



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**

**FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES
ARAGÓN
SEMINARIO DE DERECHOS HUMANOS,
GARANTÍAS Y AMPARO**

**“REGULACIÓN DE LOS CONTRATOS DE
TRABAJO POR INTERMEDIARIOS.
Búsqueda de seguridad jurídica y equilibrio
entre capital y trabajo”**

T E S I S

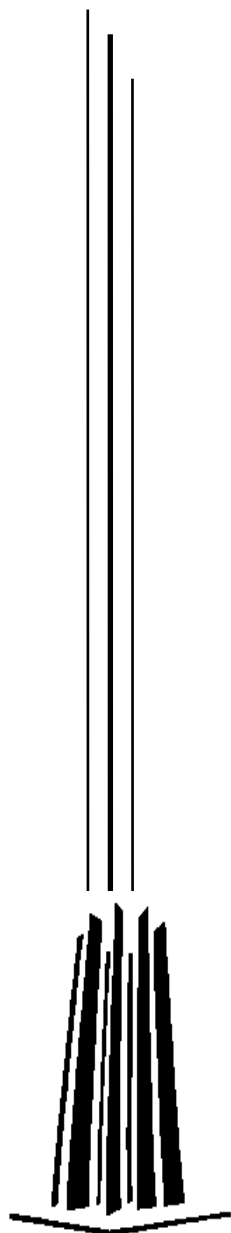
**QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO**

P R E S E N T A:

JOSÉ MANUEL RODRÍGUEZ ROMERO

ASESOR:

MTRO. JOSÉ ANTONIO SOBERANES MENDOZA



MÉXICO, ARAGÓN

JUNIO 2013



FES Aragón



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.

“En los siglos de la esclavitud no pudo surgir la idea del Derecho del Trabajo, porque implicaba una contradicción insalvable, ya que el esclavo era una cosa que, como tal, no podía ser titular de derechos; frente a este hecho, al Mundo antiguo y concretamente a Roma, le bastaba el derecho civil, estatuto que regulaba la compra-venta y el arrendamiento de esclavos, de los caballos y demás bestias de trabajo. Cuando el aumento de la población provocó una mayor demanda de satisfactores, sin que creciera el número de esclavos para producirlos, y se agravó a la vez la situación de los no propietarios, los hombres libres se dieron en arrendamiento, a fin de que los arrendatarios pudieran usar su energía de trabajo.”

MARIO DE LA CUEVA

A la Universidad Nacional Autónoma de México,

Que generosamente nos cobijó y nos dio el saber que nos permite ser lo que somos.

A la Facultad de Estudios Superiores Aragón,

Que me albergó en sus aulas y me formó como lo que soy y refrendo por este medio.

A mis maestros, sin cuya paciencia y apoyo no habría sido posible lograr este objetivo.

A mi asesor, el maestro JOSÉ ANTONIO SOBERANES MENDOZA,

que con su sabiduría, paciencia y apoyo me inspiró el valor y la confianza imprescindibles para emprender la complicada tarea contenida en este documento.

A mis compañeros,

Que en mis debilidades y flaquezas me tendieron siempre la mano y me levantaron e impulsaron hacia adelante.

GRACIAS

Por ustedes estoy aquí, en este momento trascendente.

ÍNDICE

CAPÍTULO I.....	1
ANTECEDENTES.	
1.1 Contratos de obra y de trabajo en Roma.....	2
1.2 Origen del contrato de Trabajo en México.....	4
1.3 El contrato de trabajo en el Derecho Civil.....	7
1.4 Surgimiento del Derecho del Trabajo como disciplina jurídica independiente..	10
CAPÍTULO II.....	14
EL TRABAJO EN LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS Y EL TRABAJO DECENTE SEGÚN LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO.	
2.1 El trabajo como derecho social protegido.....	17
2.2 Mecanismo de protección internacional.....	20
2.3 Influencia de la OIT en México.....	23
CAPÍTULO III.....	29
EL CONTRATO DE TRABAJO EN PAÍSES LATINOAMERICANOS	
3.1 Legislación laboral comparada.....	29
3.1.1 Legislación laboral en Colombia.....	31
3.1.2 Legislación laboral en Chile.....	34
3.1.3 Legislación laboral en Venezuela.....	36
3.2 Intermediarios en América Latina.....	37
3.2.1 Intermediarios en Colombia.....	38
3.2.2 Intermediarios en Chile.....	45

3.2.3 Intermediarios en Venezuela.....	53
CAPÍTULO IV.....	59
EL CONTRATO DE TRABAJO EN LA LEGISLACIÓN LABORAL MEXICANA	
4.1 Trabajo personal y subordinado.....	59
4.2 Contrato individual.....	61
4.3 Contrato colectivo.....	62
4.4 Contrato Ley.....	66
4.5 Aplicación del artículo 5º de la Ley Federal del Trabajo.....	67
CAPÍTULO V.....	69
LOS INTERMEDIARIOS EN LA CONTRATACIÓN LABORAL. SUS CARACTERÍSTICAS.	
5.1 La responsabilidad solidaria entre intermediario y destinatario del trabajo....	71
5.2 Igualdad de salarios por igualdad de trabajo.....	73
5.3 Intermediarismo en los contratos de trabajo según la jurisprudencia mexicana.....	74
CAPÍTULO VI.....	80
APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 740 DE LA LEY FEDERAL DEL TRABAJO	
6.1 Seguridad jurídica para el trabajador.....	81
6.2 Seguridad jurídica para el patrón beneficiario del trabajo subordinado.....	82
6.3 Propuesta de regulación: solidaridad efectiva.....	84
6.4 Reglamentación.....	89
6.4.1 Obligación del intermediario de comprobar solvencia.....	90

6.4.2 Obligación del intermediario de acreditar su propia sustentabilidad y garantizar el cumplimiento de sus obligaciones patronales.....	92
6.4.3 Obligación de la Junta de Conciliación y Arbitraje de verificar la sustentabilidad de la intermediaria y procurar el cumplimiento de sus obligaciones patronales.....	95
6.4.4 Obligación solidaria del destinatario y beneficiario del trabajo personal subordinado.....	97
6.4.5 Establecimiento de delitos por simulación con incumplimiento de obligaciones patronales.....	98
Conclusiones.....	101
Fuentes.....	103

INTRODUCCIÓN

La retribución del trabajo por el capital es un punto de controversia en México, que abarca ya varios años durante los cuales se ha pretendido reformar o hasta abrogar la Ley Federal del Trabajo, tildada de “anacrónica”, “desfasada” y señalada por los organismos empresariales como rígida y freno para el flujo de inversión en el país. Cada año, sendas comisiones nacionales definen el incremento al salario mínimo y el precio de la “canasta básica”, y es muy notoria la diferencia entre las cantidades resultantes en cada ocasión. La “canasta básica” cuesta cuatro o cinco veces el salario mínimo vigente, lo que convierte en letra muerta el principio constitucional del salario “remunerador”.

Si la “canasta básica” es el mínimo de satisfactores diarios de una familia trabajadora, el salario debería ser el equivalente en dinero del costo de dicha canasta, pero los organismos responsables y los legisladores parecen no darse cuenta de la incongruencia que esto representa y, en vez de buscar el equilibrio entre ambos, limitan los ingresos del trabajador aduciendo que la inflación ha sido baja y señalando el porcentaje de incremento salarial, según su criterio, bajo el argumento de que no resulte “inflacionario”.

Ante la negativa de los legisladores para aprobar la reforma laboral que demandan los grupos empresariales, quienes pretenden reducir las prestaciones y eliminar el derecho a la estabilidad en el trabajo, fundamental para los trabajadores que viven de su salario, el intermediarismo laboral se ha difundido entre los empresarios del país, y va convirtiéndose en la forma predilecta de burlar los Derechos Humanos laborales, el artículo 123 constitucional, en su apartado A y la Ley Federal del Trabajo en lo referente a prestaciones constitucionales y condiciones de trabajo; los intermediarios son fantasmales y, cuando los trabajadores contratados a través de ellos quieren reclamar sus derechos, los mismos les son negados, haciendo nugatorias las disposiciones de nuestra Carta Magna y su correspondiente Ley reglamentaria, pues resulta que no los encuentran por haber cambiado de domicilio o simplemente, desaparecido. En consecuencia, no hay a quien exigirle la responsabilidad patronal.

Los artículos 12 y 13 de la Ley Federal del Trabajo han resultado insuficientes para asegurar el cumplimiento de la obligación patronal, entonces se vuelve cada vez más urgente acotar las posibilidades de abandono hacia los trabajadores y dotar de eficacia a los artículos que establecen la solidaridad pasiva

en dicho ámbito. Esta será la forma de encuadrar los referidos contratos a los artículos 22 a 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Este es un ámbito poco explorado y poco regulado en nuestra legislación, a pesar de la reforma reciente; se observa que los contratos por *intermediarios* van aumentando y con ello, de hecho, se va reduciendo el *mínimum* de derechos de la clase trabajadora en aras de la “competitividad” empresarial, sin considerar que mayor competitividad se obtendría con trabajadores bien alimentados, educados y satisfechos de sus condiciones materiales de existencia, tal como lo establecen la Declaración Universal de Derechos humanos en sus artículos 22 a 25 y nuestra Carta Magna en su artículo 123, apartado A fracciones VI párrafo segundo, VII y XXVII inciso b.

Con este trabajo pretendemos formular una propuesta de normatividad que llene las lagunas hasta hoy aprovechadas por los intermediarios en detrimento de los empresarios receptores del trabajo personal subordinado y por éstos en detrimento de la parte trabajadora.

A través de fuentes bibliográficas, hemerográficas y documentales relativas a dicha modalidad de contratación en nuestro país y en el extranjero, en todas las fuentes disponibles, conoceremos la regulación existente en nuestro entorno nacional e internacional, así como sus antecedentes y, mediante su análisis histórico, exegético y comparativo interpretamos dicho marco normativo, partiendo de ello efectuamos un análisis dialéctico de los factores fundamentales que intervienen en toda relación laboral y para conocer su pertinencia en cuanto a la preservación de los Derechos Humanos, constitucionales y legales de nuestros trabajadores.

Los contratos de trabajo a través de intermediarios, sin la regulación suficiente y clara, socavan los derechos laborales, e inclusive empresariales, por lo cual se debe regular con mayor precisión esta manera de contratar a los trabajadores.

El establecer de manera clara y precisa las obligaciones de las partes en el contrato laboral, permitirá comprender una modalidad poco estudiada y poco regulada de dicho “acuerdo de voluntades” y contextualizar dicha modalidad en el marco de la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y la Ley Federal del Trabajo, en cuanto a su sujeción a las mismas.

Lo anterior dará mayor claridad en cuanto a la seguridad jurídica tanto a los trabajadores como a los empresarios receptores del servicio prestado, tratándose de contratos de outsourcing.

Para poner en práctica lo señalado, transitamos en el capítulo I por las formas de contratar el trabajo en el régimen esclavista imperante en Roma en los siglos VIII VII a. n. e. y su parecido con los actuales contratos que, bajo la globalización, se difunden por el mundo y, particularmente, en México. Revisamos la aparición del contrato de trabajo en México y su regulación por el Derecho Civil hasta su escisión de esta rama jurídica y la adquisición de personalidad propia en el Derecho del Trabajo como rama independiente y constitutiva del Derecho Social.

En el capítulo II damos fe del ascenso de nuestra Declaración de Derechos surgida en el Congreso Constituyente de 1856 – 1857 y plasmado en el artículo 123 de la Carta Magna redactada en Querétaro en 1917, recogidos en Versalles por la Organización Internacional del Trabajo y, con mayor experiencia acumulada, ocupan lugar preponderante en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de las cuales se retroalimenta el Derecho Mexicano del Trabajo a través de tratados internacionales y de la inclusión del concepto de Trabajo Decente en el artículo 2 de la Ley Federal del Trabajo vigente en la actualidad.

En seguida, en el capítulo III nos miramos en el espejo de nuestros hermanos más próximos, herederos como nosotros de la tradición romanista traída al continente por los conquistadores españoles, pero en constante evolución, comparamos la regulación del trabajo en general y del contrato por intermediarios imperante en cada uno de los países elegidos como modelo: Colombia, Chile y Venezuela, para aprovechar su experiencia, conocer la forma de proteger a trabajadores y empresarios de los posibles inconvenientes de este modo de establecer las relaciones laborales.

Analizamos someramente, en el capítulo IV, los contratos de trabajo regulados por nuestra Ley, así como la protección de los derechos de la parte subordinada al establecer el artículo 5 su carácter irrenunciable y declarar sin efectos cualquier estipulación que al respecto pudiere plasmarse en los contratos u otros documentos regulatorios de la relación laboral.

En quinto lugar, analizamos la regulación escasa que durante muchos años existió en México y su reflejo, así como el de los conflictos generados, en la jurisprudencia mexicana, que no resultó fructífera en la cobertura de las lagunas legales en la materia.

Finalmente, el Capítulo VI contiene nuestro análisis de la situación actual del *contrato de trabajo en régimen de subcontratación*, a través de los artículos reformados y no reformados, nuestra crítica a la reforma en este ámbito y lo que proponemos para mejorar la regulación de los contratos de trabajo por

intermediarios. Plasmamos en él nuestra forma de concebir la seguridad jurídica y el equilibrio entre capital y trabajo a través del ajuste de la reforma en las graves inconsistencias que contiene: reformar lo reformado, como suele suceder en México por la premura con que trabajan nuestros legisladores.

REGULACIÓN DE LOS CONTRATOS DE TRABAJO POR INTERMEDIARIOS. Búsqueda de seguridad jurídica y equilibrio entre capital y trabajo”

CAPÍTULO I ANTECEDENTES

Las relaciones de trabajo iniciaron en los albores del desarrollo económico de la Humanidad, en aquellas civilizaciones paradigmáticas para el Derecho, particularmente la romana, en la cual aún en el Esclavismo se celebraban diversos contratos a ejecutar por cuenta de personas diversas de sus beneficiarios. Así, el *Locatio conductio operis*, el *locatio conductio operarum* y el contrato de mandato, fueron el germen de las relaciones laborales formalmente establecidas. Los países de tradición romanista en el Derecho, entre los cuales se cuenta México, previos ajustes pertinentes, adoptaron el “esqueleto” del “*Corpus Iuris Civilis*” y a él deben las características fundamentales de sus instituciones. No pasa desapercibido que también tomamos instituciones del Código de Napoleón o Código Napoleónico, sin embargo, éste recibió también la influencia romana.

1.1 Contratos de obra y de trabajo en Roma.

El primer antecedente se refiere al contrato de arrendamiento, genéricamente definido como “Contrato consensual de buena fe, por el que una persona denominada *locator* (arrendador) ‘coloca’ algo en manos de otra llamada *conductor* (arrendatario) quien la ‘conduce’ o ‘lleva’; aquel que recibe el beneficio dentro del contrato, debe pagar la *merces* (renta).”¹ Tal concepción refleja como se entendía la prestación de servicios personales, relacionándola con los objetos obtenidos como resultado de ella.

¹ PADILLA SAHAGÚN, Gumesindo, Derecho Romano, Mc. Graw Hill, México, 2008, p. 252.

Es decir, en la Roma de los siglos VIII Y VII a.n.e. se celebraba el contrato genéricamente conocido como *locatio – conductio*, que consistía en “proporcionar temporalmente y mediante remuneración objetos o energía humana”² y se dividía en cuatro modalidades: “a) *Locatio conductio rerum* (de arrendamiento), por el cual el *locator* se obliga a proporcionar a otra persona, el *conductor*, el goce temporal de una cosa no consumible, a cambio de una remuneración en dinero. b) De *aparcería*, por el cual el *locator* se obligaba a proporcionar a otra persona, el *colonus partiarius*, el goce temporal de un terreno agrícola, prometiéndole, en cambio, cierto porcentaje de los frutos que se tuvieran en ese terreno. c) *Locatio conductio operarum*, por el cual el *locator* se obliga a proporcionar a un patrón, el *conductor*, sus servicios personales durante algún tiempo, a cambio de cierta remuneración periódica en dinero. d) *Locatio conductio operis* o contrato de obra, a través del cual el *conductor* se obligaba a realizar cierta obra para el *locator*, mediante el pago de un precio determinado.”³

Es de observarse que ambos contratos, de trabajo y de obra, eran especies del mismo género, *Locatio conductio*, que es el arrendamiento, lo cual no debe extrañar si consideramos que se trata de una sociedad esclavista, en la cual los seres humanos se dividían en libres y esclavos y éstos eran considerados instrumentos de trabajo parlantes, pues su diferencia respecto a los demás instrumentos era su capacidad de hablar, de hablar. Y, aunque el contrato se celebraba entre hombres libres, era común que se mezclaran los esclavos de éstos en el cumplimiento de la obligación, a lo que se sumaba aquella categoría de hombres libres pero subordinados a una familia notable, *cliens*, que trabajaban para tal familia y recibían como parte de su compensación, el derecho de vivir en una casa de la familia en cuestión. Esta es la causa de la asimilación de todos los contratos en el rubro arrendamiento, debido a que, en apariencia, el *cliens* arrendaba su fuerza física, y, de manera más clara, se arrendaba esclavos, lo cual se incluía en la *Locatio conductio rerum* o *Locatio conductio rei*.

² MARGADANT S., Guillermo Floris, Derecho Romano, Porrúa, México, 1981, p. 411.

³ Ídem.

Pero a lo largo de dos mil años aproximadamente, y una gran cantidad de contratos celebrados, ellos se han diferenciado como consecuencia de las características propias de cada convención según las necesidades de los contratantes y se han separado definitivamente, y en el ámbito de nuestro Derecho podemos observar que “la aparcería rural (Art. 2739-2763 del Código Civil) se ha incorporado al título de asociaciones y sociedades; las normas para el contrato de obra a precio alzado (Art. 2616-2645 del Código Civil) no se refieren para nada a la reglamentación del arrendamiento (art. 2398-2496 del Código Civil); y el contrato de trabajo no corresponde ya al código civil, sino que reclama para sí solo la extensa Ley Federal del Trabajo.”⁴ Este último es el que nos interesa y por ello hablaremos de él con mayor amplitud.

Según el citado Gumesindo Padilla, en la *locatio conductio operarum* “El *locator* (arrendador) se obliga a prestar sus servicios al *conductor* (arrendatario), quien a su vez se obliga a pagar la *merces* por ellos, lo que hoy llamamos contrato de trabajo. Como se trata de una persona libre, se habla de *operas suas locare* (arrendar sus servicios) y no de una *locatio conductio rei*, como en el caso de los servicios de un esclavo.”⁵

Relacionado con el contrato de trabajo, y parecido a él, existía el contrato de obra, que también involucraba trabajo, pero la relación entre las partes era distinta, como lo señala Margadant: “El contrato de obra se diferenciaba del contrato de trabajo por el hecho de que el objeto de éste era la prestación de un servicio; y el de aquél, el resultado de un trabajo.

En la *locatio conductio operis*, el *locator* era el que entregaba (colocaba) la obra y el *conductor* el que la ejecutaba, de modo que en esta rama de la *locatio conductio*

⁴ Margadant, Loc. Cit.

⁵ Padilla Sahagún, Op. Cit, p.257.

era precisamente el *conductor* quien recibía la *merx*, y no el *locator*, como en las otras formas de este contrato que hemos estudiado.”⁶

Resulta, entonces, que si hablamos de contrato de trabajo, en la *locatio conductio operarum*, el *locator* paga por el trabajo realizado, mientras que en el contrato de obra, *locatio conductio operis*, paga por el resultado del trabajo, como si nuestros actuales trabajadores recibieran su pago, en el primer caso por día, y en el segundo, por unidad de obra (destajo), pues el *locator* se obliga a proporcionar el material requerido por el *conductor* para realizar la obra.

Además, la *locatio conductio rei* señalada por Padilla, considera entre los casos especiales, el arrendamiento de los servicios de un esclavo. “El *locator* que arrienda un esclavo, cobra la *merces* que paga el conductor, el amo responde por dolo y culpa.”⁷ El fin de esto es el lucro a costa de una cosa (un instrumento de trabajo parlante) que se arrienda a otra persona, lo cual se parece al *outsourcing* en la forma de prestar un servicio, como veremos en el capítulo correspondiente. Y no pocas veces en los contratos de obra el *conductor* la realizaba con trabajo esclavo, que también se parece al *outsourcing* en lo mismo que el anterior. Los servicios profesionales quedan convenientemente separados bajo el rubro del mandato remunerado, aproximadamente como sucede hoy en nuestra legislación con los apoderados legales, gerentes de empresa y profesionistas independientes, quienes representan a su mandante y cobran por ello.

1.2 Origen del contrato de Trabajo en México.

En nuestro país existen antecedentes remotos del Derecho del Trabajo; los hay en las disposiciones de la Colonia hasta nuestros días; sin embargo, éste no se concretó hasta mediados del siglo XX, cuando se reglamentó en forma detallada el artículo 123 constitucional, plasmado en su esencia por

⁶ Margadant, Op. Cit., p. 416.

⁷ Ídem.

revolucionarios a quienes preocupaba la grave situación de los trabajadores del país, sobreexplotados, reprimidos y masacrados bajo el porfiriato.

Así consta en la Recopilación de Indias, Libro VI título XII, ley Xj emitida en 1549 por el Emperador Carlos III, “Del Servicio Personal”, en la cual se limita la explotación de que eran víctimas los indígenas, a quienes se les obligaba a cargar productos que los encomenderos vendían en las ciudades y las minas, con el fin de hacer menos penosa su vida y mayor su rendimiento en el trabajo para el cual se les destinaba. Esto representa una ventaja para la Corona y los mineros, pues los indios rendirían más, los tributos serían más abundantes al ser abundantes las ganancias, pero por lo que fuera, la vida de los hombres americanos mejoraba en su ámbito laboral:

“Ordenamos , que desde los Puertos de Mar no se puedan llevar á los Pueblos ni otra parte , bastimentos, ni otra cosa de carga por los indios, y permitimos, que si de su voluntad se quisieren alquilar en los puertos para descargar las Naos solamente , y llevar la carga a tierra, lo puedan hazer , con que la distancia no sea mas de media legua , con las penas, que sobre la prohibición están impuestas.”⁸

En esta cita se observa la prohibición de la Corona respecto a la carga de los “indios” por españoles, y se deja a su libre albedrío que se “alquilen” para trabajos de carga, también limitados a una distancia de media legua, lo que puede considerarse como contrato laboral para obra determinada, si aplicamos por analogía nuestro artículo 20 de la Ley Federal del trabajo, que equipara la relación de hecho a la existencia del contrato escrito, sin dejar de notar el término *alquilar*, indicativo del arrendamiento, propio de la época. A lo cual alude también Bernardo García Martínez en la obra colectiva de El Colegio de México:

“Otro aspecto muy importante de la inserción de los pueblos en los circuitos económicos coloniales se halla en el trabajo. Ya vimos cómo la abolición del

⁸ Legislación de Indias. <http://www.congreso.gob.pe/ntley/ConstitucionP.htm>.

servicio personal como parte del tributo abrió paso al sistema del repartimiento, prestación forzosa de trabajo, pero que contemplaba la remuneración de los trabajadores por parte de los beneficiarios de sus servicios. El repartimiento se convirtió en una práctica generalizada y reglamentada a partir de la segunda mitad del siglo.”⁹

El trabajo, en el México Colonial, apareció como una actividad forzosa remunerada, forzosa en su literalidad, pues el trabajador no tenía la posibilidad de rehusarlo y debía conformarse, obviamente, con el jornal que se le pagara, y si hemos de aplicar los criterios que manejamos hasta ahora, la desigualdad no puede ser más evidente: la voluntad del encomendero impuesta por la fuerza al *indio* que le fue repartido y encomendado, así era la relación de trabajo en el siglo XVI, y en el XVII, con la evolución de la sociedad novohispana y su traslado del campo a la ciudad, surgen nuevas estructuras determinadas por las necesidades de producir lo que la sociedad urbana demandaba, el artesanado cobra auge y su estructura se desarrolla y complica, en beneficio de los maestros y detrimento de los aprendices, como refiere Jorge Alberto Manrique en la obra colectiva citada:

“La cultura criolla será urbana principalmente, y por eso mismo refinada, tratada como un objeto precioso. La ciudad, por otra parte, se organiza. El cabildo define sus funciones y su relación con el virrey e Iglesia. Los gremios ven expedidas o reformadas sus ordenanzas y establecen todo ese sistema complicadísimo que permite ascender a un aprendiz a los grados de oficial o maestro. Protegiéndose a sí mismos, los gremios son pieza integrante y fundamental del organismo urbano, sus veedores y jueces son simultáneamente oficiales del ayuntamiento; sus cofradías tienen reconocimiento eclesiástico y sitio en la catedral.”¹⁰

⁹ GARCÍA MARTÍNEZ, Bernardo, et al Historia General de México, El Colegio de México, México, 2000, pág. 291.

¹⁰ *Íbidem*, Pág. 447.

Esta estructura estaba calculada para impedir que el grupo de maestros con derecho a establecer un taller, producir y vender, creciera y se hiciera competencia entre sí, por lo cual se prolongaba la permanencia de los subordinados en su categoría de oficial, ayudante de primera, segunda o de tercera y aprendiz a quienes se explotaba durante casi toda su vida en el taller artesanal. Éste fue el germen de la estructura capitalista actual que, paradójicamente, no fue dominada por el maestro artesano sino por el comerciante que fue satisfaciendo la demanda del mercado creciente y, para lograrlo, reorganizó cada vez de manera más precisa a los artesanos de todas las categorías y les proporcionó los medios de trabajo y materias primas hasta convertir a todos en asalariados suyos. El capital comercial se convirtió en capital industrial, el comerciante en patrón y todos los demás, en asalariados.

En el México Independiente, la situación de los trabajadores no cambió mucho, pues el sistema económico era el mismo, dado que no se trató de una Revolución de clase sino de una lucha de facciones por el dominio del sistema económico y político del antiguo virreinato, y la carencia de leyes propias, natural de toda nación joven, condujo a la aplicación de las españolas, que poco a poco fueron cambiando por otras, debido al avance de las ideas liberales de los mexicanos en busca de su propia personalidad como país.

1.3 El contrato de trabajo en el Derecho Civil.

Por influencia del Derecho Romano y de éste en el francés, el contrato de trabajo fue reglamentado junto con el de obra, y así llegó a México, según refiere Margadant en su multicitado libro: *“Por esta incorporación del contrato de trabajo en la locatio conductio, el Código Napoleón y los diversos códigos inspirados en él, reglamentaron el trabajo asalariado junto con el contrato de obra, bajo el título de ‘arrendamiento’. En México, la legislación del primer Código Civil (1870) reconoció, en la exposición de motivos, que ‘parece un atentado a la dignidad humana llamar alquiler a la prestación de servicios personales’. Por tanto, desde*

1870 se separaron en México el contrato de trabajo y el de arrendamiento. Sin embargo, los contratos de trabajo y los de obra quedaron todavía juntos. A consecuencia de la revolución Mexicana, el concepto de trabajo salió, finalmente, del Código Civil. De este modo se separaron en el derecho mexicano, en dos etapas, tres contratos que durante dos milenios habían sido compañeros de viaje.”¹¹

De modo que el Código Civil continuó siendo la norma reguladora de las relaciones de trabajo, llamadas desde entonces de otra forma, pero poniendo en el centro y esencia del mismo el acuerdo de voluntades y equiparando la del trabajador con la del patrón, requisito imprescindible en las relaciones de Derecho Civil, de carácter eminentemente privado, sin considerar la gran desigualdad en que se encuentran por su respectiva situación respecto a los medios de producción y de trabajo, lo cual restringe la libertad formal que la Constitución otorga a los ciudadanos. Actualmente la única mención que encontramos al respecto, se contiene en el artículo 2605 que nos remite a la Ley Federal del Trabajo, como testimonio del origen de su regulación civil:

ARTICULO 2,605.- El servicio doméstico, el servicio por jornal, el servicio a precio alzado en el que el operario sólo pone su trabajo, y el contrato de aprendizaje, se regirán por la Ley Federal del Trabajo.

Si bien, los artículos 2616 al 2645 regulan el contrato de obra a precio alzado, ellos se refieren a una relación empresarial que se establece entre quien requiere una obra y quien se obliga a efectuarla con los materiales y características específicas y contratando a los operarios que requiera, cuya relación de trabajo estará regida por la Ley Federal del Trabajo. El Derecho Civil fue una reacción ante la carencia total de derechos que sufrían las clases mayoritarias en el Esclavismo y el Feudalismo, y en él se plasmó la aspiración de los oprimidos a ser reconocidos como personas, como ciudadanos, y dejar de ser

¹¹ Margadant, Loc. Cit.

instrumentos de trabajo. Como siempre que se trata de la decadencia de una sociedad y el surgimiento de una nueva, la clase emergente que ha conquistado los espacios económicos principales conquista, al mismo tiempo la preeminencia ideológica, filosófica, política y, por lo tanto, también la jurídica, pues las nuevas formas de organización de la economía en torno a nuevas formas de propiedad imponen relaciones sociales de nuevo tipo que deberán siempre ser reguladas, así nos lo expresa Mario de la Cueva: “el derecho civil de la Edad contemporánea se formó sobre los escombros de la sociedad esclavista que vivió hace más de dos milenios en la Península Itálica, adoptó como trasfondo uno de los aspectos aristotélicos de justicia y se nutrió de un acendrado individualismo y de las tesis del liberalismo económico que gobernaron la sociedad capitalista.”¹²

Pero esas relaciones individualistas con sello aristotélico y liberal, aún no fueron entendidas en su esencia y siguieron reguladas por el Derecho Civil, cuya esencia es la igualdad de las partes que celebran un acuerdo de voluntades, sin percibir que no puede haber igualdad entre la voluntad de quien todo lo tiene y quien de todo carece: “Las relaciones de trabajo se concibieron como una forma del contrato de arrendamiento, tal como lo habían proclamado los jurisconsultos romanos. Una de tantas distinciones diabólicas estableció que en las relaciones de trabajo la cosa arrendada no era la persona humana como tal, sino su energía de trabajo; así se salvaban teóricamente la libertad y la dignidad del hombre-trabajador y se abría la posibilidad, ya sin menoscabo de su personalidad, para que su energía de trabajo quedara regulada por las normas que regían los contratos y las obligaciones. Según estos razonamientos, la energía humana de trabajo quedó reducida a una cosa que en nada se distinguía de los vehículos o de los animales. Fue entonces, sobre esta concepción esclavista de la energía de trabajo, que hizo acto de presencia la Escuela económica liberal para sostener que pues el trabajo era una cosa que estaba en el comercio, su precio o contraprestación debía regirse por la ley de la oferta y la demanda.”¹³

¹² DE LA CUEVA, Mario, El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo, Ed. Porrúa, 2003, Pág. 81.

¹³ *Ibidem*, Págs. 81 y 82

Aquí se expresa ya la concepción del trabajo como algo distinto a la mercancía que produce, y que él mismo es una mercancía, “una cosa que estaba en el comercio”. Aunque no coincide con el antiguo planteamiento de los marxistas, según los cuales el trabajador posee *fuerza de trabajo*, la cual vende al capitalista y éste, a su vez, la consume, la utiliza en el proceso productivo del cual obtiene las mercancías, y Mario de la Cueva cuestiona que por ser tal, mercancía, la fuerza de trabajo se venda en el mercado según la ley de la oferta y la demanda y no se proteja a su vendedor que, cuando la vende, se desgasta y reduce paulatinamente su esperanza de vida. Nótese que De la Cueva menciona “energía de trabajo”, tal como el materialismo marxista concibe la “fuerza de trabajo”, porque de esta concepción surge la idea del carácter subordinado del trabajo y del salario mínimo; si el trabajador vende su fuerza de trabajo, ésta es la mercancía, pero no se materializa en el proceso productivo si no es con el trabajador ejerciéndola en beneficio del patrón que se la compra, la subordinación es obligada entre el depositario de la mercancía que no le pertenece, a pesar de llevarla en su cuerpo, y el dueño de ésta, que se la compra.

1.4 Surgimiento del Derecho del Trabajo como disciplina jurídica independiente.

Esta rama del Derecho surgió en México a partir de la Declaración de Derechos del Congreso Constituyente de 1856 – 1857, en la mente de los más ilustres pensadores mas no en los ordenamientos jurídicos, pues a la petición de Ignacio Ramírez, quien proponía la inclusión del capítulo de derechos de los trabajadores “a recibir un salario justo –era la idea del art. quinto- y a participar en los beneficios de la producción –es la primera voz histórica en favor de la participación de los trabajadores en las utilidades de las empresas- y sugirió que la asamblea se avocara al conocimiento de la legislación adecuada para resolver aquellos graves problemas”¹⁴, se respondió con evasivas, nada menos que de

¹⁴ *Íbid*, Pág. 41.

Ignacio Vallarta, quien so pretexto de la libertad, se negó a incluir tal derecho entre las garantías constitucionales, como nos refiere Mario de la Cueva: “En la sesión de 8 de agosto de 1856, en torno al debate sobre las libertades de profesión, industria y trabajo, Ignacio Vallarta leyó un discurso en el que expuso la explotación de que eran objeto los trabajadores y la urgencia de evitarla; pero cuando todo hacía creer que propondría el reconocimiento constitucional de los derechos del trabajo, concluyó diciendo, en armonía con el pensamiento individualista y liberal, que las libertades de trabajo e industria no permitían la intervención de la ley.”¹⁵ Y con ello se perdió la oportunidad de tutelar uno, el más importante, de los derechos sociales, mismo que se siguió equiparando al arrendamiento, en cuyo capítulo contenía el Código Civil las disposiciones que lo regulaban. Así transcurrieron seis décadas, en la quinta de las cuales, fuera de nuestro país pero auspiciado por una organización de altísimo sentimiento nacional, surgió el ideario básico que tomaría cuerpo, andando el tiempo, en el artículo 123 constitucional, el Programa y Manifiesto a la Nación Mexicana de la Junta Organizadora del Partido Liberal Mexicano, suscrita en San Luis Missouri el 1 de julio de 1906 por los hermanos Ricardo y Enrique Flores Magón y sus correligionarios Antonio I. Villarreal, Juan Sarabia, Manuel Sarabia, Librado Rivera y Rosalío Bustamante, que en lo relevante para este trabajo, establece:

“Capital y trabajo

21. Establecer un máximo de ocho horas de trabajo y un salario mínimo en la proporción siguiente: de un peso para la generalidad del país, en que el promedio de los salarios es inferior al citado, y de más de un peso para aquellas regiones en que la vida es más cara y en las que este salario no bastaría para salvar de la miseria al trabajador.

22. Reglamentación del servicio doméstico y del trabajo a domicilio.

23. Adoptar medidas para que con el trabajo a destajo los patronos no burlen la aplicación del tiempo máximo y salario mínimo.

24. Prohibir en lo absoluto el empleo de niños menores de catorce años.

¹⁵ Ídem

25. *Obligar a los dueños de minas, fábricas, talleres, etcétera, a mantener las mejores condiciones de higiene en sus propiedades y a guardar los lugares de peligro en un estado que preste seguridad a la vida de los operarios.*
26. *Obligar a los patronos o propietarios rurales a dar alojamiento higiénico a los trabajadores cuando la naturaleza del trabajo de éstos exija que reciban albergue de dichos patronos o propietarios.*
27. *Obligar a los patronos a pagar indemnización por accidentes del trabajo.*
28. *Declarar nulas las deudas actuales de los jornaleros de campo para con los amos.*
29. *Adoptar medidas para que los dueños de tierras no abusen de los medieros.*
30. *Obligar a los arrendadores de campos y casas a que indemnicen a los arrendatarios de sus propiedades por las mejoras necesarias que dejen en ellas.*
31. *Prohibir a los patronos, bajo severas penas, que paguen al trabajador de cualquier otro modo que no sea con dinero efectivo; prohibir y castigar que se impongan multas a los trabajadores o se les hagan descuentos de su jornal o se retarde el pago de la raya por más de una semana o se niegue al que se separe del trabajo el pago inmediato de lo que tiene ganado; suprimir las tiendas de raya.*
32. *Obligar a todas las empresas o negociaciones a no ocupar entre sus empleados y trabajadores sino una minoría de extranjeros. No permitir en ningún caso que trabajos de la misma clase se paguen peor al mexicano que al extranjero en el mismo establecimiento, o que a los mexicanos se les pague en otra forma que a los extranjeros.*
33. *Hacer obligatorio el descanso dominical.”¹⁶*

Como se aprecia fácilmente, estos planteamientos son el antecedente más claro del artículo 123 de nuestra Constitución, defendidos y prácticamente impuestos a los diputados adeptos del Primer Jefe de la Revolución por la denominada tendencia *jacobina* encabezada en el seno del Congreso Constituyente por Francisco J. Múgica.

¹⁶ Programa del Partido Liberal Mexicano, <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/CH6.pdf>

Entonces, quedó plasmado y consagrado en un artículo que abarca todo un capítulo de la Constitución, lo que sesenta años atrás quedó sólo como idea y se dejó a la buena voluntad de los patronos o, en todo caso, a la lucha sindical de los trabajadores que, como nos muestra la Historia, por ninguna vía funcionó. Quedaron trazadas las líneas rectoras del Derecho del Trabajo que dio origen a las leyes estatales del trabajo, las que posteriormente fueron abrogadas y tomaron forma única en la Ley Federal del Trabajo, las Juntas de Conciliación y las de Conciliación y Arbitraje, y múltiples leyes y tribunales surgidos de las necesidades de regular distintas relaciones laborales, con sus particularidades derivadas del tipo de personas que intervienen. La doctrina, amplia desde antes del surgimiento de los ordenamientos jurídicos específicos, se multiplicó desde entonces y hoy es una de las más abundantes en todo el mundo y coincide en la necesidad de tutelar el derecho de los trabajadores a obtener una remuneración justa y vida digna, en función de la debilidad del obrero, que lo obliga a subordinarse al patrón. Pero a más de ochenta años de la primera Ley Federal, hoy está nuevamente a discusión el Derecho del Trabajo a raíz de la reciente reforma en busca de *competitividad*, la cual se encuentra en conflicto con los derechos logrados hasta ahora por los trabajadores. Vallarta nuevamente en pugna con Flores Magón y Múgica.

CAPÍTULO II

EL TRABAJO EN LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS Y EL TRABAJO DECENTE SEGÚN LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO.

Una vez definidas las relaciones laborales como eminentemente clasistas, derivadas de la concentración de los medios de producción en manos de los que no trabajan y, para ponerlos en marcha, requieren el trabajo subordinado de quienes no son dueños más que de su fuerza de trabajo, y de una larga lucha que aún perdurará por mucho tiempo, se tuvo que proteger el derecho al trabajo y al propio trabajador; de modo que los instrumentos internacionales fueron plasmando un mínimo obligatorio en toda sociedad, de los cuales el más importante es la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que así los tutela

Artículo 22

“Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.”¹⁷

Así fue incorporado el trabajo al catálogo de Derechos Humanos tutelados por la Declaración Universal, pero muy lejos aún de su materialización. Al respecto, Muñoz Ramón señala que “El perfil humanizado a que aludimos es, por consiguiente, la propia naturaleza del hombre, que requiere: ganarse la vida mediante un trabajo, obtener para él y su familia un nivel decoroso de vida, desarrollar su trabajo en condiciones que fomenten y defiendan su vida y su salud, subvenir su subsistencia y de sus familiares cuando sea incapaz de sostenerse por su propio esfuerzo, desarrollar plenamente su naturaleza de ser humano, ser

¹⁷ Declaración Universal de los derechos Humanos.

la fuente, el centro y el fin de las normas laborales y vincularse personal, leal y dignamente en la relación de trabajo.”¹⁸

Y la organización encargada de velar por los derechos de los trabajadores alrededor del mundo centra sus gestiones en el término acuñado por ella misma, contenido en las palabras “trabajo decente”, así enunciado:

“EL CONCEPTO DE TRABAJO DECENTE

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) introdujo en 1999 el concepto de trabajo decente que expresa el amplio objetivo de que mujeres y hombres tengan oportunidades de empleo productivo en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad. Su abordaje considera tanto las dimensiones laborales como extra laborales, y establece un puente entre trabajo y sociedad. La meta de fondo es que mejoren las condiciones de vida de todas las personas.

- *Oportunidades de empleo productivo refiere a la necesidad de que todas las personas que quieren trabajar puedan efectivamente encontrar un empleo, y que esto permita a los trabajadores y sus familias alcanzar un nivel de bienestar aceptable.*
- *Empleo en condiciones de libertad subraya el hecho que el trabajo debería ser libremente elegido y no llevado a cabo bajo condiciones forzosas. Significa, además, que los trabajadores tienen el derecho de participar en las actividades de los organismos sindicales.*
- *Empleo en condiciones de equidad significa que es necesario que los trabajadores sean tratados de manera justa y equitativa, sin discriminaciones y permitiendo conciliar el trabajo con la familia.*
- *Empleo en condiciones de seguridad se refiere a la necesidad de proteger la salud de los trabajadores, así como proveerles pensiones y protección social adecuadas.*

¹⁸ MUÑOZ RAMÓN, Roberto, Tratado de Derecho del Trabajo, Porrúa, México, 2011, Pág. 108.

- *Empleo en condiciones de dignidad requiere que todos los trabajadores sean tratados con respeto y puedan participar en las decisiones relativas a las condiciones laborales.*

Cada una de estas dimensiones del concepto de trabajo decente ha sido objeto de recomendaciones y mandatos de la OIT desde su origen hace nueve décadas. Lo novedoso del concepto radica en que consiste en un esfuerzo de visión en conjunto de las diversas dimensiones del trabajo, dentro de un solo marco. Asimismo, es importante destacar que se trata de un concepto universal que abarca a todos los trabajadores.”¹⁹

Si comparamos este concepto con los postulados del Plan y Proclama del Partido Liberal Mexicano, con el “memorándum” de los huelguistas de Cananea, y con los artículos 5º y 123 constitucionales, veremos que contiene una parte de nuestros preceptos de Derecho Social de los trabajadores y sus antecedentes, cuya aplicación sigue siendo el gran problema insoluto, y pretende su aplicación en el plano internacional. Actualmente nos referimos al trabajo como “digno y socialmente útil”; es decir, el operario debe prestar sus servicios en condiciones adecuadas de moralidad, racionalidad en cuanto a la duración de la jornada, salubridad y remuneración justa, que permitan la vida tranquila y el desarrollo sano del operario y su familia, y que su actividad contribuya al desarrollo de la sociedad. Nuestro artículo 123 reconoce y garantiza el carácter social del trabajo y la necesidad del mismo en la sociedad como forma de abastecerse de todos los satisfactores que necesita para su actividad y su vida misma, y la reforma laboral introdujo en la Ley Federal del trabajo el concepto de “*trabajo decente*” arriba citado.

¹⁹ OIT PNUD, Trabajo y Familia: Hacia Nuevas Formas de Conciliación con Corresponsabilidad Social, Pág. 23.

2.1 El trabajo como derecho social protegido

El artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos señala el carácter social del derecho al trabajo y lo protege para que *toda persona* que se encuentre en nuestro territorio goce de él sin más restricciones que la licitud y el respeto a terceros. Y, por su carácter social, garantiza también el derecho a organizarse para su defensa y obliga al Estado a promover la creación de empleos con el fin de que la garantía sea real y disfrutable por todos. La sociedad, beneficiaria del trabajo social, de todos los trabajos individuales que integran éste y hacen posible la convivencia y satisfacción de las necesidades de todos, asegura, con ese trabajo social, la satisfacción de las necesidades individuales y colectivas que se derivan de todo conglomerado humano.

“ARTICULO 123. Toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil; al efecto, se promoverán la creación de empleos y la organización social para el trabajo, conforme a la ley.”

Y la Declaración Universal de los Derechos Humanos señala también dicho carácter social y su protección a través de varios artículos referidos específicamente a la necesidad y posibilidad de que todo ser humano obtenga el sustento a través de un trabajo digno, decoroso y defendible a través de las organizaciones que le convengan, respecto a lo cual señala:

“Artículo 23

- 1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo.*
- 2. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual.*
- 3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia*

conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social.

4. *Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses.*

Artículo 24

Toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas.

Artículo 25

1. *Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.*
2. *La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.”²⁰*

Concordante esta Declaración con nuestra Carta Magna, que tutela los derechos sociales al trabajo en los artículos 5, 25 y 123 desde treinta y un años antes, es la síntesis de las ideas plasmadas en diversas leyes y constituciones que a lo largo de muchas décadas, fueron incorporando la protección de los más indefensos en la relación, los trabajadores. La primera Ley federal del Trabajo, promulgada en 1931, ya reglamentaba la declaración de derechos del trabajador contenidas en el artículo 123 y definía detalladamente la forma de hacer valer la protección social establecida por los constituyentes. Sin embargo, sin negar el mérito que representa el aportar la “primera constitución social del Siglo XX” y las disposiciones laborales de avanzada en ella contenidas, es de señalarse que la Declaración Universal, precisamente por ser posterior, y por ser la culminación de un proceso de recopilación y síntesis de los derechos sociales, así como por la

²⁰ Declaración Universal de los Derechos Humanos. <http://www.un.org/es/documents/udhr/>

naturaleza del organismo que la respalda, se convierte en una garantía mayor aun de respeto de los derechos humanos al poder invocarse la protección internacional desde el momento mismo en que nuestro país se adhirió a ella. Al respecto, refiriéndose a nuestro derecho social, señala el gran constitucionalista Ignacio Burgoa:

“Fiel a tal propósito, que debe guiar a todo orden jurídico estatal, de cualquier naturaleza que sea, consistente en procurar el bienestar social, que se obtiene mediante la felicidad de los miembros del conglomerado humano, nuestro artículo 5 constitucional consagra la libertad de trabajo en los siguientes términos: ‘a ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos.’

1. como se colige de la simple lectura de esta disposición, la libertad de trabajo, (cuya connotación abarca la de industria, profesión, comercio, etc. Por ser sinónima de libertad de ocupación) tiene una limitación en cuanto a su objeto: se requiere que la actividad comercial, industrial, profesional, etc., sea lícita. Por ende, todo aquel trabajo que es ilícito no queda protegido por la garantía individual de que tratamos, habiéndolo considerado así la Suprema Corte (Informe de 1970, Tribunal Pleno, Pág, 291).²¹

Con su interpretación y análisis, Burgoa nos plantea la gama de actividades englobadas a través de las palabras *profesión, industria, comercio o trabajo* protegidas por el artículo 5 constitucional como aquellas a las cuales podrá dedicarse la persona, cualquiera que ella sea, con la única taxativa de que sea lícita, en concordancia con el inciso 1 del artículo 23 de la Declaración Universal.

El trabajo debe ser, entonces, digno, humano, decente y lícito, además de remunerado igualitariamente; debe, por encima de todo, asegurar el bienestar material y espiritual del trabajador y su familia.

²¹ BURGOA ORIHUELA, Ignacio, Las Garantías Individuales, Ed. Porrúa, México, Pág. 311 y 312.

2.2 Mecanismo de protección internacional.

Dentro de la Organización de las Naciones Unidas, existen los organismos especializados, que tutelan diversos aspectos de los Derechos Humanos consagrados por la Declaración Universal, a través de mecanismos adecuados a cada uno de ellos; en el caso que nos ocupa, la Organización Internacional del Trabajo (OIT), establece los mecanismos y las estructuras correspondientes.

“La OIT ha creado diversos mecanismos de control que permiten hacer un seguimiento de las medidas adoptadas para hacer efectivos los convenios y recomendaciones por ley y en la práctica, tras su aprobación por la Conferencia Internacional del Trabajo y su ratificación por los Estados.

Mecanismo de control:

Existen dos tipos de mecanismos de control:

1. *Sistema de control periódico: prevé el examen de las memorias que presentan periódicamente los Estados Miembros sobre las medidas que han adoptado para poner en ejecución los convenios a los cuales se han adherido*
2. *Procedimientos especiales: incluyen un procedimiento de reclamaciones y un procedimiento de quejas de aplicación general, así como un procedimiento especial en materia de libertad sindical*

Mecanismo de control periódico de la aplicación de las normas

El mecanismo de control periódico se basa en el examen de las memorias sobre la aplicación por ley y en la práctica que los Estados Miembros envían, así como en las observaciones a ese respecto remitidas por las organizaciones de trabajadores y de empleadores. Dos órganos de la OIT llevan a cabo dicho examen:

- 1) *la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*
- 2) *la Comisión tripartita de Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Conferencia Internacional del Trabajo*

Disposiciones constitucionales pertinentes:

1. *Obligación de presentar una memoria sobre los convenios ratificados:*

o Artículo 22 de la Constitución de la OIT

Cada uno de los Miembros se obliga a presentar a la Oficina Internacional del Trabajo una memoria anual sobre las medidas que haya adoptado para poner en ejecución los convenios a los cuales se haya adherido. Estas memorias serán redactadas en la forma que indique el Consejo de Administración y deberán contener los datos que éste solicite.

1. *Obligación de informar sobre los convenios no ratificados:*

o Artículo 19(5)e) de la Constitución de la OIT

Si el Miembro no obtuviere el consentimiento de la autoridad o autoridades a quienes compete el asunto [de ratificar el convenio], no recaerá sobre dicho Miembro ninguna otra obligación, a excepción de la de informar al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo, con la frecuencia que fije el Consejo de Administración, sobre el estado de su legislación y la práctica en lo que respecta a los asuntos tratados en el convenio, precisando en qué medida se ha puesto o se propone poner en ejecución cualquiera de las disposiciones del convenio, por vía legislativa o administrativa, por medio de contratos colectivos, o de otro modo, e indicando las dificultades que impiden o retrasan la ratificación de dicho convenio.

1. *Obligación de informar sobre las recomendaciones:*

o Artículo 19(6)d) de la Constitución de la OIT

Salvo la obligación de someter la recomendación a la autoridad o autoridades competentes, no recaerá sobre los Miembros ninguna otra obligación, a excepción de la de informar al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo, con la frecuencia que fije el Consejo de Administración, sobre el estado de su legislación y la práctica en lo que respecta a los asuntos tratados en la recomendación, precisando en qué medida se han puesto o se propone poner en ejecución las disposiciones de la recomendación, y las modificaciones que se considere o pueda considerarse necesario hacer a estas disposiciones para adoptarlas o aplicarlas.

1. *Convenios ratificados / convenios no ratificados / recomendaciones:*

o Artículo 23 de la Constitución de la OIT

1. *El Director General presentará en la siguiente reunión de la Conferencia un resumen de las informaciones y memorias que le hayan comunicado los Miembros en cumplimiento de los artículos 19 y 22.*
2. *Todo Miembro comunicará a las organizaciones representativas reconocidas, a los efectos del artículo 3, copia de las informaciones y memorias que haya enviado al Director General en cumplimiento de los artículos 19 y 22.*

Procedimientos especiales

A diferencia del mecanismo de control periódico, los tres procedimientos enumerados a continuación se basan en la presentación de una reclamación o de una queja:

- 1) *procedimiento de reclamación con respecto a la aplicación de convenios ratificados;*
- 2) *procedimiento de queja con respecto a la aplicación de convenios ratificados;*
- 3) *procedimiento especial de queja por violación de la libertad sindical: Comité de Libertad Sindical.”²²*

La Organización plantea el catálogo de derechos de los trabajadores y la necesidad de protegerlos, pero sus mecanismos de defensa y su normatividad son de buena fe, su cumplimiento depende de la voluntad de los estados miembros, como puede apreciarse por la naturaleza de su actividad: informes, memorias, recomendaciones... no vinculatorias. El trabajo decente se queda en el ámbito de la buena voluntad.

Como *Pacta Sunt Servanda* no garantiza la tutela efectiva del trabajo decente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte

²² <http://www.ilo.org/global/standards/applying-and-promoting-international-labour-standards/lang-es/index.htm>

Interamericana de Derechos Humanos aplican tales disposiciones y se encargan de la reparación de las que hayan sido violadas por los estados miembros y las resoluciones de esta última son vinculatorias, deben ser acatadas por los involucrados, lo cual es sabido en el ámbito jurídico, por lo cual, en aras de la brevedad, no citamos la normatividad correspondiente en este trabajo.

2.3 INFLUENCIA DE LA OIT EN MÉXICO

La influencia de la OIT en México es de dos bandas: el Tratado de Versalles, que puso fin a la Primera Guerra Mundial, recogió la esencia de nuestra Declaración de Derechos Sociales y la plasmó en sus instrumentos reguladores de las relaciones internacionales, como podemos observar a través de su comparación. Así se aprecia desde el ordenamiento fundamental de las relaciones de trabajo; la Constitución establece:

ARTICULO 123. Toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil; al efecto, se promoverán la creación de empleos y la organización social para el trabajo, conforme a la ley.

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

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

XVI.- Tanto los obreros como los empresarios tendrán derecho para coaligarse en defensa de sus respectivos intereses, formando sindicatos, asociaciones profesionales, etc. (...)

XX.- Las diferencias o los conflictos entre el capital y el trabajo se sujetarán a la decisión de una junta de conciliación y arbitraje, formada por igual número de representantes de los obreros y de los patronos, y uno del gobierno;

Tanto trabajadores como “empleadores” pueden coaligarse para la defensa de sus intereses, y los conflictos que entre ellos se suscitaren serán dirimidos por

organismos cuya estructura es la adoptada por la OIT: trabajadores, patrones y gobierno dictaminando al respecto. Ciertamente, esta estructura fue ideada y puesta en práctica primero en México, pero por su aparente imparcialidad, fue trasladada a las estructuras internacionales, lo cual es influencia del Derecho Mexicano del Trabajo en la OIT, al llegar aquél al Tratado de Versalles, pero una vez trascendido de tal manera, adquiere mayor fuerza moral y política que hace de ella, a la vez que una aportación al Derecho Internacional, un ancla en su propio origen. Al respecto establece la Constitución de la OIT:

“Artículo 7

1. *El Consejo de Administración se compondrá de cincuenta y seis personas: veintiocho representantes de los gobiernos; catorce representantes de los empleadores, y catorce representantes de los trabajadores*
2. *De los veintiocho representantes de los gobiernos, diez serán nombrados por los Miembros de mayor importancia industrial, y los dieciocho restantes, por los Miembros designados al efecto por los delegados gubernamentales a la Conferencia, con exclusión de los delegados de los diez Miembros primeramente mencionados.*
3. *El Consejo de Administración determinará, cada vez que sea necesario, cuáles son los Miembros de la Organización de mayor importancia industrial y fijará las normas para que todas las cuestiones relacionadas con la designación de dichos Miembros sean examinadas por una comisión imparcial antes de que el Consejo de Administración adopte una decisión al respecto. Toda apelación interpuesta por un Miembro contra la decisión del Consejo de Administración por la que determine cuáles son los Miembros de mayor importancia industrial será resuelta por la Conferencia; pero dicha apelación no suspenderá la aplicación de la decisión mientras la Conferencia no se haya pronunciado.”²³*

²³ Constitución de la OIT. <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/constq.htm>

México (los legisladores) ha tratado de contribuir al combate de la pobreza por medio de leyes en las cuales se plasman los principios fundamentales bajo los cuales se estableció la Organización Internacional del Trabajo, continuando con la mencionada interrelación; en la Constitución se instituyen las bases fundamentales para la creación de empleo decente, a través de los siguientes puntos:

- Toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil;
- La duración de la jornada máxima será de ocho horas;
- Por cada seis días de trabajo deberá disfrutar el operario de un día de descanso, cuando menos.
- Queda prohibida la utilización del trabajo de los menores de catorce años;
- Los salarios mínimos generales deberán ser suficientes para satisfacer las necesidades normales de un jefe de familia, en el orden material, social y cultural, y para proveer a la educación obligatoria de los hijos.
- Para trabajo igual debe corresponder salario igual, sin tener en cuenta sexo ni nacionalidad.

La estructura tripartita de nuestras juntas de conciliación y arbitraje, tanto locales como la Federal, tuvo tal relevancia que fue adoptada por la OIT en sus órganos principales de funcionamiento.

“Dentro del Sistema de las Naciones Unidas, la OIT es la única organización que cuenta con una estructura tripartita, en la que los trabajadores y los empleadores participan en pie de igualdad con los gobiernos en las labores de sus órganos de administración.” ²⁴

No consideramos que esta estructura garantice la imparcialidad ni la justicia de las resoluciones, pues en todo está presente el poder económico y el político de las partes, una de las cuales lo concentra en sus manos y la otra carece por

²⁴ www.oit.org

completo de él; sin embargo, se adopta como forma de dar intervención a todos los involucrados en el conflicto, más un pretendido árbitro:

La Organización cuenta con algunos órganos, igualmente tripartitas, que se encargan de las diferentes funciones que trata de cumplir en el mundo, en la búsqueda del *trabajo decente*:

“Conferencia Internacional del Trabajo

Los Estados miembros de la OIT se reúnen en junio de cada año en Ginebra para participar en la Conferencia Internacional del Trabajo. Cada Estado está representado por dos delegados gubernamentales, uno de los empleadores y otro de los trabajadores. Las delegaciones, frecuentemente encabezadas por ministros que hacen uso de la palabra en nombre de sus gobiernos, cuentan con el apoyo de asesores técnicos.

Los delegados de empleadores y trabajadores pueden expresarse libremente y votar de acuerdo con las instrucciones recibidas de sus propias organizaciones. En algunas oportunidades votan en forma opuesta, o en contra de las posiciones de los representantes de sus gobiernos.

La Conferencia establece y adopta normas internacionales del trabajo, y es un foro en el cual se debaten temas sociales y laborales de gran relevancia. También adopta el presupuesto de la Organización y elige al Consejo de Administración.”²⁵

Dicho Consejo de Administración de la OIT está formado por 28 miembros gubernamentales, 14 empleadores y 14 trabajadores. Los Estados más industrializados ocupan 10 puestos gubernamentales en forma permanente. Otros representantes de gobiernos son elegidos cada tres años teniendo en cuenta la distribución geográfica. Los empleadores y trabajadores eligen sus propios representantes.

²⁵ <http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/how-the-ilo-works/international-labour-conference/lang-es/index.htm> 14 de abril de 2012, 14:30 horas

Tres a uno toman decisiones políticas y establecen el presupuesto, eligen al Director General y conducen a la organización “defensora de los trabajadores” y en su órgano directivo, diez de los veintiocho miembros gubernamentales son representantes de los Estados más industrializados. O sea que además de estar en desventaja en la composición proporcional, a nivel de países también hay privilegios: los ricos tienen reservada su cuota de poder.

Pero la meta es evitar las convulsiones que podrían derivar de la inconformidad social, compañera inseparable de la desigualdad dondequiera que ésta se encuentre, y lamentablemente se encuentra en todo el mundo. Así lo expresa la OIT en el preámbulo de su Constitución: *“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, por ejemplo, en lo concerniente a reglamentación de las horas de trabajo, fijación de la duración máxima de la jornada y de la semana de trabajo, contratación de la mano de obra, lucha contra el desempleo, garantía de un salario vital adecuado, protección del trabajador contra las enfermedades, sean o no profesionales, y contra los accidentes del trabajo, protección de los niños, de los adolescentes y de las mujeres, pensiones de vejez y de invalidez, protección de los intereses de los trabajadores ocupados en el extranjero, reconocimiento del principio de salario igual por un trabajo de igual valor y del principio de libertad sindical, organización de la enseñanza profesional y técnica y otras medidas análogas;...”*²⁶

Tal es el propósito de las estructuras con apariencia de imparcialidad que, en un momento de gran convulsión en el mundo, fueron vistas en Versalles, como algo novedoso y útil para reducir las tensiones en las sociedades nacionales y en el plano internacional. De México para el mundo, y de regreso a México, ahora la

²⁶ Constitución de la OIT. <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/constq.htm> 14 de abril de 2012, 14:30 horas

Ley Federal del Trabajo incluye el concepto de “Trabajo Decente” en el artículo 2º equiparado al concepto de “digno” que siempre ha estado en nuestra legislación, junto con su carácter de “socialmente útil”; en ellos se sintetiza el carácter Humanista de nuestro Derecho del Trabajo.

CAPÍTULO III

EL CONTRATO DE TRABAJO EN PAÍSES LATINOAMERICANOS

El contrato de trabajo, como puede observarse por lo dicho en los capítulos anteriores, ha sufrido una larga, milenaria evolución en su forma y en su contenido, lo cual nos conduce a la necesidad ineludible de estudiar cómo es en los países hermanos, jurídicamente hablando. Mencionamos que el sistema jurídico mexicano heredó del Código Napoleón la normatividad laboral contenida en dicho ordenamiento de carácter civil, heredada a su vez, de la tradición romanista y vimos reguladas las relaciones laborales bajo la denominación de arrendamiento y en el mismo capítulo que el arrendamiento de cosas y de servicios de animales, lo que no es otra cosa que el *“Locatio conductio rei”* de las instituciones de Gayo recopiladas por Justiniano y trasladadas a los españoles que nos conquistaron. La legislación española es la que nos rigió durante algunos siglos, mezclándose con algunas disposiciones específicas para la “Nueva España”, conocidas como Derecho Indiano. Y si América Latina, excepto Brasil, fue conquistada por los mismos aventureros, lógico y normal es que sus sistemas jurídicos, herederos de las mismas tradiciones, se parezcan al nuestro, por lo cual revisamos someramente dicha situación.

3.1 Legislación laboral comparada.

La Historia referida nos lleva a la comparación de los sistemas jurídicos por hacernos notar el origen común, pero la historia es, inevitablemente, comparación; comparamos el Derecho Romano con el francés, éste con el español y así llegamos a nuestros actuales sistemas jurídicos, tal como nos indica Konrad Zweigert al expresar: “La relación entre el derecho comparado y la historia del derecho es asombrosamente compleja. A primera vista, parecería que mientras el derecho comparado se consagra al estudio de sistemas jurídicos que coexisten en el espacio, la historia del derecho se ocupa de sistemas consecutivos en el tiempo. Sin embargo, para empezar, toda

historia del derecho implica un elemento comparativo: el historiador del derecho no puede evitar que el estudio de su sistema –el derecho romano, por ejemplo- incorpore los diversos elementos del sistema moderno con el que se educó, de ahí que no pueda sustraerse de las comparaciones, de manera consciente si se trata de un historiador avezado, o de manera inconsciente si nuestro historiador incurre en distracciones. De nuevo, a menos que el comparatista se conforme con registrar el estado actual del derecho, tendrá que tomar en consideración las circunstancias históricas en las que evolucionaron las instituciones y los procedimientos legales sujetos a comparación.”²⁷

Prácticamente todo el estudio del Derecho nos obliga a comparar permanentemente uno con otro; comparamos al procurar o impartir justicia, al legislar, al defender un caso ante tribunales, al investigar, al exponer una cátedra y en toda actividad relacionada con el ámbito jurídico. Un ejemplo de la necesidad de comparar nuestro Derecho con los de otros países está contenido en el artículo 133 de nuestra Carta Magna que nos ordena aprobar sólo aquellos tratados internacionales que estén de acuerdo con ella, tratándose del Senado de la República, órgano validador de dichos instrumentos, y a aplicarlos, igual que la propia Constitución y las leyes del Congreso que emanen de ella, si se trata de los jueces. En ambos casos, la comparación de las disposiciones no admite excusa, pues el mencionado artículo establece la jerarquía máxima de la Ley Suprema de la Unión, constituida en tal forma.

Artículo 133. *Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de*

²⁷ ZWEIGERT, Conrad, Introducción al derecho comparado, Ed. Oxford, México, 2011, p. 10

las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.

De lo anterior se deriva la necesidad de aplicar los tratados en materia laboral, según lo establece el artículo 6º de la Ley, por encima de cualquier otro ordenamiento, pues forma parte de la Ley Suprema, cuya coincidencia es revisada por el Senado, órgano sancionador de todo tratado internacional.

Artículo 6o.- *Las Leyes respectivas y los tratados celebrados y aprobados en los términos del artículo 133 de la Constitución serán aplicables a las relaciones de trabajo en todo lo que beneficien al trabajador, a partir de la fecha de la vigencia.*

Y, según el mismo autor, “el derecho comparado es la comparación de los diferentes sistemas legales del mundo.”²⁸ En nuestro caso, para los fines del presente trabajo, se trata de los sistemas jurídicos laborales de América Latina, de los cuales se elige algunos, por considerarlos representativos en la materia.

3.1.1 Legislación laboral en Colombia

Desde la Carta Magna colombiana encontramos la protección a la garantía de igualdad en el disfrute de los derechos laborales y, en ellos, el de igualdad de derechos, la no discriminación y la protección del Estado, en su calidad de garante de los Derechos Humanos y todos los establecidos en su Constitución, haciendo notar que los ciudadanos deberán tener trabajo en condiciones dignas y justas; es decir, deberán tener *trabajo decente*. Lo garantiza la Constitución, se regula en el Código Sustantivo del trabajo y existe, en la práctica, una amplia gama de relaciones en dicho contexto, en consonancia con lo establecido por el máximo ordenamiento jurídico y con las tendencias mundiales al respecto.

²⁸ *Íbidem.* pág. 1

Constitución

“Art. 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o malos tratos que contra ellas se cometan.

Art. 25. El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas.”²⁹

Se da por sentado que el concepto *contrato* es conocido y se omite, consecuentemente el *género próximo*: acuerdo de voluntades, y pasa directamente a señalar la *diferencia específica*: una persona natural se obliga...

Y señala en su artículo 22 la característica de trabajo personal, cuando expresa: *una persona natural se obliga a prestar un servicio personal* y establece como sujeto pasivo una *persona natural o jurídica* en lo que comúnmente denominamos persona física o moral para diferenciar al prestador de servicio, individuo, del receptor del mismo, individuo o grupo de individuos bajo cualquier forma asociativa legalmente reconocida y remata con el carácter subordinado del prestador respecto del receptor de los servicios personales contratados.

“Art. 22. Contrato de trabajo es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante una remuneración.”³⁰

²⁹ Constitución de Colombia.

³⁰ Código Sustantivo del Trabajo de Colombia

Es digno de notarse que incluye el carácter remunerado del trabajo que regula el citado contrato, como contraprestación distintiva de los trabajos analizados en capítulos anteriores de este estudio. Resulta indispensable conocer el tipo de trabajo que tutela el Código colombiano para completar la idea del contrato, ¿qué regula; cuándo se aplica? Es preciso establecer que se trata de cualquier trabajo que tenga lugar en el marco de una relación subordinada a cambio de una remuneración económica. Así queda esclarecido desde el artículo 5° del citado ordenamiento.

“ARTÍCULO 5o. DEFINICIÓN DE TRABAJO. El trabajo que regula este Código es toda actividad humana libre, ya sea material o intelectual, permanente o transitoria, que una persona natural ejecuta conscientemente al servicio de otra, y cualquiera que sea su finalidad, siempre que se efectúe en ejecución de un contrato de trabajo.”³¹

Solamente cabe hacer notar, al respecto, que en este caso se precisa el tipo de actividad realizada por el trabajador, lo cual surte el mismo efecto que si se tratara de la denominación o clasificación del trabajador de acuerdo con su ocupación. La protección al trabajador en cuanto al ejercicio de sus derechos inherentes a tal carácter se sintetizan en su carácter público e irrenunciable, en previsión de las argucias con que el patrón pudiera coaccionarlo a fin de hacerlo “rechazar” sus prestaciones legales y constitucionales, lo que se contiene en dos artículos del ordenamiento laboral

“ARTÍCULO 13. MÍNIMO DE DERECHOS Y GARANTÍAS. Las disposiciones de este Código contienen el mínimo de derechos y garantías consagradas en favor de los trabajadores. No produce efecto alguno cualquiera estipulación que afecte o desconozca este mínimo.

³¹ Ídem

ARTÍCULO 14. CARÁCTER DE ORDEN PÚBLICO. IRRENUNCIABILIDAD. Las disposiciones legales que regulan el trabajo humano son de orden público y, por consiguiente, los derechos y prerrogativas que ellas conceden son irrenunciables, salvo los casos expresamente exceptuados por la ley.”³²

Los legisladores, dondequiera que se encuentren, reconocen la debilidad del trabajador, que sólo puede vender su fuerza de trabajo frente a quien explota dicha capacidad y, conforme con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, le garantiza un mínimo de derechos inalienables para subsistir y continuar trabajando, además de proveer de fuerza de trabajo futura, a través de su descendencia.

3.1.2 Legislación laboral en Chile

Mucho más explícito en el caso de Chile, se establece el género próximo al decir que es una *convención* celebrada entre un empleador y un trabajador y su *diferencia específica* es la prestación de servicios personales bajo dependencia y subordinación del segundo respecto al primero, con señalamiento expreso de la obligación de cada una de las partes.

“Art. 7 Contrato individual de trabajo es una convención por la cual el empleador y el trabajador se obligan recíprocamente, éste a prestar servicios personales bajo dependencia y subordinación del primero, y aquél a pagar por estos servicios una remuneración determinada.”³³

Éste artículo no deja a la interpretación lógica algún aspecto de la relación regulada, el trabajador presta sus servicios personales subordinándose al patrón y éste le paga lo establecido por los mismos, la desigualdad está plenamente reconocida y explícita. Veamos también lo que se regula bajo la denominación de

³² Ídem

³³ Código del Trabajo de Chile

servicios personales en Chile, como en Colombia y notaremos que se regula lo mismo, pero referido a las personas que intervienen en el contrato.

“Art. 3.o Para todos los efectos legales se entiende por:

a) empleador: la persona natural o jurídica que utiliza los servicios intelectuales o materiales de una o más personas en virtud de un contrato de trabajo,

b) trabajador: toda persona natural que preste servicios personales intelectuales o materiales, bajo dependencia o subordinación, y en virtud de un contrato de trabajo, y”³⁴

Queda igualmente esclarecido de qué actividades se trata, cualquiera que se desarrolle bajo la forma de trabajo personal subordinado; aunque el enfoque sea otro, llegamos a la misma conclusión. Al mismo tiempo, en la parte sustancial del Código, garantiza que los derechos laborales serán ejercidos por el trabajador, a pesar de las argucias que pudieren simular su deseo en contra.

“Art. 5º.

Los derechos establecidos por las leyes laborales son irrenunciables, mientras subsista el contrato de trabajo.”³⁵

El carácter subordinado, desigual, de la relación obliga a los legisladores a ofrecer la mínima garantía de que se le entregará lo imprescindible para continuar con la relación laboral subordinada que beneficia a la parte fuerte y dominante en la relación establecida a través de la *convención* referida en el artículo 7. El carácter tutelar del Derecho del Trabajo que tanto se remarca en nuestro país está presente en los demás, no por acción graciosa de los gobernantes sino por la necesidad de evitar que el trabajador muera de hambre o se rebele contra el orden establecido, obligado por sus circunstancias, tal como se reconoce en la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo.

³⁴ Ídem

³⁵ Íd

3.1.3 Legislación laboral en Venezuela

La regulación en Venezuela, se parece a la colombiana en cuanto omite el *género próximo* y pasa directamente al establecimiento de la *diferencia específica*, prestar servicios a otra bajo su dependencia y remuneración.

*“Artículo 67 El contrato de trabajo es aquel mediante el cual una persona se obliga a prestar servicios a otra bajo su dependencia y mediante una remuneración.”*³⁶

Éste resulta ser el más lacónico de los artículos analizados y, sin embargo, contiene los elementos esenciales que sus correspondientes colombiano y chileno expresan con mayor cantidad de palabras. Pero no precisa el tipo de actividad a regular por el ordenamiento, lo cual nos obliga a rastrearlo en los artículos relacionados, que indirectamente se refieren a ella, como el 76 que menciona como sujeto de la relación a obreros, con lo cual se entiende la realización del trabajo material, en obra, y los empleados, comúnmente referidos a personal de confianza de las empresas, es decir, tanto manual como intelectual administrativo.

*“Artículo 76 En los contratos por tiempo determinado los obreros no podrán obligarse a prestar servicios por más de un (1) año, ni los empleados y los obreros calificados por más de tres (3) años.”*³⁷

Lo que se complementa al señalar lo relativo a las invenciones de los trabajadores y en qué actividades pueden realizarse.

*“Artículo 81 Se considerarán de servicio aquellas invenciones realizadas por trabajadores contratados por el patrono con el objeto de investigar y obtener medios, sistemas o procedimientos distintos.”*³⁸

³⁶ Ley Orgánica del Trabajo de Venezuela

³⁷ Ídem

³⁸ Ídem

De este modo se puede arribar a la conclusión de que también comprende todos los trabajos, materiales e intelectuales, realizados en condiciones de subordinación. En la misma forma que los códigos arriba citados, en la República Bolivariana se otorga carácter público e irrenunciable a los derechos mínimos del trabajador, con una nota adicional: tampoco serán *relajables*; es decir, deberán ser respetados estrictamente.

“Artículo 10 Las disposiciones de esta Ley son de orden público y de aplicación territorial; rigen a venezolanos y extranjeros con ocasión del trabajo prestado o convenido en el país y en ningún caso serán renunciables ni relajables por convenios particulares, salvo aquellos que por su propio contexto revelen el propósito del legislador de no darles carácter imperativo. Los convenios colectivos podrán acordar reglas favorables al trabajador que modifiquen la norma general respetando su finalidad.”³⁹

La parte débil, aunque se diga lo contrario, se encuentra en desventaja frente al patrón, empleador o comprador de la fuerza de trabajo, y así lo reconocen los legisladores y lo preservan de probables desventajas mayores. Además señala que se podrá incrementar los derechos de los trabajadores al celebrar contratos colectivos con los patrones, con lo cual se hace notar, igualmente, que se trata de los derechos mínimos del trabajador, pero su agrupación gremial puede lograr su mejoría.

3.2 Intermediarios en América Latina.

Cuando las condiciones son similares, los sujetos participantes son análogos, y la legislación, igualmente análoga, a despecho de cualquier diferencia de formulación y estructuración, lo esperable es que las consecuencias y fenómenos inherentes resulten también análogos. Y actualmente las grandes

³⁹ Íd

empresas transnacionales buscan la máxima eficiencia en la producción para que ésta repercuta en la máxima utilidad para sus finanzas. Los tratados de libre comercio que imponen a los países en desarrollo les permiten introducir sus productos y competir ventajosamente con la industria local; pero no se conforman con eso; buscan utilizar solamente el suelo y las facilidades que les conceden los gobiernos para lograr su objetivo y, con ese fin, tratan a toda costa de eliminar fuerza de trabajo humana. Esto es lo que motiva la modernización constante de los sistemas productivos que, hasta hace algunos años, se centraba en la tecnología, pero ahora han encontrado nuevas formas de eliminar el factor humano que consideran demasiado caro; además de presionar a los gobiernos para que reformen sus leyes y las conviertan en instrumentos de superexplotación a través de la contratación por horas, introducen los diversos modelos de outsourcing, que les permite reducir personal y evadir sus obligaciones patronales con los que sí trabajan en sus negocios, pues estos dependen de un patrón que no es el que se beneficia de su trabajo y pueden entrar a la empresa el tiempo que se concierte entre el patrón contratante y el receptor de sus servicios personales. Así sucede con el intermediarismo en América Latina, estudiado en los países elegidos como muestra para los efectos de la presente investigación.

3.2.1 Intermediarios en Colombia

Desde la Constitución Política de Colombia, se delinea los derechos que habrán de gozar los trabajadores subordinados que presten sus servicios en el país, y lo hace otorgando la garantía de igualdad en su artículo 13 que señala para todos los mismos derechos, libertades y oportunidades y obliga al Estado a promover las condiciones que hagan real dicha igualdad.

“Art. 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades

y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o malos tratos que contra ellas se cometan.”⁴⁰

Aquí está presente la tendencia naturalista del Derecho, al señalar que los hombres nacen libres e iguales y, por el orden lógico de la redacción, es indudable que el legislador consideró este hecho como suficiente para que el Estado los proteja a todos por igual, protección que al positivarse especifica las probables causas de discriminación y las prohíbe expresamente, de manera enunciativa, pero abarcadora de todos los posibles motivos de desigualdad. Y, una vez positivado el Derecho, lo precisa y lo define en términos que parecen aproximarse al concepto de “Trabajo Decente” por el que pugna la Organización Internacional del Trabajo.⁴¹

“Art. 25. El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas.”⁴²

Aquí se trasluce el carácter subordinado del trabajo prestado y se le garantiza al prestador las condiciones dignas y justas, a cargo del Estado como garante. Y al descender a la norma secundaria, el Código Sustantivo del Trabajo de Colombia, define los términos y las formas en que se puede prestar el trabajo; si consideramos el ocasional, definido en el artículo 6º de dicho ordenamiento, podemos concluir que algunos de estos trabajos fueron los gestadores, de la idea

⁴⁰ Constitución Política de Colombia

⁴¹ Vid supra, Capítulo II

⁴² Constitución Política de Colombia

de externalizar algunas labores no permanentes ni sustanciales de las empresas, pues se refiere a *labores distintas de las actividades normales del empleador*.

*“ARTICULO 6o. TRABAJO OCASIONAL. Trabajo ocasional, accidental o transitorio, es el de corta duración y no mayor de un mes, que se refiere a labores distintas de las actividades normales del empleador.”*⁴³

Y aquí también, por la naturaleza del trabajo, surge espontáneamente el intermediario, o contratista, y con él la necesidad de poner claridad en las relaciones obrero patronales, ¿quién es quién? Es una pregunta no formulada antes, pero imprescindible en este momento. Entonces el legislativo colombiano lo definió así:

“ARTICULO 32. REPRESENTANTES DEL EMPLEADOR. Son representantes del empleador, y como tales lo obligan frente a sus trabajadores, además de quienes tienen ese carácter según la ley, la convención o el reglamento de trabajo, las siguientes personas:

- a). Las que ejercen funciones de dirección o administración tales como directores, gerentes, administradores, síndicos o liquidadores, mayordomos y capitanes de barco, y quienes ejercitan actos de representación con la aquiescencia expresa o tácita del empleador, y*
- b). Los intermediarios.”*⁴⁴

“ARTICULO 34. CONTRATISTAS INDEPENDIENTES.

1. Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos empleadores y no representantes ni intermediarios las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficio de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. Pero el

⁴³ Código Sustantivo del Trabajo de Colombia

⁴⁴ Ídem

beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos de que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores.

2. El beneficiario del trabajo o dueño de la obra, también será solidariamente responsable, en las condiciones fijadas en el inciso anterior, de las obligaciones de los subcontratistas frente a sus trabajadores, aun en el caso de que los contratistas no estén autorizados para contratar los servicios de subcontratistas.

ARTICULO 35. SIMPLE INTERMEDIARIO.

1. Son simples intermediarios, las personas que contraten servicios de otras para ejecutar trabajos en beneficio y por cuenta exclusiva de un empleador.

2. Se consideran como simples intermediarios, aun cuando aparezcan como empresarios independientes, las personas que agrupan o coordinan los servicios de determinados trabajadores para la ejecución de trabajos en los cuales utilicen locales, equipos, maquinarias, herramientas u otros elementos de un empleador para el beneficio de éste y en actividades ordinarias inherentes o conexas del mismo.

3. El que celebre contrato de trabajo obrando como simple intermediario debe declarar esa calidad y manifestar el nombre del empleador. Si no lo hiciera así, responde solidariamente con el empleador de las obligaciones respectivas.⁴⁵

Define en estos artículos del Código laboral a las posibles partes que intervienen en la relación laboral según sus funciones y con ello evita las ambigüedades que podrían servir de resquicios para eludir responsabilidades. En esta tesitura, les fija obligaciones basándose así mismo en las funciones y relaciones establecidas con el trabajador, buscando selladores para tales resquicios o rendijas desventajosas al trabajador.

⁴⁵ Idem

“ARTÍCULO 36. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA. Son solidariamente responsables de todas de las obligaciones que emanen del contrato de trabajo las sociedades de personas y sus miembros y éstos entre sí en relación con el objeto social y sólo hasta el límite de responsabilidad de cada socio, y los condueños o comuneros de una misma empresa entre sí, mientras permanezcan en indivisión.”⁴⁶

En apariencia se pretende, con este artículo, garantizar que al trabajador se le cubra el importe de salario y prestaciones devengados, con independencia de lo que pudiere ocurrir con los representantes de la empresa o las hipotéticas trampas que pudieren efectuar con fines contrarios al interés del obrero. Sin embargo, podemos observar que se trata de una persona jurídica colectiva y no de subcontratistas aún y que la responsabilidad es limitada, con lo cual se limita igualmente la garantía de los derechos laborales. Ello no significa que no exista la subcontratación o que el legislador la ignore, pues regula otros aspectos de tal modalidad en cuanto a la identificación del personal. Respecto a lo cual se despeja cualquier duda al ver el contenido del artículo 40 que se refiere, exclusivamente, a la identificación del personal directo y el de los intermediarios.

“ARTICULO 40. CARNÉ. Las empresas podrán, a su juicio y como control de identificación del personal que le preste servicios en sus distintas modalidades, expedirles a sus trabajadores, contratistas y su personal y a los trabajadores en misión un carné en donde conste, según corresponda, el nombre del trabajador directo, con el número de cédula y el cargo. En tratándose de contratistas el de las personas autorizadas por este o del trabajador en misión, precisando en esos casos el nombre o razón social de la empresa contratista o de servicios temporal e igualmente la clase de actividad que desarrolle. El carné deberá estar firmado por persona autorizada para expedirlo.

⁴⁶ Ídem

*PARÁGRAFO. La expedición del carné no requerirá aprobación por ninguna autoridad judicial o administrativa”.*⁴⁷

Equivalente a nuestro artículo 5 de la Ley federal del Trabajo, el 43 del Código colombiano tiene por inexistentes las estipulaciones de cualquier tipo que menoscaben los derechos de la parte trabajadora.

*“ARTÍCULO 43. CLAÚSULAS INEFICACES. En los contratos de trabajo no producen ningún efecto las estipulaciones o condiciones que desmejoren la situación del trabajador en relación con lo que establezcan la legislación del trabajo, los respectivos fallos arbitrales, pactos, convenciones colectivas y reglamentos de trabajo y las que sean ilícitas o ilegales por cualquier aspecto; pero a pesar de la ineficacia de esas estipulaciones, todo trabajo ejecutado en virtud de ellas, que constituya por si mismo una actividad lícita, da derecho al trabajador para reclamar el pago de sus salarios y prestaciones legales por el tiempo que haya durado el servicio hasta que esa ineficacia se haya reconocido o declarado judicialmente.”*⁴⁸

En efecto, protege al trabajador contra lo que menoscabe sus derechos, sea porque los restrinja o porque la actividad en que preste sus servicios sea ilícita y, adicionalmente, establece la protección de los derechos laborales de aquel ciudadano que se hubiere encontrado en tales circunstancias hasta que así lo declare la autoridad. Obliga al empleador dueño de la obra o actividad ilícita a pagar todo lo que legalmente corresponda al trabajador, aunque éste haya laborado a domicilio, pues establece la presunción legal de existencia de un contrato de trabajo, pero permite que surtan efectos las cláusulas ineficaces mientras no se declare judicialmente su ineficacia, lo que representa un inconveniente para el trabajador, que tiene que esperar la resolución judicial sin gozar, entretanto, de las prestaciones eludidas por el empleador doloso.

⁴⁷ Ídem

⁴⁸ Ídem

“ARTÍCULO 89. CONTRATO DE TRABAJO. Hay contrato de trabajo con la persona que presta habitualmente servicios remunerados en su propio domicilio, sola o con la ayuda de miembros de su familia por cuenta de un empleador.”⁴⁹

Y tal como la Carta Magna, iguala a los trabajadores y establece remuneraciones iguales para todos los que presten trabajos iguales, lo cual es un blindaje contra la reducción de salario y prestaciones a través de la externalización de actividades o parte de ellas; el trabajador en misión (subcontratado) deberá gozar de los mismos derechos que los de contratación directa que realicen el mismo trabajo, en las mismas condiciones y con la misma eficacia.

“ARTÍCULO 10. IGUALDAD DE LOS TRABAJADORES. Todos los trabajadores son iguales ante la ley, tienen la misma protección y garantías, y, en consecuencia, queda abolida toda distinción jurídica entre los trabajadores por razón del carácter intelectual o material de la labor, su forma o retribución, salvo las excepciones establecidas por la Ley.

ARTÍCULO 143. A TRABAJO IGUAL, SALARIO IGUAL.

- 1. A trabajo igual desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales, debe corresponder salario igual, comprendiendo en éste todos los elementos a que se refiere el artículo 127.*
- 2. No pueden establecerse diferencias en el salario por razones de edad, sexo, nacionalidad, raza, religión, opinión política o actividades sindicales.”⁵⁰*

Nuevamente encontramos el Derecho Natural (Art. 10) cuya protección se concreta en el Derecho Positivo (Art. 143 y 144), pues ante la inexistencia de estipulación de salario para algunos trabajadores, si previamente se ha fijado para otros que trabajan en condiciones de igualdad como ya hemos referido, se aplica el principio de igualdad.

⁴⁹ Ídem

⁵⁰ Ídem

“ARTÍCULO 144. FALTA DE ESTIPULACIÓN. Cuando no se haya pactado expresamente salario, se debe el que ordinariamente se paga por la misma labor, y a falta de éste, el que se fijare tomando en cuenta la cantidad y calidad del trabajo, la aptitud del trabajador y las condiciones usuales de la región.”⁵¹

Esto, hipotéticamente, podría presentarse entre los trabajadores de contratación directa, con un contrato colectivo y salarios tabulados con toda precisión y subcontratistas que no tengan definida la actividad y, consecuentemente exista la omisión respecto al salario, el subcontratista deberá pagar lo mismo que el trabajador de base del dueño de la obra.

3.2.2 Intermediarios en Chile

Igual que la colombiana, la Constitución Chilena protege los derechos elementales, los Derechos Humanos, de los trabajadores y, entre ellos, el derecho al trabajo digno y a la seguridad social, sin discriminación de ninguna especie, e incluye en un artículo, el 19, las garantías otorgadas a la clase económicamente productora, su derecho a la sindicación para la defensa de sus intereses. El hilo conductor de los Derechos Humanos y del Trabajo Decente se presenta con toda nitidez en los derechos y deberes constitucionales de los chilenos, como se refleja en las fracciones o incisos que se transcriben a continuación:

“De los derechos y deberes constitucionales

Art. 19. La Constitución asegura a todas las personas:

...16. La libertad de trabajo y su protección. Toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución. Se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos.

⁵¹ Ídem

Ninguna clase de trabajo puede ser prohibida, salvo que se oponga a la moral, a la seguridad o a la salubridad pública, o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así. Ninguna ley o disposición de autoridad pública podrá exigir la afiliación a organización o entidad alguna como requisito para desarrollar una determinada actividad o trabajo, ni la desafiliación para mantenerse en éstos. La ley determinará las profesiones que requieren grado o título universitario y las condiciones que deben cumplirse para ejercerlas.

*La negociación colectiva con la empresa en que laboren es un derecho de los trabajadores, salvo los casos en que la ley expresamente no permita negociar. La ley establecerá las modalidades de la negociación colectiva y los procedimientos adecuados para lograr en ella una solución justa y pacífica. La ley señalará los casos en que la negociación colectiva deba someterse a arbitraje obligatorio, el que corresponderá a tribunales especiales de expertos cuya organización y atribuciones se establecerán en ella.*⁵²

La disposición constitucional señala una clara y tajante prohibición de discriminar a los trabajadores; ahora bien, las formas en que puede presentarse la discriminación son variadas y entre ellas es frecuente la diferencia de salarios y prestaciones, que tienen su origen histórico en el desplazamiento de la fuerza de trabajo adulta de los hombres, por la de las mujeres y, en seguida, los niños, en la época del desarrollo industrial que fue paulatinamente simplificando las actividades que los trabajadores debían realizar y volviéndolas accesibles a quienes no tienen una gran fuerza física ni una gran experiencia, ambas características, acompañadas también por una menor disposición a la defensa de sus derechos laborales, por no ser cabeza de familia y sostén principal de la misma, situación que psicológicamente reduce las preocupaciones de los involucrados. Ahora el ahorro para el empresario se da en menor medida a través de este mecanismo, pero han surgido otros, y entre ellos la subcontratación, que les permite emplear a los trabajadores sólo el tiempo que consideren conveniente

⁵² Constitución Política de la República de Chile

y delegar las obligaciones patronales en el subcontratista, lo cual lleva consigo su reducción en perjuicio del trabajador.

Al prohibir todo condicionamiento a la afiliación a organización o entidad alguna, se debe entender que no podrán los subcontratistas gozar de exclusividad en área alguna de la actividad desarrollada en la empresa, lo cual sería también discriminatorio, pero además, violatorio del Derecho Humano a la libertad que la Carta Magna establece para sus nacionales, mismo sentido en que puede ser interpretada la fracción 17 del mismo artículo.

La duda podría surgir en la estipulación relativa a la contratación colectiva, pues se refiere *a la empresa en que laboren*, y la empresa en que laboran es la principal, pero su relación formal se da con la subcontratista, y se presenta el caso de que ésta tenga firmado contrato colectivo de trabajo con un sindicato y entrar en competencia éste y el titular del contrato firmado con la principal. Ambas organizaciones estarían legitimadas para la representación colectiva, pero si nos atenemos al principio de la interpretación más favorable al trabajador, la beneficiaria del trabajo es la obligada y el sindicato titular de ésta será el que conserve la representación de todos los operarios. Sin embargo, la subcontratación y la contratación por empresas de servicios transitorios, ambas intermediarias, que son motivo del presente estudio, son reguladas por el Código del Trabajo.

Código del Trabajo de Chile

“Art. 22. La duración de la jornada ordinaria de trabajo no excederá de cuarenta y cinco horas semanales.

Quedarán excluidos de la limitación de jornada de trabajo los trabajadores que presten servicios a distintos empleadores; los gerentes, administradores, apoderados con facultades de administración y todos aquellos que trabajen sin fiscalización superior inmediata; los contratados de acuerdo con este Código para

prestar servicios en su propio hogar o en un lugar libremente elegido por ellos; los agentes comisionistas y de seguros, vendedores viajantes, cobradores y demás similares que no ejerzan sus funciones en el local del establecimiento.

También quedarán excluidos de la limitación de jornada de trabajo los trabajadores que se desempeñen a bordo de naves pesqueras.”⁵³

Es de notarse que en Chile, la jornada laboral es tres horas menor que en México; sin embargo, se exceptúa de ello y se legaliza el trabajo a domicilio en el cual la necesidad, o los bajos salarios, o ambos, pueden obligar de facto al trabajador a extender la jornada con apariencia de voluntariedad detrás de la cual se esconda la externalización sin que necesariamente exista una empresa intermediaria que organice y ofrezca el *outsourcing*, lo que los pone en la mayor de las indefensiones frente al patrón, pues son ellos quienes menos prestaciones disfrutan y se sienten con menos derecho de reclamarlas, por considerar que les pagan por lo que hagan y con ello quedan retribuidos.

En el capítulo destinado a la subcontratación, empieza por definirla para reducir el margen de error o de maniobra que pudiere resultar en perjuicio de los trabajadores:

“Art. 183-A. *Es trabajo en régimen de subcontratación, 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. Si los servicios prestados se realizan sin*

⁵³ Código del Trabajo de Chile

sujeción a los requisitos señalados en el inciso anterior o se limitan sólo a la intermediación de trabajadores a una faena, se entenderá que el empleador es el dueño de la obra, empresa o faena, sin perjuicio de las sanciones que correspondan por aplicación del artículo 478.⁵⁴

Está perfectamente delimitada la categoría de subcontratación a que se refiere el capítulo. Se trata de aquellos casos en los que el trabajador presta sus servicios formalmente a un patrón con quien firmó contrato, pero real y físicamente lo hacen en beneficio de otro que celebró contrato con el patrón formal; este otro es el identificado como principal en la legislación chilena y como beneficiario en la nuestra. Su responsabilidad también queda definida en el siguiente artículo del mismo capítulo:

Art. 183-B. *La empresa principal será solidariamente responsable de las obligaciones laborales y previsionales de dar que afecten a los contratistas en favor de los trabajadores de éstos, incluidas las eventuales indemnizaciones legales que correspondan por término de la relación laboral. Tal responsabilidad estará limitada al tiempo o período durante el cual el o los trabajadores prestaron servicios en régimen de subcontratación para la empresa principal.*

En los mismos términos, el contratista será solidariamente responsable de las obligaciones que afecten a sus subcontratistas, a favor de los trabajadores de éstos.

La empresa principal responderá de iguales obligaciones que afecten a los subcontratistas, cuando no pudiere hacerse efectiva la responsabilidad a que se refiere el inciso siguiente.

El trabajador, al entablar la demanda en contra de su empleador directo, podrá hacerlo en contra de todos aquellos que puedan responder de sus derechos, en conformidad a las normas de este Párrafo.

⁵⁴ Código del Trabajo de Chile

En los casos de construcción de edificaciones por un precio único prefijado, no procederán estas responsabilidades cuando quien encargue la obra sea una persona natural.

En todo caso responderá el beneficiario del trabajo realizado por el trabajador, con independencia de que los contratistas o subcontratistas sean los que formalmente establezcan la relación laboral; la empresa principal tendrá la obligación de garantizar el respeto a los derechos laborales y será cuestión aparte los litigios que deba entablar con aquellos con motivo del cumplimiento de tales obligaciones y derechos.

El contratista o subcontratista podrá ser una *empresa de servicios transitorios*, también definida nítidamente por el Código del Trabajo en los siguientes términos:

Art. 183-F. *Para los fines de este Código, se entiende por:*

a) Empresa de Servicios Transitorios: toda persona jurídica, inscrita en el registro respectivo, que tenga por objeto social exclusivo poner a disposición de terceros denominados para estos efectos empresas usuarias, trabajadores para cumplir en estas últimas, tareas de carácter transitorio u ocasional, como asimismo la selección, capacitación y formación de trabajadores, así como otras actividades afines en el ámbito de los recursos humanos.

b) Usuaria: toda persona natural o jurídica que contrata con una empresa de servicios transitorios, la puesta a disposición de trabajadores para realizar labores o tareas transitorias u ocasionales, cuando concurra alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 183-Ñ de este Código.

c) Trabajador de Servicios Transitorios: todo aquel que ha convenido un contrato de trabajo con una empresa de servicios transitorios para ser puesto a disposición de una o más usuarias de aquélla, de acuerdo a las disposiciones de este Párrafo 2º.

Art. 183-I. *Las empresas de servicios transitorios no podrán ser matrices, filiales, coligadas, relacionadas ni tener interés directo o indirecto, participación o relación societaria de ningún tipo, con empresas usuarias que contraten sus servicios.*

La infracción a la presente norma se sancionará con su cancelación en el Registro de Empresas de Servicios Transitorios y con una multa a la usuaria de 10 unidades tributarias mensuales por cada trabajador contratado, mediante resolución fundada del Director del Trabajo.

La empresa afectada por dicha resolución, podrá pedir su reposición al Director del Trabajo, dentro del plazo de cinco días. La resolución que niegue lugar a esta solicitud será reclamable, dentro del plazo de cinco días, ante la Corte de Apelaciones respectiva.

Aunque el Código Chileno distingue entre subcontratación y servicios transitorios, podemos identificar que se trata de intermediarios, que es el motivo y centro de esta investigación. La diferencia básica distinguible entre ambos es el criterio para considerar cumplido el contrato (o subcontrato); en la subcontratación, el intermediario se compromete a realizar obra o trabajo determinados para la principal y deberá realizar objetivos establecidos en el acuerdo de voluntades, mientras que en los servicios transitorios cumple al poner a disposición de la usuaria (principal) a los trabajadores convenidos, un claro arrendamiento al estilo romano con algunas acotaciones.

El Código prevé probables argucias de las empresas y establece claramente las reglas que preservan los derechos de los trabajadores de planta de las empresas que contratan directamente al personal y a los destinados a las actividades sustanciales de la misma, en aquellos casos en que subcontrate la realización de algunas metas, tareas u obras.

Art. 183-Ñ. *Podrá celebrarse un contrato de puesta a disposición de trabajadores de servicios transitorios cuando en la usuaria se dé alguna de las circunstancias siguientes:*

- a) *suspensión del contrato de trabajo o de la obligación de prestar servicios, según corresponda, de uno o más trabajadores por licencias médicas, descansos de maternidad o feriados;*
- b) *eventos extraordinarios, tales como la organización de congresos, conferencias, ferias, exposiciones u otros de similar naturaleza;*
- c) *proyectos nuevos y específicos de la usuaria, tales como la construcción de nuevas instalaciones, la ampliación de las ya existentes o expansión a nuevos mercados;*
- d) *período de inicio de actividades en empresas nuevas;*
- e) *aumentos ocasionales, sean o no periódicos, o extraordinarios de actividad en una determinada sección, faena o establecimiento de la usuaria; o*
- f) *trabajos urgentes, precisos e impostergables que requieran una ejecución inmediata, tales como reparaciones en las instalaciones y servicios de la usuaria.*

Art. 183-O. *El plazo del contrato de puesta a disposición de trabajadores de servicios transitorios deberá ajustarse a las siguientes normas.*

En el caso señalado en la letra a) del artículo anterior, la puesta a disposición del trabajador podrá cubrir el tiempo de duración de la ausencia del trabajador reemplazado, por la suspensión del contrato o de la obligación de prestar servicios, según sea el caso.

En los casos señalados en las letras b) y e) del artículo anterior, el contrato de trabajo para prestar servicios en una misma usuaria no podrá exceder de 90 días. En el caso de las letras c) y d) dicho plazo será de 180 días, no siendo ambos casos susceptibles de renovación. Sin embargo, si al tiempo de la terminación del contrato de trabajo subsisten las circunstancias que motivaron su celebración, se podrá prorrogar el contrato hasta completar los 90 o 180 días en su caso.

Art. 183-P. *Sin perjuicio de lo señalado en el artículo 183-Ñ, no se podrá contratar la puesta a disposición de trabajadores de servicios transitorios, en los siguientes casos:*

- a) *para realizar tareas en las cuales se tenga la facultad de representar a la usuaria, tales como los gerentes, subgerentes, agentes o apoderados;*

b) para reemplazar a trabajadores que han declarado la huelga legal en el respectivo proceso de negociación colectiva; o

c) para ceder trabajadores a otras empresas de servicios transitorios.

La contravención a lo dispuesto en este artículo excluirá a la usuaria de la aplicación de las normas del presente Párrafo 2°. En consecuencia, el trabajador se considerará como dependiente de la usuaria, vínculo que se regirá por las normas de la legislación laboral común.

Además, la usuaria será sancionada administrativamente por la Inspección del Trabajo respectiva, con una multa equivalente a 10 unidades tributarias mensuales por cada trabajador contratado.

La forma de contratación más parecida al esclavismo se llama *Empresa de Servicios Temporales*, y consiste en contratar personal con el exclusivo propósito de ponerlos a disposición de otra empresa que los requiera temporalmente; es decir, para rentarlos a quien los necesite y obtener una utilidad por la renta de trabajadores, quienes quedan a disposición de la usuaria, ésta le da las órdenes e instrucciones y no se compromete con ellos a nada, su compromiso es con la empresa alquiladora, a quien paga por el servicio.

3.2.3 Intermediarios en Venezuela

Iniciando con la Constitución de Venezuela, podemos apreciar la protección genérica que otorga a los Derechos Humanos en su artículo segundo, al definirse como un Estado protector de los mismos, y según la Declaración Universal referida en el capítulo II, el Trabajo tiene tal jerarquía y queda protegido por el artículo 22, que no se repite por estar ya transcrito.

“Artículo 2. *Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad,*

*la democracia, la responsabilidad social y en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político.*⁵⁵

Sucede lo mismo que en el caso anterior. La Constitución establece la justicia, la igualdad y la solidaridad, y con ese principio quedan amparados contra la discriminación en todas sus formas, ya señaladas al analizar el caso chileno; pues, por razones que se desconoce, no regula con amplitud las relaciones laborales y las reserva a la Ley Orgánica del Trabajo. Sin embargo, no puede omitirse lo señalado en el artículo 3 de la Carta Magna, pues el trabajo, junto con la educación, es proceso fundamental para lograr los fines del Estado, y los fines del Estado son la preservación de los Derechos Humanos de los venezolanos, contenidos en su documento fundamental a través de los instrumentos que a sí mismo se dio.

Artículo 3. *El Estado tiene como fines esenciales la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, el ejercicio democrático de la voluntad popular, la construcción de una sociedad justa y amante de la paz, la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo y la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes reconocidos y consagrados en esta Constitución.*

*La educación y el trabajo son los procesos fundamentales para alcanzar dichos fines.*⁵⁶

En el mismo espíritu, establece de manera genérica la prohibición de toda forma de discriminar y ordena establecer los mecanismos e instrumentos que posibiliten la realización de la igualdad y la libertad de las personas y marca la pauta para la creación de disposiciones sancionadoras contra posibles violaciones al ordenamiento fundamental.

Artículo 21. *Todas las personas son iguales ante la ley; en consecuencia:*

1. No se permitirán discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo, la condición social o aquellas que, en general, tengan por objeto o por resultado

⁵⁵ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

⁵⁶ Ídem

anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de toda persona.

2. La ley garantizará las condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad ante la ley sea real y efectiva; adoptará medidas positivas a favor de personas o grupos que puedan ser discriminados, marginados o vulnerables; protegerá especialmente a aquellas personas que por alguna de las condiciones antes especificadas, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

3. Sólo se dará el trato oficial de ciudadano o ciudadana; salvo las fórmulas diplomáticas.

4. No se reconocen títulos nobiliarios ni distinciones hereditarias.⁵⁷

Y al pasar a la legislación particular, reglamentaria, encontramos el artículo 15 de la Ley Orgánica del Trabajo, que engloba todas las relaciones laborales de manera inequívoca bajo el imperio de la misma, siempre que haya patronos y trabajadores

“Artículo 15 Estarán sujetas a las disposiciones de esta Ley todas las empresas, establecimientos, explotaciones y faenas, sean de carácter público o privado, existentes o que se establezcan en el territorio de la República, y en general, toda prestación de servicios personales donde haya patronos y trabajadores, sea cual fuere la forma que adopte, salvo las excepciones expresamente establecidas por esta Ley.”

Para que nadie se equivoque ni pretenda maliciosamente excluir alguna relación laboral de la regulación legal establecida, el criterio básico es que *haya patronos y trabajadores, sea cual fuere la forma que adopte, salvo las excepciones expresamente establecidas por esta Ley*. Es decir, toda relación laboral se sujeta a la Ley Orgánica del Trabajo, con independencia de los contratos de cualquier

⁵⁷ *Id.*

índole que celebren entre empresarios, queda bajo el imperio de la Ley, y faculta a las autoridades para pedir informes acerca de su cumplimiento.

Artículo 17 El Ministerio del ramo podrá solicitar los datos que considere necesarios para la apreciación de las condiciones y modalidades de aplicación de esta Ley y de su reglamentación, y, cuando fuere el caso, adoptará las medidas necesarias para corregir las irregularidades que pudieran existir.

El Ministerio del Trabajo puede solicitar informes y debe corregir las irregularidades que encuentre en la relación laboral sea cual fuere ésta; podríamos decir que, en Venezuela, el Ministerio del Trabajo tiene facultades de comprobación, lo que lo convierte en velador oficioso del cumplimiento de las disposiciones del trabajo, investido de facultades correctivas y sancionadoras en contra de los patrones, con lo cual la tutela de derechos es una realidad.

En cuanto a los intermediarios, la Ley señala:

“Artículo 49 Se entiende por patrono o empleador la persona natural o jurídica que en nombre propio, ya sea por cuenta propia o ajena, tiene a su cargo una empresa, establecimiento, explotación o faena, de cualquier naturaleza o importancia, que ocupe trabajadores, sea cual fuere su número. Cuando la explotación se efectúe mediante intermediario, tanto éste como la persona que se beneficia de esa explotación se considerarán patronos.”⁵⁸

Observamos que en el caso venezolano se clasifica como patrón a todos los que establezcan relación directa o indirecta, de tipo laboral, con el trabajador; con ello queda zanjada la dificultad para ejercer los derechos del trabajador y se elimina la duda acerca de a quién reclamar su cumplimiento y la obligación solidaria es, paradójicamente, más férrea aquí donde no se le menciona que donde queda explícita como tal. La República Bolivariana muestra más claridad y compromiso con el respeto a la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Constitución de la OIT, la Constitución de Venezuela y la Ley Laboral. Y cierra la pinza al señalar quienes son representantes del patrón y lo obligan jurídicamente

⁵⁸ Ley Orgánica del Trabajo de la República Bolivariana de Venezuela.

con cada uno de sus actos, de modo que no se pueda negar la relación laboral aduciendo ser otro el responsable:

2Artículo 50 A los efectos de esta Ley, se considera representante del patrono toda persona que en nombre y por cuenta de éste ejerza funciones jerárquicas de dirección o administración.

Artículo 51 Los directores, gerentes, administradores, jefes de relaciones industriales, jefes de personal, capitanes de buques o aeronaves, liquidadores y depositarios y demás personas que ejerzan funciones de dirección o administración se considerarán representantes del patrono aunque no tengan mandato expreso, y obligarán a su representado para todos los fines derivados de la relación de trabajo.”⁵⁹

Además, se hace explícita la igualdad de derechos entre quienes son contratados por intermediarios y aquellos contratados directamente por el beneficiario de la prestación de servicios de los trabajadores, y con ello se reduce la posibilidad de escamotear las prestaciones que les corresponden.

“Artículo 54 A los efectos de esta Ley se entiende por intermediario la persona que en nombre propio y en beneficio de otra utilice los servicios de uno o más trabajadores.

El intermediario será responsable de las obligaciones que a favor de esos trabajadores se derivan de la Ley y de los contratos; y el beneficiario responderá además, solidariamente con el intermediario, cuando le hubiere autorizado expresamente para ello o recibiere la obra ejecutada. Los trabajadores contratados por intermediarios disfrutarán de los mismos beneficios y condiciones de trabajo que correspondan a los trabajadores contratados directamente por el patrono beneficiario.”⁶⁰

Nótese que para ello basta que el beneficiario reciba la obra ejecutada, lo cual se considera prueba de que los trabajos ejecutados lo fueron en su beneficio;

⁵⁹ Ídem

⁶⁰ Ídem

no hay lugar para la duda o la elusión de obligaciones patronales en Venezuela. Pero los legisladores no se conforman con eso:

Artículo 56 A los efectos de establecer la responsabilidad solidaria del dueño de la obra o beneficiario del servicio, se entiende por inherente, la obra que participa de la misma naturaleza de la actividad a que se dedica el contratante; y por conexas, la que está en relación íntima y se produce con ocasión de ella.

La responsabilidad del dueño de la obra o beneficiario del servicio se extiende hasta los trabajadores utilizados por subcontratistas, aun en el caso de que el contratista no esté autorizado para subcontratar; y los trabajadores referidos gozarán de los mismos beneficios que correspondan a los trabajadores empleados en la obra o servicio.

Artículo 57 Cuando un contratista realice habitualmente obras o servicios para una empresa en un volumen que constituya su mayor fuente de lucro, se presumirá que su actividad es inherente o conexas con la de la empresa que se beneficie con ella.⁶¹

Doblemente garantizada la responsabilidad patronal y los derechos de los trabajadores al establecer la relación entre el beneficiario y los subcontratistas, inclusive si no fueron autorizados para subcontratar y con quienes habitualmente realicen obras o servicios para una empresa, que será, entonces, la principal y, según lo arriba señalado y analizado, será considerada como patrón y deberá **cumplir con las obligaciones que le resultan inherentes como tal.**

⁶¹ *Id.*

CAPÍTULO IV

EL CONTRATO DE TRABAJO EN LA LEGISLACIÓN LABORAL MEXICANA

En nuestra legislación, el contrato de trabajo está señalado en forma tal que resulte protector de los derechos del trabajador. Así se desprende del análisis de lo establecido por el artículo 20 que establece *que* “La prestación de un trabajo a que se refiere el párrafo primero y el contrato celebrado producen los mismos efectos” y la disposición relativa a los despidos contenida en el artículo 47 *in fine*: “La falta de aviso al trabajador o a la Junta, por sí sola bastará para considerar la separación no justificada y, en consecuencia, la nulidad del despido.” Lo cual implica reconocer las relaciones de hecho y darles todos los efectos legales en favor del trabajador subordinado.

4.1 Trabajo personal y subordinado

La definición de trabajador que nos dan los legisladores mexicanos pone en el centro la idea de subordinación de una persona física a otra, física o moral, con lo que deja atrás la idea del “acuerdo de voluntades”, pues la desigualdad está en la esencia de la subordinación. ¿Quién busca una relación subordinada?... Nadie, seguramente; quien acepta la subordinación es aquél que carece de medios de producción y no tiene más medio de subsistencia que la venta de su fuerza de trabajo, y se la vende al que sí es propietario de medios de producción, quien, sabedor de la enorme ventaja que este hecho le concede, impone sus condiciones al subordinado, al trabajador.

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

Para los efectos de esta disposición, se entiende por trabajo toda actividad humana, intelectual o material, independientemente del grado de preparación técnica requerido por cada profesión u oficio.

Y el artículo 8º define también lo que deberá entenderse por trabajo, con lo cual elimina la posibilidad de excluir de la aplicación de este precepto algún tipo de actividad. El trabajador presta su trabajo a cambio del salario que le permitirá subsistir con su familia, y nunca podrá competir con el patrón, pues el salario está calculado sólo para eso precisamente, como se entiende a través de la definición del salario que los legisladores nos dan en el artículo 90 de la Ley

Artículo 90.- *Salario mínimo es la cantidad menor que debe recibir en efectivo el trabajador por los servicios prestados en una jornada de trabajo.*

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

Es evidente que no se trata de retribuir el valor del trabajo, sino de restituir la capacidad de trabajo para que el trabajador siga trabajando en favor del patrón que contrata sus servicios. La Ley obliga solamente a eso, ya que al fijar el mínimo, se considera que quien reciba esa cantidad no podrá exigir más por ser la señalada como suficiente, en los términos del artículo en comento. La Comisión Nacional de Salarios Mínimos fija el valor de la fuerza de trabajo, que no es más que el tiempo de trabajo socialmente necesario para producirla, valor que se fija en ciertas cantidades de satisfactores elementales para el trabajador y su familia, cuyo precio, es el equivalente a dicho valor expresado en dinero; y el valor expresado en dinero se llama precio, el precio de la fuerza de trabajo es el salario mínimo.

Como mecanismos de defensa de los derechos laborales y búsqueda del “equilibrio entre el capital y el trabajo” se ha establecido la existencia de diversos tipos de contrato.

4.2 Contrato individual.

El contrato individual es el que se celebra entre una persona física y otra persona, física o moral, a quien presta un trabajo personal subordinado mediante el pago de un salario. El carácter individual se da en el caso del trabajador, pues el patrón puede ser una persona moral, con reconocimiento ante las autoridades competentes, tanto mercantiles como del trabajo

***Artículo 20.-** Se entiende por relación de trabajo, cualquiera que sea el acto que le dé origen, la prestación de un trabajo personal subordinado a una persona, mediante el pago de un salario.*

Contrato individual de trabajo, cualquiera que sea su forma o denominación, es aquel por virtud del cual una persona se obliga a prestar a otra un trabajo personal subordinado, mediante el pago de un salario.

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

En este artículo podemos notar que se trata de trabajo personal, de una relación entre dos personas, una de las cuales se beneficia del trabajo de la otra y paga por ello, y es precisamente esta relación la que regula nuestra Ley. En la ejecución del trabajo le da órdenes, le fija el horario y lugar de trabajo, le da instrucciones y lo somete a diversos reglamentos, por lo que al no cumplir estas condiciones, deja de existir el contrato de trabajo, y podrá existir uno de

intermediación, de servicios u otro de naturaleza no laboral, aunque esté presente el trabajo; esto sucede con la externalización.

Refuerza esta idea el artículo 21 de la Ley Federal del trabajo

Artículo 21.- Se presumen la existencia del contrato y de la relación de trabajo entre el que presta un trabajo personal y el que lo recibe.

En esta forma, la Ley Federal del Trabajo asegura la protección mínima que la misma establece para el trabajador y evita que maliciosamente se le deje en estado de indefensión al omitir la redacción del “acuerdo” por el cual se estipule las obligaciones y derechos del trabajador, e inclusive refuerza esta idea al atribuir siempre al patrón la responsabilidad en caso de la inexistencia del documento en el cual quede plasmado. El acto jurídico se tiene por realizado al probarse que alguien prestó un trabajo personal subordinado a cambio de un salario y esto produce todos los efectos jurídicos del contrato, reclamables ante la autoridad del trabajo correspondiente.

4.3 Contrato colectivo.

El derecho a la sindicación está señalado como un aspecto fundamental en la parte correspondiente de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, como forma de lograr una mejor defensa de los intereses de la parte débil en la relación de subordinación que se establece.

4. *“Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses.”⁶²*

Este derecho está garantizado por el artículo 123 de nuestra Constitución, la que se lo otorga por igual a trabajadores y patrones, al señalar en lo relativo:

⁶² Art. 23 Declaración Universal de los Derechos Humanos

XVI. Tanto los obreros como los empresarios tendrán derecho para coaligarse en defensa de sus respectivos intereses, formando sindicatos, asociaciones profesionales, etc.

Y al reglamentar este artículo, la Ley Federal del Trabajo recoge la disposición en el mismo sentido. Es una incongruencia aparente de nuestra legislación, pues otorga a la parte débil un derecho y, como si temiera algo, se lo otorga por igual y en el mismo artículo a la parte ventajosa: obreros y patrones tienen el mismo derecho.

Artículo 355.- *Coalición es el acuerdo temporal de un grupo de trabajadores o de patrones para la defensa de sus intereses comunes.*

Artículo 356.- *Sindicato es la asociación de trabajadores o patrones, constituida para el estudio, mejoramiento y defensa de sus respectivos intereses.*

Artículo 357.- *Los trabajadores y los patrones tienen el derecho de constituir sindicatos, sin necesidad de autorización previa.*

Todo ello con base en la igualdad que establece el artículo 1º constitucional, pero sin considerar el principio de justicia que consiste en tratar como iguales a los iguales y como desiguales a los desiguales, presente en el espíritu de nuestra Carta Magna y, de manera notoria, en lo concerniente al Derecho Social, del cual forma parte nuestro Derecho del Trabajo.

Las coaliciones podrán servir como instrumento coyuntural de defensa de los trabajadores, pero el instrumento permanente es el sindicato, con quien el patrón celebra un contrato colectivo, y será el representante permanente de los trabajadores de una o varias empresas o establecimientos.

Artículo 386.- *Contrato colectivo de trabajo es el convenio celebrado entre uno o varios sindicatos de trabajadores y uno o varios patrones, o uno o varios*

sindicatos de patrones, con objeto de establecer las condiciones según las cuales debe prestarse el trabajo en una o más empresas o establecimientos.

Artículo 387.- *El patrón que emplee trabajadores miembros de un sindicato tendrá obligación de celebrar con éste, cuando lo solicite, un contrato colectivo.*

Si el patrón se niega a firmar el contrato, podrán los trabajadores ejercitar el derecho de huelga consignado en el artículo 450.

En el contrato colectivo de trabajo deberán establecerse los tipos de trabajo y las condiciones de su realización, así como las prestaciones a que tendrán derecho los miembros del sindicato. Pero desde el principio está presente la desigualdad real, los patrones constituyen sus sindicatos cuando y como quieren mientras los trabajadores deben probar que trabajan para un patrón, y suelen encontrar que ya no pueden sindicalizarse libremente porque en la empresa ya existe un *sindicato blanco* y un contrato de protección, lo cual los obliga a luchar por una titularidad de un fantasma contra otro fantasma detrás del cual se esconden el patrón, una central propatronal y la propia autoridad del trabajo que validó la trampa. Todo ello con base en el artículo 391 de la Ley, que así lo establece:

Artículo 391.- *El contrato colectivo contendrá:*

- I. Los nombres y domicilios de los contratantes;*
- II. Las empresas y establecimientos que abarque;*
- III. Su duración o la expresión de ser por tiempo indeterminado o para obra determinada;*
- IV. Las jornadas de trabajo;*
- V. Los días de descanso y vacaciones;*
- VI. El monto de los salarios;*
- VII. Las cláusulas relativas a la capacitación o adiestramiento de los trabajadores en la empresa o establecimientos que comprenda;*

VIII. Disposiciones sobre la capacitación o adiestramiento inicial que se deba impartir a quienes vayan a ingresar a laborar a la empresa o establecimiento;

IX. Las bases sobre la integración y funcionamiento de las Comisiones que deban integrarse de acuerdo con esta Ley; y,

X. Las demás estipulaciones que convengan las partes.

Dicho contrato podrá ser por tiempo determinado, indeterminado o por obra, y deberá revisarse periódicamente en cuanto a su cumplimiento y búsqueda del mejoramiento constante de la relación colectiva de trabajo y de las condiciones de vida de los trabajadores, así como el incremento de la productividad en la empresa, cumpliendo en cada revisión, los requisitos que les marca el artículo 399.

Artículo 399.- *La solicitud de revisión deberá hacerse, por lo menos, sesenta días antes:*

I. Del vencimiento del contrato colectivo por tiempo determinado, si éste no es mayor de dos años;

II. Del transcurso de dos años, si el contrato por tiempo determinado tiene una duración mayor; y

III. Del transcurso de dos años, en los casos de contrato por tiempo indeterminado o por obra determinada.

Para el cómputo de este término se atenderá a lo establecido en el contrato y, en su defecto, a la fecha del depósito.

La Ley regula hasta la periodicidad de las revisiones contractuales y salariales a que deben someterse los sindicatos, y en ello puede entenderse una garantía para los trabajadores, en el sentido de que el patrón no podrá prolongar el intervalo de la revisión a capricho o según sus intereses, pero también le garantiza al patrón que los trabajadores no reduzcan injustificadamente dicho intervalo, con lo cual se atiende el principio de igualdad ante la Ley, señalado para ambas partes, sindicato y patrón.

4.4 Contrato Ley.

Cuando se agrupan los trabajadores de una rama industrial a nivel nacional, el contrato a celebrar deberá ser único y las condiciones de prestación del servicio, uniformes. Para ello se celebra un Contrato Ley, que será administrado por el sindicato nacional y sus secciones en cada empresa o establecimiento o por los sindicatos de empresa que existan en dicha rama.

Artículo 404.- *Contrato-ley es el convenio celebrado entre uno o varios sindicatos de trabajadores y varios patrones, o uno o varios sindicatos de patrones, con objeto de establecer las condiciones según las cuales debe prestarse el trabajo en un rama determinada de la industria, y declarado obligatorio en una o varias Entidades Federativas, en una o varias zonas económicas que abarquen una o más de dichas Entidades, o en todo el territorio nacional.*

Artículo 405.- *Los contratos-ley pueden celebrarse para industrias de jurisdicción federal o local.*

Artículo 406.- *Pueden solicitar la celebración de un contrato-ley los sindicatos que representen las dos terceras partes de los trabajadores sindicalizados, por lo menos, de una rama de la industria en una o varias Entidades Federativas, en una o más zonas económicas, que abarque una o más de dichas Entidades o en todo el territorio nacional.*

Esto trae la posibilidad de que exista un sindicato nacional o una federación de sindicatos que se encargue de la defensa laboral en los intervalos marcados por las revisiones salariales y contractuales y, de manera más clara, en cada una de estas revisiones encaminadas a mantener o recuperar la armonía entre los *factores de la producción*, reformando o adicionando el Contrato Ley. Lamentablemente, con esta posibilidad aparentemente favorable, aparece la otra

consistente en que quien encabece las negociaciones no tome en cuenta las condiciones particulares de cada empresa o establecimiento y las secciones del sindicato nacional o los sindicatos de empresa no representados en la revisión, sólo administrarán lo que, de hecho, se les impuso.

4.5 Aplicación del artículo 5º de la Ley Federal del Trabajo

Los derechos establecidos en el artículo 123 constitucional, en la Ley Federal del Trabajo y los Contratos Colectivos, así como en los tratados internacionales celebrados por el Presidente de la República y ratificados por el Senado, son inviolables e irrenunciables, y así lo establece y garantiza el artículo 5º de la citada Ley

***Artículo 5o.-** Las disposiciones de esta Ley son de orden público por lo que no producirá efecto legal, ni impedirá el goce y el ejercicio de los derechos, sea escrita o verbal, la estipulación que establezca:*

- I. Trabajos para niños menores de catorce años;*
- II. Una jornada mayor que la permitida por esta Ley;*
- III. Una jornada inhumana por lo notoriamente excesiva, dada la índole del trabajo, a juicio de la Junta de Conciliación y Arbitraje;*
- IV. Horas extraordinarias de trabajo para los menores de dieciséis años*
- V. Un salario inferior al mínimo;*
- VI. Un salario que no sea remunerador, a juicio de la Junta de Conciliación y Arbitraje;*
- VII. Un plazo mayor de una semana para el pago de los salarios a los obreros;*
- VIII. Un lugar de recreo, fonda, cantina, café, taberna o tienda, para efectuar el pago de los salarios, siempre que no se trate de trabajadores de esos establecimientos;*
- IX. La obligación directa o indirecta para obtener artículos de consumo en tienda o lugar determinado;*

X. La facultad del patrón de retener el salario por concepto de multa;

XI. Un salario menor que el que se pague a otro trabajador en la misma empresa o establecimiento por trabajo de igual eficiencia, en la misma clase de trabajo o igual jornada, por consideración de edad, sexo o nacionalidad;

XII. Trabajo nocturno industrial o el trabajo después de las veintidós horas, para menores de dieciséis años; y

XIII. Renuncia por parte del trabajador de cualquiera de los derechos o prerrogativas consignados en las normas de trabajo.

En todos estos casos se entenderá que rigen la Ley o las normas supletorias en lugar de las cláusulas nulas.

Si por cualquier medio se llegare a estipular alguna renuncia de derechos, ésta será nula de pleno Derecho y se deberá aplicar la norma que establece el derecho presuntamente renunciado por el trabajador, con lo cual se vuelve a poner de manifiesto que se trata de una relación entre desiguales, pues de otro modo no sería necesario considerar una tutela tan estricta de los derechos de una de las partes en la relación. Si esto sucede es precisamente por lo que motiva la existencia del Derecho: el *deber ser* contenido en las normas jurídicas de cualquier jerarquía tiene como base el *no ser*, al cual trata de corregir por el bien de la convivencia armónica de los diferentes grupos sociales. Pero bajo la figura de una nueva empresa, que se constituye como patrón, simplemente se reduce el catálogo de prestaciones otorgadas a los trabajadores de los intermediarios: subcontratistas, servicios de mano de obra y similares; de este modo, resulta que una empresa realiza sus funciones en las instalaciones de otra, paga por separado a una parte del personal, -a los que considera empleados por ella-, les otorga menos prestaciones que la principal, y los retira cuando cree conveniente. La renuncia de derechos tajantemente prohibida por el artículo 5 se consuma con esta estratagema.

CAPÍTULO V

LOS INTERMEDIARIOS EN LA CONTRATACIÓN LABORAL.

SUS CARACTERÍSTICAS.

Los intermediarios existen en México desde hace, cuando menos, algunas décadas, pero hasta hoy no existe una regulación adecuada de su operación. Nos hemos conformado con unos cuantos artículos muy genéricos de la Ley Federal del Trabajo que se refieren a ella, pero ignoran la enorme gama de relaciones que ello entraña y los conflictos de ellas derivados, en los cuales nuevamente es la parte débil de la relación laboral quien sale perdiendo en términos de prestaciones como las derivadas de la antigüedad, así como reparto de utilidades, salario, posibilidades de sindicación, etc.

Una disposición de las referidas, es el artículo 10 que define quién es patrón en la relación de trabajo.

Artículo 10.- Patrón es la persona física o moral que utiliza los servicios de uno o varios trabajadores.

Si el trabajador, conforme a lo pactado o a la costumbre, utiliza los servicios de otros trabajadores, el patrón de aquél, lo será también de éstos.

Esta disposición establece el carácter de patrón para los trabajadores de alguno de sus trabajadores que participen de la prestación del trabajo subordinado, pues éste debe ser personal, y en el momento en que un trabajador introduce a otros en el servicio, los hace prestar su trabajo personal en favor del patrón, por lo cual se tiene por única la relación laboral y, consecuentemente por único al patrón respecto a todos los que le presten trabajo personal y quedan, por ello, subordinados a él y con todos los derechos y obligaciones inherentes a la relación. En tal caso el trabajador que introduce a otros al servicio del mismo patrón es un simple intermediario y, en los términos del artículo 12, no establece vínculo jurídico con ellos.

Artículo 12.- *Intermediario es la persona que contrata o interviene en la contratación de otra u otras para que presten servicios a un patrón.*

Y la misma idea queda de manifiesto, en refuerzo de lo expresado, en el artículo 14 que determina las obligaciones patronales de quien utiliza intermediarios en la contratación y establece la igualdad de derechos y condiciones en la realización de su trabajo, para los contratados por intermediación respecto de todos los que realicen el mismo trabajo en la empresa o establecimiento.

Artículo 14.- *Las personas que utilicen intermediarios para la contratación de trabajadores serán responsables de las obligaciones que deriven de esta Ley y de los servicios prestados.*

Los trabajadores tendrán los derechos siguientes:

I. Prestarán sus servicios en las mismas condiciones de trabajo y tendrán los mismos derechos que correspondan a los trabajadores que ejecuten trabajos similares en la empresa o establecimiento; y

II. Los intermediarios no podrán recibir ninguna retribución o comisión con cargo a los salarios de los trabajadores.

Este artículo se refiere exclusivamente a la contratación de trabajadores por intermediarios a quienes se les confirió tal encomienda, por mandato, por contrato temporal o cualquier otra modalidad, sin la pretensión de establecer relación alguna entre tal intermediario y los trabajadores contratados; sin embargo, desde hace algunos lustros existen las empresas intermediarias que fungen como patrón de los trabajadores que prestan servicios a otra que resulta ser la beneficiaria, y en tal circunstancia surge el fraude a los trabajadores y a la hacienda pública, pues, visto el beneficio por los empresarios, contratan con intermediarios sin escrúpulos o inventan a tales intermediarios con el fin de evadir

sus responsabilidades patronales y fiscales, sin considerar la prohibición expresa de la fracción III del artículo 14 de la Ley.

5.1 La responsabilidad solidaria entre intermediario y destinatario del trabajo.

Para nuestra legislación, se entiende por intermediarios a quienes no tienen elementos propios para realizar la obra o servicio contratados y patrón a quien sí los tiene y, en consecuencia, es capaz de realizar por cuenta propia los trabajos, obras o servicios a los cuales se obligue con otra persona física o moral, utilizando trabajo subordinado de otras personas.

Artículo 13.- No serán considerados intermediarios, sino patrones, las empresas establecidas que contraten trabajos para ejecutarlos con elementos propios suficientes para cumplir las obligaciones que deriven de las relaciones con sus trabajadores. En caso contrario serán solidariamente responsables con los beneficiarios directos de las obras o servicios, por las obligaciones contraídas con los trabajadores

No debe pasar desapercibida la circunstancia de ser *empresas establecidas*, con elementos propios suficientes, y si a la postre resultan no serlo, serán solidariamente responsables con los beneficiarios directos *de las obras o servicios, por las obligaciones contraídas con los trabajadores*. Con esto parece garantizarse el cumplimiento de obligaciones que corresponden a la empresa beneficiaria directa, cuando en realidad se trata de una potencial insolvencia del intermediario que no cuenta con los recursos técnicos y financieros para hacerles frente, y, como si los legisladores se percataran de la incongruencia y trataran de subsanarla, en el artículo 15 imponen obligaciones al beneficiario directo, en forma solidaria ante el probable incumplimiento del intermediario.

Artículo 15.- *En las empresas que ejecuten obras o servicios en forma exclusiva o principal para otra, y que no dispongan de elementos propios suficientes de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 13, se observarán las normas siguientes:*

I. La empresa beneficiaria será solidariamente responsable de las obligaciones contraídas con los trabajadores; y

II. Los trabajadores empleados en la ejecución de las obras o servicios tendrán derecho a disfrutar de condiciones de trabajo proporcionadas a las que disfruten los trabajadores que ejecuten trabajos similares en la empresa beneficiaria. Para determinar la proporción, se tomarán en consideración las diferencias que existan en los salarios mínimos que rijan en el área geográfica de aplicación en que se encuentren instaladas las empresas y las demás circunstancias que puedan influir en las condiciones de trabajo.

Sin embargo, salta a la vista una incongruencia con el principio de igualdad, elevado a garantía por la DUDH, la Constitución mexicana y nuestra Ley laboral, en tanto señala que *tendrán derecho a disfrutar de condiciones de trabajo proporcionadas a las que disfruten los trabajadores que ejecuten trabajos similares en la empresa beneficiaria*. No deben ser proporcionadas sino iguales, según establecen el artículo 23 inciso 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el 123 fracción VII constitucional y el 86 de la Ley Federal del Trabajo. La única probable proporcionalidad debe entenderse respecto al salario nominal, en el caso de que los trabajadores en comparación con los que se encuentren en zonas económicas diferentes, pero esta proporcionalidad nominal deberá garantizar la igualdad ordenada por los citados preceptos. La fracción II del artículo 15 es discordante con la I del artículo 14, pues la proporcionalidad lleva en sí misma la desigualdad, sólo entre magnitudes diferentes se puede establecer una proporción, con lo cual el artículo 15 niega la igualdad que el 14 concede y **debe der reformado cambiando la palabra “proporcionadas” por la palabra “iguales”** para adecuarlo con el 14, más acorde con el Derecho Humanitario y la Constitución General de la República.

5.2 Igualdad de salarios por igualdad de trabajo

Las históricas discriminaciones que se presentaron en los centros de trabajo, que se han referido líneas arriba, entre nacionales y extranjeros, hombres y mujeres, adultos y niños, motivaron la existencia de disposiciones jurídicas para acabar con ellas y, ante este *no ser*, se estableció el *deber ser* de la igualdad entre trabajadores sin importar su sexo, nacionalidad, ideas políticas, origen étnico o cualquier otra y se plasmó en los artículos señalados en el inciso 5.1. Tales discriminaciones vuelven a hacerse notorias, aunque tal vez siempre estuvieron presentes, al proliferar la externalización en nuestra economía, vista como una opción que permite optimizar recursos en las empresas.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos lo señala así:

Artículo 23

1. *Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo.*
2. *Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual.*

Y nuestra Constitución en su artículo 123, así:

VII. *Para trabajo igual debe corresponder salario igual, sin tener en cuenta sexo ni nacionalidad.*

La Ley Federal del Trabajo, así:

Artículo 86.- *A trabajo igual, desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales, debe corresponder salario igual.*

La moderna intermediación por las empresas terceristas, conocidas también como *outsourcer*, pone a prueba todos estos ordenamientos al reservar la necesaria utilidad del *outsourcer* en la operación, que no será a costa del *outsourcer*, pues perdería sentido la intermediación. Entonces, quienes ganan en esta forma son el intermediario y el beneficiario y quienes pierden, los trabajadores y el fisco. Si vemos las relaciones colectivas veremos la misma garantía en el artículo 394 que establece

Artículo 394. *El contrato colectivo no podrá concertarse en condiciones menos favorables para los trabajadores que las contenidas en contratos vigentes en la empresa o establecimiento.*

Esta es una garantía que, con el pretexto de la sustentabilidad de las empresas se está violando en dependencias gubernamentales y empresas de las más importantes del país. Así sucedió con el Instituto de Servicios de Seguridad Social para los Trabajadores al Servicio del Estado (ISSSTE) y así se negocia actualmente el *Contrato Colectivo B* en AEROMÉXICO para los sobrecargos que ingresen en el futuro inmediato; con ello el sindicato pretende conservar los derechos de los actuales sobrecargos y la empresa pretende gastar menos en salarios y prestaciones en las relaciones con quienes se sujeten al contrato B, pero como éste será nulo, se deberá aplicar el artículo 5, concordante con la Constitución y los tratados internacionales y, con él, el contrato vigente.

5.3 Intermediarismo en los contratos de trabajo según la jurisprudencia mexicana.

En este terreno prácticamente no existe la jurisprudencia, lo cual nos revela el grado en que los trabajadores desconocen sus derechos, pues en décadas de celebrar contratos por intermediarios, no se ha generado alguna de carácter

obligatorio, y las tesis aisladas no resuelven controversias de las más importantes ni complejas de las relaciones de intermediación.

INTERMEDIARIOS, EFECTO DE LOS CONTRATOS DE TRABAJO CELEBRADOS POR.

*Aun cuando un trabajador no sea contratado directamente por una empresa, sino por conducto de un intermediario, si al estar desempeñando algún **trabajo** en bienes de la mencionada empresa sufre un accidente, en virtud del cual le resultan diversas lesiones, lo que se encuentra comprobado, es procedente la indemnización que por tal concepto reclame el trabajador a la empresa en la que prestaba sus servicios.*

Amparo directo en materia de trabajo 33/37. Cárdenas Simón. 6 de julio de 1937. Mayoría de cuatro votos. Disidente: Octavio M. Trigo. Relator: Vicente Santos Guajardo.⁶³

Este es un ejemplo de lo establecido en el artículo 14 de la Ley, señalado en el inciso anterior. El intermediario no adquiere obligación con el trabajador; toda ella corresponde al patrón, beneficiario del trabajo personal prestado.

CONTRATOS DE TRABAJO CELEBRADOS POR INTERMEDIARIOS.

Al contratar el trabajador al servicio de la demandada, a un ayudante, en sustitución del ayudante fijo o de planta, con este acto obligó al patrón, beneficiario del servicio que se iba a prestar, sin que para ello obstara el que el patrón no hubiera conocido al ayudante sustituto, si ya tenía conocimiento con anterioridad de que su trabajador contrataba ayudantes, actuando así como su intermediario en relación con cualquier persona que ocupara con tal carácter, aunque fuera transitoriamente.

Amparo directo 3535/58. María Guadalupe Yáñez. 15 de enero de 1959. Cinco votos. Ponente: Arturo Martínez Adame.

Quinta Época:

⁶³ [TA]; 5a. Época; 4a. Sala; S.J.F.; LIII; Pág. 232

Tomo CXXV, página 1978. Amparo directo 2827/52. Lemarroy Rosaldo Roque. 7 de septiembre de 1955. Unanimidad de cinco votos. La publicación no menciona el nombre del ponente.

Nota: En el Tomo CXXV, página 1978, la tesis aparece bajo el rubro "CONTRATO DE TRABAJO CELEBRADO POR CONDUCTO DE UN INTERMEDIARIO."⁶⁴

La forma de ayudante es una de las más difundidas por las cuales se establece la intermediación y se obliga al beneficiario del trabajo a cumplir con todas las prestaciones, por tratarse de una categoría de trabajador dentro de la estructura, que deberá estar en contacto directo con el oficial, que es quien lo busca y lo invita a trabajar, con lo cual se establece la relación laboral en los términos del artículo 20 de la Ley. Y es digno de resaltarse que, en esta situación, el trabajador que contrata ayudante, nunca tiene los medios propios suficientes para desarrollar obra o faena a favor del beneficiario, que sin duda es el patrón de ambos.

El máximo avance logrado por esta vía en torno a los intereses laborales que, se dice, son superiores a cualquier otro, es el señalamiento de requisitos para que una persona o empresa pueda ser considerada patrón.

INTERMEDIARIOS, SU RESPONSABILIDAD SOLIDARIA, CON LOS BENEFICIARIOS DIRECTOS DE LAS OBRAS O SERVICIOS

Si bien es cierto que del contrato celebrado entre la empresa y el contratista codemandado, se desprende que el contratista contratará trabajos en favor de la empresa y dotará a su personal de los medios de transporte y herramientas adecuados, para que las personas que ejecutan trabajos en beneficio de otra puedan tener la calidad de patronos, se requiere que comprueben que cuentan con elementos propios suficientes para cumplir con las obligaciones que derivan de las relaciones con sus trabajadores; si esta circunstancia no se demuestra, se

⁶⁴ [TA]; 6a. Época; 4a. Sala; S.J.F.; Quinta Parte, XIX; Pág. 42

produce una responsabilidad solidaria para tales efectos con los beneficiarios directos de las obras o servicios, por las obligaciones contraídas con los trabajadores, atento el texto del artículo 13 de la Ley Federal del Trabajo.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA DE TRABAJO DEL PRIMER CIRCUITO

Amparo directo 3021/93. María Eugenia Gaytán Flores. 17 de junio de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: María Simona Ramos Ruvalcaba. Secretario: Jesús González Ruiz.

Véase: Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, Cuarta Sala, precedentes que no han integrado jurisprudencia 1969-1986, página 341.⁶⁵

Esto indica solamente que no se podrá considerar patrón a quien no puede responder de las prestaciones, lo cual es una pequeña pista de hacia dónde se debe avanzar con la regulación del intermediarismo, pues para que alguien esté en posibilidades de cumplir con sus responsabilidades y obligaciones patronales debe contar con la solvencia económica suficiente, y estar establecido en lugar conocido en el cual se le pueda reclamar, de lo contrario cualquier empresa fantasma podría contratar personal y desaparecer cuando se trate de pagar prestaciones, lo que en la práctica ocurre con demasiada frecuencia en México.

Los beneficios de la Ley han sido regateados constantemente a los trabajadores, sin que exista defensa adecuada de ellos, a pesar de las Procuradurías que existen con esa función. Resulta imposible entender en modo distinto la falta de jurisprudencia obligatoria. Igualmente, se establece que entre quien cuente con los elementos necesarios para cumplir con las obligaciones patronales hacia los trabajadores y quien carezca de ellos, será patrón quien demuestre contar con dichos medios, independientemente de lo que pudieren declarar ante la autoridad laboral ambas personas.

⁶⁵ [TA]; 8a. Época; T.C.C.; S.J.F.; XII, Diciembre de 1993; Pág. 891

INTERMEDIARIOS EN LA RELACION LABORAL.

Cuando una demanda laboral se interpone en forma solidaria en contra de una sociedad anónima y una persona física, y esta última acepta el nexo laboral con exclusión de la persona moral; pero de las pruebas aportadas se advierte que la persona física que aceptó la relación laboral carece de elementos propios suficientes para cumplir las obligaciones derivadas de la relación con los trabajadores, porque los elementos le habían sido proporcionados por la sociedad anónima, no importando para ello que se adujera un contrato de arrendamiento del local respectivo, debe considerarse que la relación laboral quedó establecida entre la sociedad y los trabajadores que la persona física resulta intermediaria entre ambas partes.

TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA DE TRABAJO DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 258/76. Eulalia Gutiérrez García y otras. 30 de agosto de 1976. Unanimidad de votos. Ponente: José Martínez Delgado. Secretaria: Clementina Ramírez Moguel.⁶⁶

Se aprecia en esta tesis, un intento de fraude por simulación al declararse patrón alguien insolvente con exclusión del que realmente lo es, lo cual el tribunal de amparo evita con esta tesis y alerta para ocasiones futuras, pues no tiene fuerza obligatoria.

INTERMEDIARIOS, LA CARGA DE LA PRUEBA DE SU SOLVENCIA CORRESPONDE AL BENEFICIARIO DE LA OBRA O SERVICIO.

El espíritu del artículo 13 de la Ley Federal del Trabajo, se finca en la idea de evitar que los trabajadores sean defraudados por empresas que en muchas ocasiones tienen una vida efímera; de lo que se sigue, que si el asalariado infiere que su patrón (intermediario) no goza de elementos económicos para cubrir las prestaciones que reclama, y así lo hace saber en la controversia laboral, ello

⁶⁶ [TA]; 7a. Época; T.C.C.; S.J.F.; 91-96 Sexta Parte; Pág. 119

deviene suficiente para introducir a la litis ese punto, quedando relevado de justificarlo, recayendo tal carga en el beneficiario directo de las obras o servicios realizados, máxime que por regla general el trabajador no tiene al alcance los medios necesarios para demostrar esa insolvencia por parte de su patrón directo, en tanto no es dable que pueda tener acceso a los documentos o elementos que revelan la administración y balance pecuniario del sujeto que integra con él la relación de trabajo; de lo anterior se colige que es a cargo del beneficiario directo de las obras y servicios prestados, demostrar la solvencia económica de su codemandada, para así legalmente poderse liberar de la responsabilidad solidaria de mérito.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo directo 382/88. Instituto Mexicano del Seguro Social a través de su apoderado. 31 de enero de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: José Galván Rojas. Secretario: Armando Cortés Galván.⁶⁷

En veinticuatro años, esta tesis no se volvió obligatoria. Esa es la muestra de la defensa que de los derechos laborales se hace en México. En 1994 se emitió otra parecida y tampoco se ha vuelto obligatoria por reiteración ni por contradicción, pues los juicios laborales no llegan a ese nivel y los afectados continúan desamparados al respecto. Los abogados laborales no siempre están, confiablemente, del lado del trabajador y las procuradurías, tanto estatales como la federal, dejan empolvar los expedientes en los cajones de las Juntas de Conciliación y Arbitraje. Aun siendo su personal remunerado por el Estado, obtienen recursos de los trabajadores interesados y éstos no siempre cuentan con ellos, y su juicio queda abandonado por esta carencia.

⁶⁷ [TA]; 8a. Época; T.C.C.; S.J.F.; XIV, Julio de 1994; Pág. 639

CAPÍTULO VI

APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 740 DE LA LEY FEDERAL DEL TRABAJO

El artículo 740 de la Ley, en congruencia con lo establecido en los artículos 12 a 15, 20 y 21 de la misma, señala que en las demandas planteadas por el trabajador, y consecuentemente en las notificaciones, bastará con que se indique el domicilio de la fuente de trabajo

***Artículo 740.-** Cuando en la demanda no se haya expresado el nombre del patrón o de la empresa en que trabaja o trabajó el trabajador, la notificación personal de la misma se sujetará al procedimiento establecido en el artículo 743 en lo conducente debiendo cerciorarse el actuario de que el lugar donde efectúa la notificación es precisamente el del centro de trabajo donde presta o prestó sus servicios el demandante, y la notificación se entenderá hecha al patrón, aunque al hacerla se ignore el nombre del mismo.*

Esta disposición tiene como propósito fundamental proteger al trabajador en contra de posibles trampas de patrones que no se identifican con él sino que contratan a través de gerentes, supervisores, abogados o cualquier otra persona que los represente en dicho acto y nunca se informa quién es el propietario de la empresa o fuente de trabajo, pero también opera, por la mecánica en que se desenvuelve, como protección contra el intermediario –subcontratista- que se ha retirado para no volver ni cumplir las obligaciones patronales que le corresponden, tiene su complemento en el artículo 712, que señala que para efectuar el emplazamiento será imprescindible solamente el domicilio de la empresa, establecimiento, oficina o lugar en donde prestó o presta el trabajo, y la actividad a que se dedica el patrón; con ello se evita el problema de que se oculte la identidad del patrón o se pretenda negar la relación laboral con base en la relación entre individuos. Sin embargo, el artículo 743 señala que el actuario se cerciorará de que la persona que deba ser notificada, habita, trabaja o tiene su domicilio en la

casa o local, señalado en autos para hacer la notificación, lo cual ofrece una garantía también al patrón, pues la Junta verifica, en virtud de esta estipulación legal, que se trate de la persona involucrada en el conflicto, requiere su presencia e, inclusive, si no se encuentra, lo cita para notificarle al día siguiente de la primera visita y, sólo si no espera al actuario, se tendrá por hecha la notificación con la persona que se encuentre. Esto es justo para ambas partes, pues en nuestro Derecho se considera como el eje de la relación los hechos incontrovertibles consistentes en la existencia de un centro de trabajo y su inherente materia de trabajo, y uno o más trabajadores que presten sus servicios en ella de manera subordinada; y como todo centro y materia de trabajo tienen dueño, éste deberá asumir su responsabilidad ante el trabajador que le sirve o haya servido.

6.1 Seguridad jurídica para el trabajador.

Los artículos referidos ofrecen seguridad jurídica al trabajador, desde el punto de vista de su protección por laborar o haber laborado en el centro de trabajo, y se ha vuelto práctica cotidiana en el medio laboral señalar como demandado a *quien resulte responsable* de la relación de trabajo, por si la persona física o moral señalada negare la relación; y las Juntas están obligadas a admitir y considerar como un codemandado a *quien resulte responsable de la relación laboral o de la fuente de trabajo* y emplazarlo por separado. De tal modo que si los señalados como patrón y representante del mismo llegaren a acreditar que no son tales, el verdadero responsable deberá comparecer a juicio, so pena de ser condenado al pago y cumplimiento de todo lo que se le hubiere demandado por el trabajador. El artículo 21 de la Ley, así lo establece: **Artículo 21.-** *Se presumen la existencia del contrato y de la relación de trabajo entre el que presta un trabajo personal y el que lo recibe.*

Esto implica que el contrato y la relación de trabajo se establecen presuntivamente entre el trabajador y la empresa principal, quien deberá responder por todas las obligaciones patronales y derechos laborales. Sin

embargo, tratándose de régimen de subcontratación, relación apenas regulada en México, puede presentarse el caso de que una empresa simule contar con elementos técnicos propios para cumplir con lo pactado y en realidad no los tenga; inclusive, puede extinguirse inmediatamente después de la contratación o cuando se presente la necesidad de cumplir las obligaciones patronales, y dejar en el desamparo a los trabajadores. La solidaridad pasiva establecida en este caso haría que la beneficiaria supla al contratista en dichas obligaciones, pero suele suceder, dada la juventud histórica de nuestra clase obrera, que ignoren esta posibilidad y se limiten a lamentar su desgracia y a buscar otro empresario “benefactor” que los emplee y les ayude a sobreponerse a la calamidad, o regresar al pueblo de donde, concluyen, no debieron haber salido. La regulación específica obliga al beneficiario a *cerciorarse de que la contratista cuenta con la documentación y los elementos propios suficientes para cumplir con las obligaciones que deriven de las relaciones con sus trabajadores*, y con ello se pretende asegurar que los derechos laborales sean respetados; pero si leemos con atención y consideramos lo estipulado en el artículo 15 fracción I, observamos que no representa avance, pues al declarar dicha fracción la solidaridad pasiva, el sentido común indica que el patrón de última instancia, que es el beneficiario, tendrá que saber a quién contrata. La responsabilidad queda depositada en el beneficiario y, si no es capaz de garantizar la subcontratación con un intermediario viable, responderá de todas las obligaciones laborales patronales.

6.2 Seguridad jurídica para el patrón beneficiario del trabajo subordinado.

El empresario principal puede quedar también en alguna situación de incertidumbre jurídica y verse orillado a pagar las obligaciones patronales del contratista; pero tiene las palancas de presión y mecanismos de control de quien contrata para reducir los riesgos; puede investigar los antecedentes del contratista o subcontratista, tiene acceso a los datos del Registro Público del Comercio, a las diversas cámaras empresariales y a la Secretaría de Economía. Y en los contratos civiles o mercantiles que celebra existe la independencia de la voluntad que le da

su situación económica, generalmente de mayor ventaja que el contratista, lo cual le permite la inserción de penas convencionales, condiciones resolutorias, cobro de daños y perjuicios, y cuenta con la ayuda diligente de las dependencias del sector para lograr su objetivo. Tal vez por ello se le señale la obligación citada en el inciso anterior. El Gobierno *fomenta el empleo* apoyando a los patrones, y entre los apoyos se cuenta esta ayuda institucional para obtener las mejores condiciones de inversión y la salvaguarda de la misma; más aún, la fijación del salario mínimo en las condiciones actuales se ha convertido en un apoyo al empresariado, por lo ya expresado en el inciso 4.1 del presente trabajo. Dicho salario se mantiene arbitrariamente bajo con el pretendido propósito de *evitar la espiral inflacionaria* y mantener la competitividad de nuestro país como captador de inversión; se “protege” al trabajador matándolo de hambre y se protege realmente al empresario. En este contexto, el empresario principal juega un papel determinante en la regulación de los contratistas y subcontratistas que intervengan en el mercado laboral mexicano, en coordinación y apoyo mutuo con las dependencias involucradas. De lo que se trata, en su caso, es de evitar la solidaridad o la necesidad de aplicarla, y la forma de lograrlo es obligando a los subcontratistas o intermediarios de cualquier tipo a cumplir con sus obligaciones patronales; es decir, el cumplimiento solidario de obligaciones patronales debe ser la excepción, para ello es preciso cerrar todas las posibilidades de fraude y simulación en este campo.

Pero si consideramos que en México nueve de cada diez trabajadores están empleados en las MIPYMES, de acuerdo con la sección *Observatorio Laboral* de la página web de la Secretaría del Trabajo y Previsión social, la situación cambia; estas minúsculas unidades económicas no pueden recurrir a las mismas palancas que la gran empresa y, seducidas por las supuestas bondades de la tercerización recurren a ella. Entonces sólo la fuerza del Estado puede ser garante de la seguridad jurídica y deberá crear el mecanismo para hacerlo a través de la autoridad laboral, como lo hace Chile y como la Ley mexicana ordena hacerlo a través de la Inspección del Trabajo establecida y regulada en su capítulo

V, con amplias facultades de comprobación para visitar cualquier establecimiento y verificar el cumplimiento de las normas del trabajo, sugerir medidas correctivas y proponer, en su caso, las sanciones que la Secretaría del Trabajo hubiere de imponer a los patrones que las infrinjan.

6.3 Propuesta de regulación: solidaridad efectiva.

En esta tesitura, se trata de crear un ordenamiento que permita resolver cualquier situación de controversia que pudiere surgir entre las partes de la relación laboral, pues los artículos 12 a 15 de la Ley establecen de manera muy general cómo debe ser la relación entre patrón e intermediarios y a quien se le considera tal en cada caso, pero no detalla los diversos casos particulares que cotidianamente debe dirimir la autoridad del trabajo en su aplicación. Muchas veces el trabajador no puede ejercer su derecho en aplicación de la solidaridad pasiva establecida porque no sabe o no entiende el papel de cada uno, empresa principal y subcontratista, en su relación con el propio trabajador. Éste debe tener la posibilidad de demandar a quien se beneficia directamente con su trabajo en el mismo escrito que contiene sus pretensiones enderezadas contra quien lo contrató y, sólo ante la insolvencia de éste, hacer válida la solidaridad pasiva hacia la empresa principal, demandada desde el inicio, pero cuya responsabilidad solidaria se dirima ante la Junta, lo cual no se logra con la reforma que sólo definió lo que implícitamente estaba regulado a través del artículo 15 de nuestra Ley.

Artículo 15-A. El trabajo en régimen de subcontratación es aquel por medio del cual un patrón denominado contratista ejecuta obras o presta servicios con sus trabajadores bajo su dependencia, a favor de un contratante, persona física o moral, la cual fija las tareas del contratista y lo supervisa en el desarrollo de los servicios o la ejecución de las obras contratadas.

Este tipo de trabajo, deberá cumplir con las siguientes condiciones:

a) No podrá abarcar la totalidad de las actividades, iguales o similares en su totalidad, que se desarrollen en el centro de trabajo.

b) Deberá justificarse por su carácter especializado.

c) No podrá comprender tareas iguales o similares a las que realizan el resto de los trabajadores al servicio del contratante.

De no cumplirse con todas estas condiciones, el contratante se considerará patrón para todos los efectos de esta Ley, incluyendo las obligaciones en materia de seguridad social.

Tal como lo expresamos, el artículo 15 A le pone nombre al tipo de contrato celebrado entre el beneficiario y el intermediario; nombra a dichas partes *contratante* y *contratista* en una relación de *subcontratación* y le impone algunas condiciones confusas y repetitivas como las de los incisos *a* y *c* que alejan al trabajador de su comprensión y le dificultan su defensa, pues nos lleva al absurdo de poder invocar el contratante y el contratista el inciso *a* cuando el trabajador alegue la violación del *c* y, por otra parte, ¿quién definirá el carácter especializado que impone el inciso *b*? esta es una ambigüedad que se convertirá en fuente de conflictos insolubles y, si los recursos alcanzan para ello, litigios interminables hasta crear jurisprudencia al respecto, única forma de llenar las lagunas en tanto se produce una nueva reforma.

En efecto, si como establece la fracción *a*, el contrato no *abarca la totalidad de actividades iguales o similares en su totalidad*, esto implica que habrá otros trabajadores dependientes directos del contratante, efectuando dichas actividades, pero el inciso *c* prohíbe que el contrato incluya *tareas iguales o similares a las que realizan el resto de los trabajadores al servicio del contratante*; y en ese resto quedan incluidos quienes realizan las actividades que no pueden ser realizadas en su totalidad bajo el régimen de subcontratación. Evidentemente resulta imprescindible **derogar este galimatías, dejando sólo el primer párrafo del artículo 15 A y establecer las condiciones de igualdad entre los trabajadores de ambos regímenes de contratación y limitando el intermediarismo a trabajos especializados con la definición precisa de lo que se entiende por**

tal, de la misma forma en que el artículo 16 define lo que se entiende por empresa para efectos de las normas del trabajo, lo cual podría redactarse así:

*Artículo 15-A. El trabajo en régimen de subcontratación es aquel por medio del cual un patrón denominado contratista ejecuta obras o presta servicios con sus trabajadores bajo su dependencia, a favor de un contratante, persona física o moral, la cual fija las tareas del contratista y lo supervisa en el desarrollo de los servicios o la ejecución de las obras contratadas. Dichos servicios u obras deberán ser justificados por su carácter especializado, **entendiéndose por tal aquellas que no puedan ser realizadas por el personal de la contratante con el nivel promedio de capacitación.***

Y los artículos 15 B y 15 C transfieren al contratante las funciones de los inspectores del trabajo establecidas en los artículos 540, 541 y 542 de la Ley Federal del Trabajo al señalar:

Artículo 15-B. El contrato que se celebre entre la persona física o moral que solicita los servicios y un contratista, deberá constar por escrito.

La empresa contratante deberá cerciorarse al momento de celebrar el contrato a que se refiere el párrafo anterior, que la contratista cuenta con la documentación y los elementos propios suficientes para cumplir con las obligaciones que deriven de las relaciones con sus trabajadores.

Artículo 15-C. La empresa contratante de los servicios deberá cerciorarse permanentemente que la empresa contratista, cumple con las disposiciones aplicables en materia de seguridad, salud y medio ambiente en el trabajo, respecto de los trabajadores de esta última.

Lo anterior, podrá ser cumplido a través de una unidad de verificación debidamente acreditada y aprobada en términos de las disposiciones legales aplicables.

La unidad de verificación que la Ley, con la reciente reforma, autoriza crear en la contratante desempeñará las funciones encomendadas por ese mismo ordenamiento a los inspectores del trabajo, como puede observarse en los artículos que a continuación transcribimos:

Artículo 540. *La Inspección del Trabajo tiene las funciones siguientes:*

- I. Vigilar el cumplimiento de las normas de trabajo;*
- II. Facilitar información técnica y asesorar a los trabajadores y a los patronos sobre la manera más efectiva de cumplir las normas de trabajo;*
- III. Poner en conocimiento de la autoridad las deficiencias y las violaciones a las normas de trabajo que observe en las empresas y establecimientos;*
- IV. Realizar los estudios y acopiar los datos que le soliciten las autoridades y los que juzgue conveniente para procurar la armonía de las relaciones entre trabajadores y patronos; y*
- V. Las demás que le confieran las leyes.*

Artículo 541. *Los Inspectores del Trabajo tienen los deberes y atribuciones siguientes:*

- I. Vigilar el cumplimiento de las normas de trabajo, especialmente de las que establecen los derechos y obligaciones de trabajadores y patronos, de las que reglamentan el trabajo de las mujeres y los menores, y de las que determinan las medidas preventivas de riesgos de trabajo, seguridad e higiene;*
- II. Visitar las empresas y establecimientos durante las horas de trabajo, diurno o nocturno, previa identificación;*
- III. Interrogar, solos o ante testigos, a los trabajadores y patronos, sobre cualquier asunto relacionado con la aplicación de las normas de trabajo;*
- IV. Exigir la presentación de libros, registros u otros documentos, a que obliguen las normas de trabajo;*
- V. Sugerir se corrijan las violaciones a las condiciones de trabajo;*
- VI. Disponer que se eliminen los defectos comprobados en las instalaciones y métodos de trabajo cuando constituyan una violación de las normas de trabajo o un peligro para la seguridad o salud de los trabajadores;*

VI Bis. Ordenar, previa consulta con la Dirección General de Inspección Federal del Trabajo, la adopción de las medidas de seguridad de aplicación inmediata en caso de peligro inminente para la vida, la salud o la integridad de las personas. En este caso, si así son autorizados, los Inspectores deberán decretar la restricción de acceso o limitar la operación en las áreas de riesgo detectadas. En este supuesto, deberán dar copia de la determinación al patrón para los efectos legales procedentes.

Dentro de las 24 horas siguientes, los Inspectores del Trabajo, bajo su más estricta responsabilidad, harán llegar un informe detallado por escrito a la Secretaría del Trabajo y Previsión Social, con copia del mismo al patrón.

Probablemente se deja tal duplicidad con el fin de seguir reduciendo la intervención del Estado en las relaciones laborales a través de la derogación futura de tales artículos, conforme con el espíritu de la reforma que consiste en dejar *a juicio del patrón* aquellas cuestiones que requieran ser evaluadas, como la capacitación y el contrato a prueba introducidos en la Ley como parte de la misma reforma de 30 de noviembre de 2012, el carácter tutelar, que por lo demás no pasó de ser una ficción, ahora se borra abiertamente de nuestro ordenamiento laboral. Así es como se entrega la seguridad jurídica al contratante, poniendo en sus manos la regulación de sus relaciones multilaterales y posibilitando un acuerdo no escrito con el contratista que desemboque en violación de las normas laborales a cambio de reducciones en el precio de la obligación de hacer, motivo del contrato

La carga de la prueba respecto a la solvencia del contratista le corresponde al beneficiario, empresario principal o usuario, ahora denominado *contratante*, pero éste podrá, conforme se ha señalado en el presente inciso, investigar los antecedentes y situación real actual de sus contrapartes en los contratos civiles o mercantiles que celebre y, si no lo hace, las consecuencias obrarán en su entero perjuicio, pues quedará obligado a cumplir como patrón de todos los trabajadores cuyo trabajo personal subordinado haya utilizado, será él quien decida si le conviene más cumplir o violar las normas laborales. Esto no obsta para que, si

cumple, posteriormente pueda repetir contra el contratista contumaz y reclamar los daños y perjuicios que considere causados. Todo esto queda cubierto con el artículo 15 B, y **debe también derogarse el 15 C** por referirse a obligaciones del Estado establecidas y reguladas en el Capítulo V de la Ley Federal del Trabajo.

6.4 Reglamentación.

De todo lo hasta aquí expresado, se entiende como algo imprescindible e impostergable la reglamentación de las diversas formas de intermediación en los contratos de trabajo que se celebran cotidianamente en nuestro país, de manera aproximada a como se hizo ya en Chile, donde se incluyó un capítulo del código del trabajo destinado a regular la subcontratación y a las empresas de servicios temporales, las que contratan personal con el fin expreso de ponerlo a disposición de otra empresa, quien será la encargada de dar las instrucciones, las órdenes según las cuales desempeñarán su actividad, aunque estas instrucciones se le den, a partir de la reforma, al contratista. La subordinación del trabajo tiene ahora un intermediario: el contratista es un eslabón subordinado al contratante y no le presta un trabajo personal pero transmite las instrucciones a quienes sí realizan trabajo personal subordinado.

Las empresas contratistas deberán estar debidamente registradas ante la Dirección General correspondiente de la STPS o de la Junta Local de Conciliación y Arbitraje y, para ello, **deberá ser requisito sine qua non el comprobar su solvencia; además, al celebrar contrato deberá garantizar mediante depósito o hipoteca el cumplimiento de sus obligaciones patronales y exhibir la constancia o certificado correspondiente para su anexión al mencionado acuerdo de voluntades, sin lo cual dicho contrato será nulo de pleno derecho y el contratante será considerado patrón.** Esto parece reflejarse como intención en el artículo 15 D, pero tampoco se dice cómo se logrará sin la intervención del Estado, ¿quién es el que no permitirá la subcontratación?

Artículo 15-D. No se permitirá el régimen de subcontratación cuando se transfieran de manera deliberada trabajadores de la contratante a la subcontratista con el fin de disminuir derechos laborales; en este caso, se estará a lo dispuesto por el artículo 1004-C y siguientes de esta Ley.

Es evidente la contradicción, o por lo menos desconexión, entre el artículo 15 C y el 15 D, pues el primero le deja la regulación al contratista y el segundo pretende limitarlo. Entendemos esto como una reacción a la gran cantidad de fraudes al Fisco, a los trabajadores y al Instituto Mexicano del Seguro Social cometido en los últimos años a través de sociedades fantasmas que, bajo la figura de sociedades cooperativas, sociedades en nombre colectivo u otras similares, transferían personal y le pagaban “dividendos”, “alimentos” u otras contraprestaciones exentas de impuestos, con quebrantos millonarios a la Hacienda Pública, lo cual, aunque en lenguaje de *Paquita la del Barrio*, describe ampliamente Urbina Nandayapa en su libro *El Outsourcing, Kamikaze Fiscal*⁶⁸. Entonces, si queremos evitar que todo ello se repita, **la regulación debe estar a cargo de la Secretaría del Trabajo y las Juntas de Conciliación y Arbitraje, tanto del ámbito federal como del local**. De otro modo, el artículo es letra muerta.

6.4.1 Obligación del intermediario de comprobar solvencia.

Todo intermediario debe probar su solvencia económica, su capacidad de cumplir con sus obligaciones patronales en los términos mínimos establecidos en la Ley Federal del Trabajo, por lo cual debe ser un requisito de existencia y de legalidad, sin el cual no se le permita operar, que la empresa subcontratista esté inscrita en el registro de empresas ante la Secretaría del Trabajo o la Junta de Conciliación y Arbitraje que corresponda y exhibir la documentación que acredite activos suficientes para asegurar su viabilidad y el cumplimiento de las

⁶⁸ Vid. URBINA NANDAYAPA, Arturo, *El Outsourcing, Kamikaze Fiscal*, Ed. Delamar, México. 2011, Págs. 52 – 102.

obligaciones hacia los trabajadores, ante el fisco, la seguridad social, higiene en los centros de trabajo y las demás que se deriven de la relación laboral. Para ello se deberá adicionar el artículo 365 bis en la Ley Federal del Trabajo a fin de que contemple este aspecto, tal como lo señalamos con negritas:

Artículo 365.- Los sindicatos deben registrarse en la Secretaría del Trabajo y Previsión Social en los casos de competencia federal y en las Juntas de Conciliación y Arbitraje en los de competencia local, a cuyo efecto remitirán por duplicado:

I. Copia autorizada del acta de la asamblea constitutiva;

II. Una lista con el número, nombres y domicilios de sus miembros y con el nombre y domicilio de los patronos, empresas o establecimientos en los que se prestan los servicios;

III. Copia autorizada de los estatutos; y

IV. Copia autorizada del acta de la asamblea en que se hubiese elegido la directiva.

Los documentos a que se refieren las fracciones anteriores serán autorizados por el Secretario General, el de Organización y el de Actas, salvo lo dispuesto en los estatutos.

Artículo 365 bis.- En la misma forma, las empresas contratistas que se dediquen a la realización de obras o servicios, o ambas, en favor de terceros, deberán registrarse ante las instancias referidas, remitiendo la documentación correspondiente señalada en las fracciones I a IV del artículo 365 más la copia autorizada de su inscripción ante el Registro Público del Comercio.

Estas medidas abonarían en favor de lo expresado en cuanto al carácter excepcional de la solidaridad pasiva por la empresa principal, que debería ser originada por fuerza mayor en cuanto a los requerimientos de trabajos

especializados que no constituyan la actividad principal, sustantiva, del contratante, o caso fortuito, y no por la actuación dolosa de quien sólo busca el lucro en una actividad que simula desempeñar. Debe ser así por tratarse de la más importante rama del Derecho Social, derivada de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, lo cual implica que las relaciones por él reguladas son de orden público; entonces la Secretaría del Trabajo y Previsión Social y las Juntas de Conciliación y Arbitraje, federal y locales, deben ser garantes del cumplimiento de las obligaciones de todo patrón, del tipo que sea.

6.4.2 Obligación del intermediario de acreditar su propia sustentabilidad y garantizar el cumplimiento de sus obligaciones patronales.

Pero no se trata sólo de acreditar la existencia de los elementos necesarios para el cumplimiento de sus funciones; es imprescindible asegurarse de que es una empresa seria, legal y solvente; y como ha habido experiencias negativas a pesar de todo ello, además de probar su propia sustentabilidad, con la exhibición del capital técnico y financiero que la soportan, la empresa intermediaria, subcontratista o cualquier otra, deberá garantizar el cumplimiento de sus obligaciones; deberá depositar una fianza de la cual se pueda disponer en caso de elusión o insolvencia del patrón subcontratista, y quedar ésta en poder de la Secretaría del Trabajo y Previsión Social o del organismo que corresponda en cada una de las entidades federativas, según se trate de asuntos locales o del ámbito federal.

Tal como se estipula en la Ley General de Sociedades Mercantiles, la empresa deberá acreditar la existencia del capital necesario para el cumplimiento de sus funciones sustantivas y cumplir su objeto social, lo cual es un principio en la búsqueda de estabilidad en el mercado y de la calidad de productos, así como el cumplimiento de sus obligaciones financieras en el momento en que resulte necesario. Esto, obviamente, lo verifica la autoridad mercantil, pero la tutela de los derechos de los trabajadores exige que la autoridad laboral también se asegure de

la viabilidad social de la empresa en cuanto a la capacidad de cumplir sus funciones y asegurar una existencia digna de los trabajadores, quienes deberán tener un salario suficiente, sus prestaciones con él relacionadas, de seguridad social y estabilidad en el empleo. Consecuentemente, **las autoridades del trabajo deberán exigir, a toda empresa de servicios de intermediación, sea subcontratista, prestadora de servicios o de cualquier otro tipo, garantías de cumplimiento de sus obligaciones patronales, como requisito para su operación.** Un ejemplo de ello se encuentra en el artículo 183 J del Código del Trabajo de Chile.

Art. 183-J. Toda empresa de servicios transitorios deberá constituir una garantía permanente a nombre de la Dirección del Trabajo, cuyo monto será de 250 unidades de fomento, aumentada en una unidad de fomento por cada trabajador transitorio adicional contratado por sobre 100 trabajadores; 0,7 unidad de fomento por cada trabajador transitorio contratado por sobre 150 trabajadores, y 0,3 unidad de fomento por cada trabajador transitorio contratado por sobre 200.

El monto de la garantía se ajustará cada doce meses, considerando el número de trabajadores transitorios que se encuentren contratados en dicho momento.

La garantía estará destinada preferentemente a responder, en lo sucesivo, por las obligaciones legales y contractuales de la empresa con sus trabajadores transitorios, devengadas con motivo de los servicios prestados por éstos en las empresas usuarias, y luego las multas que se le apliquen por infracción a las normas de este Código.

La garantía deberá constituirse a través de una boleta de garantía, u otro instrumento de similar liquidez, a nombre de la Dirección del Trabajo y tener un plazo de vencimiento no inferior a 120 días, y será devuelta dentro de los 10 días siguientes a la presentación de la nueva boleta.

La garantía constituye un patrimonio de afectación a los fines establecidos en este artículo y estará excluida del derecho de prenda general de los acreedores.

La sentencia ejecutoriada que ordene el pago de remuneraciones y/o cotizaciones previsionales adeudadas, el acta suscrita ante el Inspector del Trabajo en que se

reconozca la deuda de dichas remuneraciones, así como la resolución administrativa ejecutoriada que ordene el pago de una multa, se podrá hacer efectiva sobre la garantía, previa resolución del Director del Trabajo, que ordene los pagos a quien corresponda. Contra dicha resolución no procederá recurso alguno.

En caso de término de la empresa de servicios transitorios el Director del Trabajo, una vez que se le acredite el cumplimiento de las obligaciones laborales de origen legal o contractual y de seguridad social pertinentes, deberá proceder a la devolución de la garantía dentro del plazo de seis meses, contados desde el término de la empresa.

La resolución que ordene la constitución de dicha garantía, no será susceptible de ser impugnada por recurso alguno.⁶⁹

Es fácilmente observable la previsión del Legislativo chileno, que en este artículo estableció la forma de otorgar a patrones principales y trabajadores la seguridad jurídica necesaria para ambos, pues queda en poder de la Dirección del Trabajo y es ésta quien puede disponer de los fondos para el cumplimiento de las obligaciones a cargo de la empresa de servicios transitorios. Si bien la ley sudamericana distingue entre subcontratistas y empresas de servicios transitorios, lo cierto es que los servicios transitorios son prestados por subcontratación y viceversa, por lo cual este modelo, perfectible como todos, es útil en nuestro análisis y búsqueda de solución a la inestabilidad y negativa de prestaciones a la clase trabajadora mexicana. Es verdad que en México no existe la regulación de empresas de servicios transitorios o de personal temporal, como las denomina la legislación colombiana, porque la Constitución y la Ley prohíben expresamente el pago de comisiones por colocación con cargo a los salarios, pero esto no obsta para que existan las cooperativas de mano de obra, constituidas para trabajar en las maquiladoras y las ya referidas como instrumento del fraude, que al ofrecer personal temporal convierten el trabajo en *artículo de comercio*, lo cual contraviene abiertamente el artículo 3 de la Ley Federal del Trabajo. A pesar de

⁶⁹ Código del trabajo de Chile.

todo ello, se regula el *contrato de trabajo en régimen de subcontratación*, que pone personal al servicio de un contratante y lo vuelve, así, *artículo de comercio*. Y si observamos con un poco de cuidado la fracción XXV del artículo 123 constitucional, notamos que está prohibido obtener ganancias por la puesta a disposición de personal por cualquier ente público o privado, según reza la parte final de su primer párrafo, que refiere “cualquier otra institución oficial o particular”:

XXV. El servicio para la colocación de los trabajadores será gratuito para éstos, ya se efectúe por oficinas municipales, bolsas de trabajo o por cualquier otra institución oficial o particular.

En la prestación de este servicio se tomará en cuenta la demanda de trabajo y, en igualdad de condiciones, tendrán prioridad quienes representen la única fuente de ingresos en su familia.

En efecto, el intermediarismo no debe ser una actividad lucrativa con cargo al trabajador, y esto incluye todas sus formas, desde la bolsa de trabajo hasta grandes empresas de personal, pero se ha segregado de su significación el contrato de trabajo en régimen de subcontratación, con la estratagema de convertir en patrón al intermediario que disponga de elementos propios y suficientes para ejecutar los trabajos contratados sin considerar la subordinación indirecta que existe entre los trabajadores y el contratante, se pretende ignorar la ganancia que obtendrá por ello, y se deja solo a quien carece de dichos medios en el concepto de intermediario.

6.4.3 Obligación de la Junta de Conciliación y Arbitraje de verificar la sustentabilidad del intermediario y procurar el cumplimiento de sus obligaciones patronales

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, junto con la Declaración de Derechos que tuvo tan trascendente impacto como comentamos,

estableció quién debería resolver los conflictos entre el capital y el trabajo y cómo se constituiría dicho árbitro competente en el ámbito laboral.

XX. Las diferencias o los conflictos entre el capital y el trabajo, se sujetarán a la decisión de una Junta de Conciliación y Arbitraje, formada por igual número de representantes de los obreros y de los patronos, y uno del Gobierno;

Por esta razón, aunque algunos juristas destacados proponen que las Juntas desaparezcan y la justicia laboral se adscriba al Poder Judicial con el nombramiento de jueces en la materia, la reforma de fin de sexenio no pudo (ignoramos si lo pretendía) introducir este cambio por estar limitada al ámbito legal, pues las iniciativas preferentes no pueden consistir en reformas constitucionales, de acuerdo con la parte final del artículo 71 de la propia Carta Magna: *No podrán tener carácter preferente las iniciativas de adición o reforma a esta Constitución.*

Sin embargo, para los fines de este trabajo, nos interesa destacar la necesaria intervención del Estado en la solución de los conflictos, y esta facultad y obligación se cumple a través de las multicitadas Juntas y los órganos auxiliares como la Inspección Federal del trabajo.

Artículo 604. Corresponden a la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje, en el ámbito de su competencia, el conocimiento y la resolución de los conflictos de trabajo que se susciten entre trabajadores y patronos, sólo entre aquéllos o sólo entre éstos, derivados de las relaciones de trabajo o de hechos relacionados con ellas.

En el artículo 604 de la Ley, está señalada esta función e incluye algo que pasa casi inadvertido por el carácter de clase que Mario de la Cueva atribuye al Derecho del trabajo. Las juntas dirimirían las controversias *entre trabajadores y patronos, sólo entre aquéllos o sólo entre éstos, derivados de las relaciones de trabajo o de hechos relacionados con ellas*, pero la tendencia en la reforma del 30

de noviembre último es a dejar *a criterio del patrón* aspectos fundamentales en la relación laboral como el decidir si el trabajador tiene las habilidades para desarrollar la labor que pretende, o si éste las adquirió en el período de prueba, tendencia presente en el artículo 15 C adicionado a la Ley, cuya derogación proponemos por resultar inconstitucional, incongruente con el artículo 604 en comento y porque, sobre la enorme ventaja que el patrón ya tiene por ser el dueño de la fuente de trabajo, le concede el poder de resolver sobre los derechos del trabajador. **Convierte al patrón en juez y parte.** Además, hemos señalado ya que las facultades que ahora se pretende otorgar al patrón están claramente asignadas a la Inspección Federal del Trabajo, quien como auxiliar de la Secretaría del trabajo y de la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje, cumple las facultades de comprobación de la autoridad laboral y así debe continuar, pues lo contrario sólo nos augura convulsiones sociales con motivo de las arbitrariedades, que no arbitrajes que se volverán más cotidianas.

6.4.4 Obligación solidaria del destinatario y beneficiario del trabajo personal subordinado.

Esta obligación está contenida en el artículo 15 de la Ley Federal del trabajo, que no fue reformado y, con base en él, han sido resueltos algunos juicios laborales en favor del trabajador, en aplicación de la solidaridad pasiva que los organismos empresariales aún tratan de eliminar de la Ley.

Artículo 15. *En las empresas que ejecuten obras o servicios en forma exclusiva o principal para otra, y que no dispongan de elementos propios suficientes de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 13, se observarán las normas siguientes:*

- I. La empresa beneficiaria será solidariamente responsable de las obligaciones contraídas con los trabajadores; y*

Esta disposición, acertadamente, no fue tocada por el Legislativo en la reforma laboral promulgada el último día del sexenio de Felipe Calderón y contra ella se inconformó el Consejo Coordinador Empresarial en voz de su representante, Gerardo Gutiérrez Candiani, quien reiteradamente expresa ante los medios de comunicación pretende eliminar la solidaridad en las obligaciones patronales para dejar toda la responsabilidad al contratista a través de la unidad de verificación señalada en el artículo 15 C que, como ya dijimos, debe ser derogado por referirse a facultades del Estado reguladas por la misma Ley. El Estado, a través de las Juntas de Conciliación y Arbitraje, debe continuar asumiendo esta función, como forma de atemperar los conflictos que, potencialmente, surgirán entre trabajadores subordinados por un lado, y contratistas y contratantes por otro

6.4.5 Establecimiento de delitos por simulación con incumplimiento de obligaciones patronales

Por lo dicho en cuanto a la forma de asegurar la solvencia de los intermediarios y los requisitos propuestos para celebrar el contrato de trabajo en régimen de subcontratación,⁷⁰ **el artículo 1004 B carece de sentido y deberá ser derogado, los requisitos referidos se deberán incorporar al 15 B y el 15 D pasará a ser el 15 C.**

Las bases para el establecimiento de sanciones están contempladas en el artículo 15 D (al cual proponemos denominar 15 C), que previene el fraude en perjuicio de los trabajadores, pero también del fisco y de la seguridad social. Sin embargo, los legisladores se conforman con sanciones administrativas que, aunque parecen elevadas, siempre serán accesibles a los empresarios evasores, y más fáciles de cumplir que la pena derivada de un delito, y la simulación de un contrato de trabajo es un delito de fraude que debe ser sancionado como tal; de modo que se debe aplicar las penas señaladas en el Código Penal Federal para

⁷⁰ Vid supra 6.4

dicho delito y calcular el monto de la pena y la multa sumando lo que se deja de pagar a los trabajadores, al IMSS y al SAT. De modo que el artículo 1004 C que actualmente dice:

Artículo 1004-C. *A quien utilice el régimen de subcontratación de personal en forma dolosa, en términos del artículo 15-D de esta Ley, se le impondrá multa por el equivalente de 250 a 5000 veces el salario mínimo general.*

Debería decir:

Artículo 1004-C. *A quien, en fraude de los trabajadores, de la Hacienda Pública y del Instituto Mexicano del Seguro Social u otra institución similar, utilice el régimen de subcontratación de personal en forma dolosa, en términos del artículo 15-C de esta Ley, se le impondrá la pena o penas que corresponda de las señaladas en el artículo 386 del Código Penal Federal.*

Consecuentemente, las penas aplicables serían, de manera acumulativa, las que correspondan a cada uno de los ilícitos que se generen con la conducta típica en que incurriere el infractor, lo cual es congruente con el espíritu de la reforma y con la protección de los intereses del trabajador y del Estado que se pretende con el artículo 1004 C, veamos a qué se harían acreedores:

Artículo 386.- *Comete el delito de fraude el que engañando a uno o aprovechándose del error en que éste se halla se hace ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido.*

El delito de fraude se castigará con las penas siguientes:

I.- Con prisión de 3 días a 6 meses o de 30 a 180 días multa, cuando el valor de lo defraudado no exceda de diez veces el salario;

II.- Con prisión de 6 meses a 3 años y multa de 10 a 100 veces el salario, cuando el valor de lo defraudado excediera de 10, pero no de 500 veces el salario;

III.- Con prisión de tres a doce años y multa hasta de ciento veinte veces el salario, si el valor de lo defraudado fuere mayor de quinientas veces el salario.

El engaño consistiría en las maquinaciones enfocadas a presentar como socios de una empresa o beneficiarios de una sociedad a quienes en realidad son trabajadores subordinados y asalariados en los términos de la Ley, haciendo víctima de ellas al trabajador mismo, pero también al fisco y a las instituciones de seguridad social, que dejarían de percibir las cantidades que todo patrón está obligado a enterar y de esa manera se constituye el delito.

CONCLUSIONES

PRIMERA. El Derecho del Trabajo es una disciplina jurídica relativamente nueva, a pesar de que el trabajo surgió con el Hombre mismo y se ha desarrollado con él y las relaciones humanas han girado en torno al trabajo y la propiedad de los medios de trabajo. Con el desarrollo de los medios de producción han evolucionado las relaciones sociales de producción y su aspecto fundamental, el trabajo.

SEGUNDA. Formas de relaciones laborales que se presentaron durante el esclavismo, primera formación económico-social en la que el comercio se convirtió en motor de un sector importante de la economía, parecen volver a nuestra realidad sobre bases económicas superiores, cuyo desarrollo pareciera hacerlas imposibles absolutamente. Pero vuelven porque en realidad nunca se fueron; el arrendamiento de cosas o animales, el contrato de servicios y de obra perdieron sus nombres latinos y evolucionaron con el artesanado a la manufactura y la industria, y nos acompañan en la era del gran capital global. Su regulación recorrió las instituciones romanas del siglo VIII a. n. e. y recorrió las francesas, germánicas, españolas y se encuentra presente en la mayoría de las actuales.

TERCERA. En el Derecho Mexicano pasó por la regulación del Derecho Civil y poco a poco fue tomando formas que lo diferenciaban del conjunto de relaciones reguladas por el Código Civil, preponderantemente el carácter subordinado de una de las partes del pretendido “acuerdo de voluntades” alma y esencia del Derecho Privado hasta conformar, junto con el Derecho Agrario, el Derecho Social, ahora enriquecido con el Derecho de la Seguridad Social y el Derecho de Familia, que también tiende a separarse del Civil.

CUARTA. Por influencia del Derecho Laboral Mexicano, En Versalles surgieron estructuras protectoras de los derechos de los subordinados en la

relación de trabajo y, más tarde, con más experiencia acumulada, dicha tutela de los derechos del trabajador fueron plasmados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

QUINTA. La intermediación, sin embargo, está presente en México desde las últimas décadas del siglo XX y no ha sido regulada correcta y suficientemente, lo que propiciaba y aún propicia la explotación de los trabajadores por partida doble, el intermediario y el beneficiario del trabajo subordinado, que ahora se regula con muy poca diferencia respecto a lo establecido anteriormente en la Ley. Los artículos 14 y 15 se refieren de manera genérica a los intermediarios, pero se han rezagado en cuanto no consideran la intermediación con fines lucrativos y, por lo mismo, no le ponen límites hacia ningún sentido, permitiendo así que los terceristas aprovechen esta relación para lucrar en detrimento de los trabajadores, el Erario y las instituciones de seguridad social.

SEXTA. La actual regulación, vigente desde el 1 de diciembre de 2012, sigue siendo insuficiente y defectuosa, por lo que resulta imprescindible una nueva reforma, además de introducir facultades del contratante, que ya están asignadas a la autoridad del trabajo, el Estado abdica de sus funciones en materia laboral.

FUENTES CONSULTADAS

BIBLIOGRÁFICAS

- BURGOA, Ignacio, Las Garantías Individuales, 38ª ed., Porrúa, México, 2005.
- DE BUEN LOZANO, Néstor et al, El Outsourcing, visión iberoamericana. Porrúa, México, 2010.
- DE BUEN LOZANO, Néstor, Derecho del Trabajo, 20ª ed. actualizada, Porrúa, México, 2007
- DE LA CUEVA, Mario, El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo, 19ª ed., Porrúa, México, 2003.
- GARCÍA MARTÍNEZ, Bernardo, et al Historia General de México, El Colegio de México, México, 2000.
- Instituto Mexicano de Contadores, A. C., Outsourcing, Prestación de servicios de personal y sus implicaciones en materia de seguridad social, colección fiscal, ediciones del Instituto Mexicano de Contadores, A. C., México, 2011.
- MARGADANT S., Guillermo Floris, Derecho Romano, Porrúa, México, 1981.
- MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, Javier, Régimen laboral y fiscal del Outsourcing, Ed. ISEF, México, 2012.
- MUÑOZ RAMÓN, Roberto, Tratado de Derecho Colectivo del Trabajo, Porrúa, México, 2010.
- MUÑOZ RAMÓN, Roberto, Tratado de Derecho del Trabajo, Porrúa, México, 2011.
- PADILLA SAHAGÚN, Gumesindo, Derecho Romano, Mc. Graw Hill, México, 2008.
- PRECIADO HERNÁNDEZ, Rafael, Lecciones de Filosofía del Derecho, segunda edición, primera reimpresión, Dirección General de Publicaciones UNAM, México, 1986.
- ROTHERY, BRIAN, Outsourcing, la subcontratación, Limusa, México, 2009.
- SÁNCHEZ CASTAÑEDA, Alfredo et al, La subcontratación, fenómeno global, Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Nacional Autónoma de México, 2011.
- URBINA NANDAYAPA, Arturo, El Outsourcing, Kamikaze Fiscal, México. 2011.

ZWEIGERT, Conrad, Introducción al derecho comparado, Ed. Oxford, México, 2011.

PÁGINAS WEB Y DOCUMENTOS DIGITALES

Legislación de Indias. <http://www.congreso.gob.pe/ntley/ConstitucionP.htm>.

Programa del Partido Liberal Mexicano,
<http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/CH6.pdf>

Declaración Universal de los derechos Humanos.

OIT PNUD, Trabajo y Familia: Hacia Nuevas Formas de Conciliación con Corresponsabilidad Social, Pág. 23.

CHACALTANA, Juan, Economic implications of labour and labour-related laws on MSEs: A quick review of the Latin American experience

Disponible en http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---sro-santiago/documents/publication/wcms_180267.pdf

<http://www.ilo.org/global/standards/applying-and-promoting-international-labour-standards/lang--es/index.htm>

Constitución de la OIT. <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/constq.htm>

<http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/how-the-ilo-works/international-labour-conference/lang--es/index.htm> 14 de abril de 2012, 14:30 horas

LEGISLACIÓN MEXICANA

Código Civil del Distrito Federal

Código Civil Federal

Código Penal Federal

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Ley de Sociedades Mercantiles

Ley Federal del Trabajo

LEGISLACIÓN EXTRANJERA

Código del Trabajo de Chile

Código Sustantivo del Trabajo de Colombia

Código Sustantivo del Trabajo de Colombia

Constitución de Colombia.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela

Constitución Política de Colombia

Constitución Política de la República de Chile

Ley Orgánica del Trabajo de la República Bolivariana de Venezuela