*, Burdeos, Francia, 2007, pp. 33-52.
- _____ y COLOTUZZO, Natalia, *Descentralización, tercerización, subcontratación*, Oficina Internacional del Trabajo, Proyecto FSAL, Lima, Perú, 2009.
- FABRE, Alexandre, *Le régime du pouvoir de l'employeur*, LGDJ, Francia, 2010.
- FREEDLAND, Mark, "Le contrat de travail, institution centrale du droit du travail", en *Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité social*, Burdeos, Francia, 2007, pp. 53-72.
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, 57ª edición, Porrúa, México, 2004.
- GARCÍA PIQUERAS, Manuel, *Las modalidades de contratos de trabajo en la reforma laboral*, 3ª ed., Editorial Comares, Granada, España, 1996.
- GARZA TOLEDO, Enrique de la y NEFFA, Julio César, (Comps.), *Trabajo y modelos productivos en América Latina. Argentina, Brasil, Colombia, México y Venezuela luego de la crisis del modelo de desarrollo neoliberal*, CLACSO, Buenos Aires, Argentina, 2010.
- GONZÁLEZ MARTÍNEZ, Ismael, "Proscripción de la organización obrera. La revolución francesa y el imperio del individualismo", *Revista alegatos*, UAM, México, número 22, septiembre-diciembre de 1992, pp. 140-143.
- JAVILLIER, Jean-Claude, *Droit du travail*, 6a ed., LGDJ, París, 1998,
- JEAMMAUD, Antoine, "La centralité retrouvée du contrat de travail en droit français", en KURCZYN VILLALOBOS, Patricia y PUIG HERNÁNDEZ, Carlos, (Coords.), *Estudios jurídicos en homenaje al doctor Néstor de Buen Lozano*, IIJ-UNAM, México, 2003, pp. 415-433.
- KURCZYN VILLALOBOS, Patricia, *Las nuevas relaciones de trabajo*, Porrúa, UNAM, México, 1999.

- _____, “Nuevas formas de contratación”, en KURCZYN VILLALOBOS, Patricia (Coord.), *Relaciones laborales en el siglo XXI*, 1ª reimpresión, STPS-UNAM, México, 2001, pp. 29-56.
- _____, REYNOSO CASTILLO, Carlos, y SÁNCHEZ-CASTAÑEDA, Alfredo, *La justicia laboral: administración e impartición*, IIJ-UNAM, México, 2005.
- _____, REYNOSO CASTILLO, Carlos, y SÁNCHEZ-CASTAÑEDA, Alfredo, *Derecho laboral globalizado*, IIJ-UNAM, México, 2007.
- LACAVEX BERUMEN, María Aurora de la Concepción, “¿Es el teletrabajo, trabajo a domicilio? Una revisión hispanoamericana”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, IIJ-UNAM, México, No. 9, julio-diciembre de 2009, pp. 89-118.
- LOYZAGA DE LA CUEVA, Octavio, “Algunas consideraciones sobre la esencia del derecho del trabajo”, *Revista alegatos*, UAM, México, número 22, septiembre-diciembre de 1992, pp. 133-139.
- _____, “Comentarios acerca del contrato de trabajo y la relación de trabajo”, *Revista alegatos*, UAM, México, números 56-57, enero-agosto de 2004, pp. 65-74.
- LYON-CAEN, Gérard, “L’argent du travail”, *Archivos de la Asociación Francesa de Filosofía del Derecho* (42), Francia, 1997, pp. 31-42.
- MCDOWELL, Linda y CHRISTOPHERSON, Susan, “Transforming work: new forms of employment and their regulation”, *Cambridge Journal of Regions, Economy and Society*, Inglaterra, 2009-2, pp. 335–342.
- MARQUET GUERRERO, Porfirio, “El contrato y la relación de trabajo”, en KURCZYN VILLALOBOS, Patricia y PUIG HERNÁNDEZ, Carlos, (Coords.), *Estudios jurídicos en homenaje al doctor Néstor de Buen Lozano*, IIJ-UNAM, México, 2003, pp. 517-534.
- MOLTÓ GARCÍA, Juan Ignacio, *La nueva contratación laboral*, Editorial Montecorvo, Madrid, España, 1999.

- MORALES RAMÍREZ, María Ascensión, "La desformalización interna del contrato de trabajo en México", en KURCZYN VILLALOBOS, Patricia (Coord.), *¿Hacia un nuevo derecho del trabajo?*, UNAM, México, 2003, pp. 47-56.
- OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *El ámbito de la relación de trabajo*, OIT, Ginebra, Suiza, 2003.
- PAGÉS, Carmen (Ed.), *La era de la productividad. Cómo transformar las economías desde sus cimientos*, Banco Interamericano de Desarrollo, Washington, Estados Unidos, 2010.
- PASCO COSMÓPOLIS, Mario, "Contratos de trabajo de jornada atípica", en KURCZYN VILLALOBOS, Patricia y PUIG HERNÁNDEZ, Carlos, (Coords.), *Estudios jurídicos en homenaje al doctor Néstor de Buen Lozano*, IIJ-UNAM, México, 2003, pp. 619-643.
- _____, "Contratos de trabajo, economía informal y empresas de mano de obra", en KURCZYN VILLALOBOS, Patricia (Coord.), *Decimocuarto encuentro Iberoamericano de derecho del trabajo*, IIJ-UNAM, México, 2006, pp. 67-85.
- _____, "Relaciones de trabajo especiales: el caso de las modalidades formativas", en KURCZYN VILLALOBOS, Patricia (Coord.), *Evolución y tendencias recientes del derecho del trabajo y de la seguridad social en América*, IIJ-UNAM, México, 2006, pp. 453-483.
- PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, *Contratos civiles*, 11ª ed., Porrúa, México, 2006.
- PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, *Los principios del derecho del trabajo*, Editorial M. B. A, Montevideo, Uruguay, 1975.
- RASO DELGUE, Juan, *La contratación atípica del trabajo*, Ed. Amalio M. Fernández, Montevideo, Uruguay, 2003.
- RENDON, Georges, *Le droit du travail en Amérique Latine*, Presses Universitaires de France, Serie Droit Privé, No. 7, París, Francia, 1970.
- REY ROMAY, Victor, *México: decadencia industrial e intento de reforma laboral*, Breviarios de Investigaciones Económicas, IIE-UNAM, México, 2009.

- REYNAUD, Emmanuel y SUPIOT, Alain (Coords), *Protección social y trabajo decente. Nuevas perspectivas para las normas internacionales de trabajo*, La Ley, Grupo Wolters Kluwer, Madrid, España, 2006
- REYNOSO CASTILLO, Carlos, *Los contratos de trabajo*, UAM, México, 2011.
- _____, *Derecho del trabajo, panorama y tendencias*, Miguel Ángel Porrúa, México, 2006.
- _____, *Hacia un nuevo esquema de contratación individual*, en Bouzas Ortiz, Alfonso (coord.), *Propuestas para una reforma laboral democrática*, UNAM, Grupo Parlamentario del PRD, 2007, México, pp. 45-61.
- _____, “Las vicisitudes del contrato de trabajo”, en KURCZYN VILLALOBOS, Patricia y PUIG HERNÁNDEZ, Carlos, (Coords.), *Estudios jurídicos en homenaje al doctor Néstor de Buen Lozano*, IIJ-UNAM, México, 2003, pp. 715-731.
- _____, “Los atentados al contrato de trabajo”, en KURCZYN VILLALOBOS, Patricia (Coord.), *¿Hacia un nuevo derecho del trabajo?*, UNAM, México, 2003, pp. 77-86.
- _____, “Sobre las nuevas contrataciones laborales”, en KURCZYN VILLALOBOS, Patricia (Coord.), *Relaciones laborales en el siglo XXI*, 1ª reimpresión, STPS-UNAM, México, 2001, pp. 57-67.
- RIVAS, Daniel, *La subordinación. Criterio distintivo del contrato de trabajo*, reimpresión, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 1999.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho Civil. Contratos*, Tomo I., Editorial Jus, México, 1944.
- RUIZ MORENO, Ángel Guillermo (Coord.), *El derecho social en México a inicios del siglo XXI. Una visión en conjunto*, Porrúa, México, 2007.
- SÁNCHEZ-CASTAÑEDA, Alfredo, “¿Hacia la decadencia del contrato de trabajo?”, en KURCZYN VILLALOBOS, Patricia y PUIG HERNÁNDEZ, Carlos, (Coords.), *Estudios jurídicos en homenaje al doctor Néstor de Buen Lozano*, IIJ-UNAM, México, 2003, pp. 767-790.

- _____, *Diccionario de derecho laboral*, Oxford University Press, México, 2005.
- _____, *Las transformaciones del derecho del trabajo*, México, IJ-UNAM, 2006.
- SUPIOT, Alain (Coord.), *Au-delà de l'emploi: Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*, Informe para la Comisión Europea, Flammarion, París, Francia, 1999.
- _____, "Pourquoi un droit du travail?", *Droit Social*, No. 6, Francia, junio de 1990, pp. 485-492.
- VERDIER, Jean-Maurice, *Droit du travail*, 10^a ed., Editorial Dalloz, Paris, Francia, 1996.
- ZAVALA GAMBOA, Oscar, "El trabajo por honorarios en México. Una visión jurisprudencial", *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, IJ-UNAM, México, No. 12, enero-junio de 2011, pp. 207-213.