
FACULTAD DE DERECHO

UNAM

LA TEORIA DE LA RELACION DE TRABAJO Y ALGUNOS TRABAJOS ESPECIALES

Jesús Urbano Farías Hernández

MEXICO, D. F.

1970





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.

Al Sr. Dr. Mario de la Cueva

*Una vez bajó "Don Próspero" de la montaña
de la sabiduría para llegar a ser mi guía, mi
gran maestro y mi mejor amigo.*

A mis queridas abuelitas

*Ausentes en mi vida, pero presentes
en mi corazón y mis recuerdos.*

A mis padres: PABLO y ERNESTINA

*Vinieron tormentas, se fueron ilusiones,
nacieron obstáculos y cayó la noche con su manto
pero en mi soledad me reconforta
el que nunca me abandonarán aquellos
a los que les debo tanto.*

A mi abuelito y mis hermanos

Con cariño.

Al Sr. Dr. Eduardo García Máñez

*Con profundo respeto y admiración a quien
nos ha enseñado a dar los primeros pasos en
el Derecho.*

Al Sr. Dr. Héctor Fix Zamudio

*Con mi agradecimiento al jurista y al
investigador que fue mi ejemplo.*

Al Sr. Lic. Roberto Hoyo D'Addona

*Con admiración al maestro y al jurista, pero
sobre todo a su extraordinario valor humano.*

SUMARIO

Capítulo Primero.—EL DERECHO DEL TRABAJO:	21
1.—El tema de nuestro tiempo	21
2.—El Derecho del Trabajo	24
3.—Antecedentes e historia sucinta del Derecho del Trabajo	24
4.—Naturaleza jurídica: El Derecho del Trabajo como una rama del Derecho Social	43
5.—Características. Fuerza expansiva	57
 Capítulo Segundo.—LA RELACION INDIVIDUAL DE TRABAJO:	 65
1.—Punto de partida	65
2.—El contractualismo en el Derecho y su decadencia	66
3.—El contrato de trabajo	73
4.—La teoría de la relación de trabajo:	77
a) Su génesis: Heinz Potthof, Erich Molitor y Hugo Sinzheimer.	
b) Las ideas de Georges Scelle.	
5.—La teoría "Institucionalista" de la relación de trabajo:	84
a) Las ideas de Wolfgang Siebert (Alemania), Luis Legaz y Lacambra, Antonio Polo y Hernánz Márquez (España).	
b) Legislación.	
6.—El desenvolvimiento de la teoría "socialista" de la relación de Trabajo:	90
a) Las ideas de Mario de la Cueva, Mario L. Deveali, Arthur Nikisch, Georges Levasseur, André Rouass y Paul Durand, Andrea Torrente, Rafael Caldera, Camacho Henríquez y otros.	
b) Legislaciones que aceptan la teoría de la relación de trabajo.	
 Capítulo Tercero.—EL DERECHO MEXICANO Y LA RELACION DE TRABAJO:	 107
1.—Importancia del Derecho Laboral Mexicano	107
2.—Ideas del maestro De la Cueva sobre la relación de trabajo	109

3.—El contrato "realidad" y algunas tesis de la Suprema Corte de Justicia	112
4.—La nueva Ley Federal del Trabajo	114
5.—Rescisión de la relación jurídica y no del contrato	123
6.—Elementos de la relación de trabajo: los sujetos, el servicio, la retribución y la subordinación	126
7.—En qué consisten los trabajos especiales o relaciones de trabajo sujetas a un régimen especial	136
 Capítulo Cuarto.—LOS AGENTES DE COMERCIO:	145
1.—La figura del agente de comercio	146
2.—El agente de comercio como sujeto del Derecho del Trabajo en la doctrina extranjera	148
3.—Su situación en México: Doctrina y Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia	159
4.—Su reglamentación en la nueva Ley Federal del Trabajo	163
5.—Observaciones del sector privado y su crítica	166
 Capítulo Quinto.—LOS TRABAJADORES DOMESTICOS:	173
1.—Desenvolvimiento del servicio doméstico a través de la historia	174
2.—Caracteres y naturaleza jurídica	177
3.—Su reglamentación en la legislación civil	186
4.—Derecho comparado del trabajo y el servicio doméstico	189
5.—Legislación del trabajo en México y el servicio doméstico, tesis de la Suprema Corte de Justicia al respecto	194
6.—Los trabajadores domésticos en la nueva Ley Federal del Trabajo	204
 Capítulo Sexto.—LOS TRABAJADORES ACTORES Y MUSICOS:	211
1.—El arte y el artista	212
2.—Los actores y músicos como trabajadores, sus primeras regulaciones	214
3.—Naturaleza jurídica de la relación	218
4.—Caracteres especiales y necesidad de su regulación especial	222
5.—El Derecho Mexicano del Trabajo y los artistas	223
6.—Su regulación en la nueva Ley Federal del Trabajo:	226
a) Jornada de trabajo.	
b) Duración de las relaciones de trabajo.	
c) Salario.	
d) Días de descanso y vacaciones; y	
e) Otras disposiciones especiales.	

Capítulo Séptimo.—LOS DEPORTISTAS PROFESIONALES:	241
1.—Qué es el deporte y el deportista	242
2.—La clasificación del deportista profesional y el aficionado, importancia de la distinción	242
3.—El deportista profesional	243
4.—El deporte forma parte del arte	245
5.—Naturaleza jurídica de la relación deportista-empresa, el deportista profesional como trabajador	248
6.—Sucinto recorrido por el derecho comparado	253
7.—Situación de los deportistas profesionales en México	257
8.—Beneficios de la nueva Ley Federal del Trabajo	263
Capítulo Octavo.—TRABAJO DE HOTELES RESTAURANTES, BARES Y OTROS ESTABLECIMIENTOS ANALOGOS (La propina):	273
1.—Ambito personal de aplicación del capítulo	274
2.—La ausencia de subordinación de estos trabajadores con respecto a la clientela	275
3.—Qué se entiende por propina y sus características	276
4.—Autores que están por la supresión de la propina, su crítica	279
5.—La doctrina que ha sostenido que la propina forma parte del salario	282
6.—En qué consiste el pot-de-vin o adehala y sus diferencias con la propina	292
7.—La relación de trabajo cuando el trabajador entrega una parte de sus ganancias, posición del derecho mexicano	294
8.—La relación de trabajo con salario consistente en la ocasión de recibir propinas	296
9.—La propina y las primeras leyes del trabajo de los Estados	298
10.—La Ley Federal del Trabajo de 1931 y la posición de la Suprema Corte de Justicia	300
11.—La nueva Ley Federal del Trabajo	301
Capítulo Noveno.—TRABAJADORES DE AUTOTRANSPORTES:	305
Sección Primera: Trabajadores de autotransporte.	
1.—Acerca de la necesidad de una regulación especial para estos trabajadores	305
2.—Proposiciones de la O.I.T.	308
3.—Situación anterior a la nueva Ley Federal del Trabajo. Tesis de la Suprema Corte de Justicia	309

4.—Su regulación en la nueva Ley Federal del Trabajo	314
Sección Segunda: Trabajadores de coches de alquiler.	
5.—La doctrina francesa	319
6.—Naturaleza jurídica de su relación con el dueño del coche en el derecho mexicano: Resolución presidencial emitida por el Gral. Lázaro Cárdenas en 1935, considerándolos como trabajadores y criterio inicial de la Suprema Corte de Justicia	321
7.—Modificación del criterio de la Corte y jurisprudencia firme	325
8.—La nueva Ley Federal del Trabajo y los trabajadores de coches de alquiler	327
Capítulo Décimo.—EL APRENDIZAJE:	331
1.—Qué es el aprendizaje, su desenvolvimiento y finalidad	332
2.—Crítica de esta figura jurídica	334
3.—Necesidad de la capacitación profesional en escuelas	336
4.—La supresión del aprendizaje en la nueva Ley Federal del Trabajo	337
CONCLUSIONES	341
BIBLIOGRAFIA	349

PROLOGO

Hace dos años ingresé al Instituto de Investigaciones Jurídicas, con una beca de la Dirección General de Profesorado de la Universidad Nacional Autónoma de México, para realizar el presente trabajo de investigación sobre el derecho del trabajo, por lo que mis primeras palabras son las de un sincero agradecimiento a dicho Instituto por la ayuda que siempre me brindó y sin la cual no hubiera sido posible este estudio.

Asimismo, debo agradecer la valiosa dirección del maestro Mario de la Cueva, cuyo pensamiento me sirvió de punto de partida y que con sus enseñanzas y consejos hizo posible la elaboración de este trabajo.

En esta disquisición sobre "la teoría de la relación de trabajo y algunos trabajos especiales" en la nueva Ley Federal del Trabajo, no nos inspiran otros objetivos que pugnar por la aplicación práctica de las disposiciones legales, investigar hasta qué punto constituyen un avance con respecto a la anterior legislación, con la jurisprudencia y con el derecho comparado, y por otro lado, resolver dudas que se han presentado y despertar inquietudes.

Este trabajo no es una exposición fría de fórmulas y definiciones, ni tampoco un estudio teórico que responda estrictamente a la lógica pura o que se circunscriba a hacer deducciones "científicas" de una norma hipotética fundamental, las cuales con sus cálculos e indiferencias hacen una caricatura del hombre. Quizá la lección más importante de mis maestros en la Universidad, haya sido la de enseñarme a contemplar al derecho no sólo como un deber ser sino como vida, pasión y problemas humanos, despertando en mí un anhelo infinito de justicia, esto es, haberme puesto énfasis en que el hombre es imperfecto y que todo se consagra a atemperar su imperfección, imperfección que deriva de los instintos que lo impelen, que hacen que el hombre real viva por sus pasiones, que no son ni buenas ni malas, sino simplemente fuerzas impulsivas, resortes de la acción; es decir, vida.

Como estudiante he sentido la preocupación de la juventud frente a la crisis de todos los valores, que nos lleva a la revisión de conceptos y estructuras jurídicas, y me parece que es en el derecho del trabajo en donde podemos contemplar mejor ese espíritu de juventud, pues es una nueva concepción del hombre que tuvo que romper un mundo, para poder nacer; y esto es porque al elevarse el derecho del trabajo a la categoría de derechos del

hombre tuvo que romper una tras otra las barreras y formulismos que pretendieron detener su marcha ascendente.

Una de esas luchas fue la teoría de la relación de trabajo, que fue expuesta brillantemente hace treinta años en la América Hispánica por el maestro Mario de la Cueva, y a raíz de la cual se escribieron en los tratados, compendios y artículos de revista, que aquella doctrina era una herejía y que mostraba la más absoluta ignorancia de los principios fundamentales de derecho, pero del derecho civil; no se dieron cuenta de las transformaciones operadas en los cimientos del orden jurídico total de los pueblos y de la comunidad internacional y, consecuentemente, no pudieron entender, ni comprenden en la actualidad, al derecho del trabajo. Pues bien, las incidencias de la polémica de la teoría de la relación del trabajo y la contractualista es el objeto de los primeros capítulos, y como veremos, tienen como causa la incompreensión de las nuevas ideas, el temor a lo nuevo, el sentido conservador de algunos juristas y el no querer satisfacer las necesidades vitales de los hombres que trabajan subordinadamente.

Se ha dicho por el maestro Mario de la Cueva, que el derecho del trabajo es una sinfonía inconclusa, que es una obra todavía no terminada, pues sigue buscando expansión y la protección de todo trabajador subordinado, regulando su trabajo en forma concreta y actual. Así las cosas, la segunda parte de este estudio está dedicado a algunos de los más importantes "trabajos especiales" que se consagran en la nueva Ley Federal del Trabajo, y que son la expresión de la idea anteriormente expuesta.

El presente trabajo está hecho con la idea de Jorge Luis Borges de que: "El concepto de texto definitivo no corresponde sino a la superstición o al cansancio"; esperando, por lo tanto, que nuevos estudios profundicen más sobre estos temas, el despertar la inquietud sobre los problemas que a mí me preocuparon, será mi mejor satisfacción.

LA TEORIA DE LA RELACION DE TRABAJO.

*Justitia est constans et perpetua
voluntas ius prout necessitatis
sua cuique tribuere.*

EL DERECHO DEL TRABAJO

1.—El tema de nuestro tiempo; 2.—El Derecho del Trabajo; 3.—Antecedentes e historia sucinta del Derecho del Trabajo; 4.—Naturaleza jurídica: El Derecho del Trabajo como una rama del Derecho Social; 5.—Características. Fuerza expansiva.

1.—Cuando exclamaba Homero que "entre todas las criaturas que se arrastran y respiran sobre la tierra, no hay ninguna más desdichada que el hombre", parecería que estaba contemplando nuestra era, en la cual la inmensa mayoría que no tiene más que la dignidad de persona humana, lucha para que se le reconozca y para alcanzar una poça de justicia y la satisfacción de sus necesidades más apremiantes.

Todos, absolutamente todos, hemos de interesarnos en el estudio y la solución de este problema social; porque todos, recorriendo el camino de la vida, escuchamos los gritos angustiosos del hambre y de la desventura, y al abrir nuestros ojos a la luz de la experiencia, hemos contemplado el triste espectáculo de la miseria y de los dolores humanos; no sabemos por qué ley natural o divina, este sombrío cortejo de dolores y lamentos reviste mayores proporciones allí donde el esplendor de la riqueza y el brillo de una exuberante y prodigiosa civilización hieren, con más intensidad, nuestra imaginación y nuestros sentidos, lo vemos en mayor proporción, quizás por el odioso contraste que presentan o porque realmente sean mayores, pero lo que es un hecho, es que indigna y subleva con mayor fuerza nuestra conciencia y nuestro pensamiento. Hoy en día existe una especie de cruel antihumanismo en nuestra sociedad, que se refleja primordialmente en la proletarización de las antiguas clases medias, la existencia de grandes núcleos de población que subviven en los suburbios de todas las grandes y pequeñas ciudades del mundo, en la vida en condiciones irreconciliables con la dignidad humana que existe en los campos, etcétera, ¡qué triste paradoja! si se compara con el avance extraordinario de la técnica, en que se muestra la inteligencia humana capaz

de resolver los misterios de la ciencia y del universo; la era en que científicamente el hombre ha llegado a erigirse en categoría suprema de valor, es también la era en la cual se ha olvidado de su hermano el hombre, quien es tratado como cosa, como material humano.

Con espíritu profético nos decía Ortega y Gasset: "Dentro de poco se oirá un grito en todo el planeta, que subirá, como el aullido de canes innumerables, hasta las estrellas, pidiendo alguien o algo que mande, que imponga un quehacer u obligación" (1), parece mentira que no lo haya escuchado, pues con un número cada vez mayor se oyen las protestas en contra del abandono y la explotación, emprendiéndose la lucha para imponer la obligación a los hombres de hacer resplandecer igual dignidad para todos, un derecho a la libertad iguales y una participación proporcional —justa— de todos los hombres y de todos los grupos en el bienestar material y la cultura espiritual; se lucha con un tinte sentimental, un tanto dramático y, en ocasiones, épico, en una epopeya, la más grande y trascendental de todas, porque es la más humana. Este es el tema de nuestro tiempo.

Pero ¿a qué se debe el mal de nuestra época? pensamos, que es por haber enfocado la solución del problema social desde un ángulo puramente económico, posición que se manifiesta en la proclamación de lo útil y del ánimo de lucro como los únicos ideales en la vida del hombre, que produce la pérdida de los valores humanos y el aniquilamiento de los cimientos de la vida social. "El homo economicus, cuyas manifestaciones son el industrial y el comerciante sin escrúpulos y los pueblos imperialistas —pues ¿qué otra realidad es un pueblo imperialista que un homo economicus gigantesco?— debe desaparecer" (2). Empero no debemos conformarnos con manifestarlo, sino que debemos unirnos teniendo el férreo propósito y la seguridad de llegar a desterrar esa idea utilitaria de las conciencias, es difícil, cierto, pero no imposible de lograrlo; no hay que olvidar que de la misma forma con que la especie humana ha luchado interminablemente desde sus orígenes contra los obstáculos de la naturaleza y de sí misma —conquistando poco a poco, a través de muchos milenios, el mejoramiento de sus condiciones de vida, logrando dominar las fuerzas naturales, las cuales ha puesto a su servicio—, así también es posible que hoy día pueda crear los elementos necesarios para la convivencia y progreso social que lo conducirán a su final liberación.

La historia no hace otra cosa que relatar las hazañas de los hombres para conquistar su libertad. Ya destacamos que el hombre ha estado luchando desde los albores de la humanidad —unas veces contra la natura-

(1) ORTEGA Y GASSET José: *La rebelión de las masas*, 39a. ed., El arquero, Revista de Occidente. Madrid, 1966. pág. 216.

(2) DE LA CUEVA Mario: *El sentido humanista del Derecho del Trabajo*, en "JUS", Revista de Derecho y Ciencias Sociales. Tomo XI, No. 61, México, 1943, pág. 100.

leza, otras contra la opresión—, pues bien, llegó un día en que creyó que había logrado su emancipación completa con el pensamiento del “siglo de las luces” y la aplicación práctica que se dio en la época que le siguió, ¡qué triste desilusión! la proclamación de la economía individual y liberal como el motor y eje de la vida, trajeron como consecuencia, que el hombre empezara a explotar al hombre sin límite ni medida. “No se previó que unos usarían de la libertad y otros abusarían de ella” (3); que si bien para los menos la idea de libertad sería el cómodo justificativo de su prosperidad, para los más, sería una ilusión que les impediría comprobar lo duro y miserable que se les tornara la existencia. Liberalismo quiere decir total abstención del Estado y del Derecho en la vida, los juristas de aquella época no se dieron cuenta que había que proteger al hombre frente al hombre y frente a las cosas; se había descuidado comprender el sentido de las palabras de Hobbes acerca de la naturaleza humana y no quisieron entender a Juan Jacobo Rousseau, condenando su libro “El origen de la desigualdad entre los hombres” al olvido. No comprendieron que el derecho nunca puede ser un simple espectador en la vida social; como dice el maestro De la Cueva: “se conformaron con un derecho negativo y no alcanzaron su sentido positivo; nadie debía molestar a los demás, pero nadie tenía la obligación de ayudar a los demás” (4); obedecieron fríamente uno de los preceptos jurídicos que diera Ulpiano a los romanos, “alterum non laedere”; no se dieron cuenta que, hoy en día, para construir un mundo mejor, el hombre debe conocer primero sus obligaciones frente a todos, antes que sus derechos. Así, se podría parafrasear la famosa definición de derecho de Emmanuel Kant, diciendo que el derecho, en la actualidad, tiene por objeto asegurar la coexistencia de “las obligaciones”.

Todo esto fue dando origen a un gran problema, que adquirió proporciones insospechadas con la aparición del maquinismo, desde entonces, se empezó a hablar de la cuestión social refiriéndose al antagonismo entre el capital y el trabajo, o lo que se convino llamar “lucha de clases”. Apareció el obrerismo, como una clase totalmente inválida y explotada, pues no teniendo más que su fuerza de trabajo y llevando el estómago vacío, ocurrió que —como dice Caillaux— “discutiendo con el patrono, el obrero no fue en realidad sino dueño de optar entre la miseria y las condiciones del trabajo que al amo del dinero le placiere fijar” (5). Empezaron a surgir fábricas, en donde “la libertad” dio origen al amontonamiento de la carne de explotación; allí las máquinas rugiendo sin cesar, como si sufrieran los dolores que ocasionaban, maltrataron al obrero, pero hicieron surgir sus sentimientos de solidaridad y la conciencia de su estado.

(3) RAMIREZ GRONDA Juan D.: **Derecho del Trabajo en la República Argentina**; Editorial Claridad, Buenos Aires. 1938, pág. 10.

(4) DE LA CUEVA Mario: El sentido humanista. . . cit., pág. 101.

(5) Citado por RAMIREZ GRONDA Juan D., Op. cit., pág. 10.

Además, influyó en esta época, el principio de la lucha por la vida, que debido a la teoría del transformismo darwinista, consideraba al hombre como una especie más evolucionada en la edad zoológica y, por lo mismo, que debía estar sometido a las leyes que rigen la lucha por la existencia; lucha en la que tienen que predominar los principios de selección natural. El hombre que sepa vencer los valladares que se le presenten, puede alcanzar, en la vida económica, todo o una buena parte de lo que se propone, pero el que no consigue salvar esos obstáculos, por flaqueza de espíritu, por incapacidad física o por impotencia, tiene que sucumbir como se someten las especies zoológicas inferiores (6).

Y así fue que, como primera manifestación concreta de protesta en contra de aquel mundo materialista e injusto, nació el derecho del trabajo, iluminando con sus rayos el camino de un futuro humanismo jurídico.

2.—El derecho del trabajo quitó la venda de los ojos a la justicia, para que así pudiera esgrimir la espada en defensa de los oprimidos y vigilara correctamente la balanza para que recibiera el trabajador lo que había ganado, pudiendo así, satisfacer sus necesidades (7).

Sobre la base de que el hombre es un ser sociable por naturaleza, se ve como una necesidad su unión con los demás, pero para que su vida y relaciones se desenvuelvan con armonía se ve obligado a crear el derecho; y esto es así, porque la sociabilidad organizada no es posible sin un orden jurídico. Pero ocurrió que el Derecho se desvió de su objeto, que es el de regular la conducta de los hombres entre sí, comenzando a preocuparse por regular a las cosas, o si se prefiere, el derecho del hombre sobre las cosas (qué otra cosa si no, es la propiedad, que es una institución garantizadora de los derechos del capital). Así las cosas, nuestra disciplina tiene el mérito de haber encauzado al Derecho hacia su originaria y real meta, de fijar su naturaleza antropocéntrica, así fue como se consiguió proteger al hombre frente al hombre y frente a las cosas, las cuales,

(6) GONZALEZ BLANCO Salomón: *Derecho del Trabajo*, en "ITAT"; 1a. época, No. 1. México. 1956. págs. 36-37.

(7) El origen de la venda que cubre los ojos de la justicia está en la edad Media y primeros años del Renacimiento, nació como una simple burla y como ironía —pues se presentaba en las estampas de la época, sostenida por bufones o con leyendas, como la de Schwarzenberg, en las que se podía leer "todo lo que hacen estos necios es dar sentencias contrarias al Derecho"—, no fue sino con el paso del tiempo cuando se convirtió en un atributo de la justicia, el símbolo del juez que falla sin fijarse en las personas; Véase: RADBRUCH Gustavo: *Introducción a la filosofía del derecho*, 3a. ed., Fondo de Cultura Económica, México, 1965, pág. 141. Pensamos que es necesario quitar la venda, la justicia debe ver y valorar las conductas de las personas humanas. Vendarla significa que tenemos desconfianza y de que nos valemos de artificios para que sea imparcial; lo cual no creemos necesario, porque estamos seguros de que por naturaleza es imparcial.

transformándose en la entidad Capital (8), quisieron imponer un derecho que no existía; el derecho del trabajo humanizó al Derecho haciendo del orden jurídico un derecho por y para los hombres. Podemos convenir que el derecho del trabajo, enfrentándose al estilo materialista de vida del mundo capitalista y burgués, se mostró rebelde a las leyes naturales de la economía, persuadiendo al hombre para que no se dejara gobernar por ellas y con ello, que dejara de ser tratado como mercancía, logrando que el hombre se diera cuenta de que era el motor que mueve la historia, y aún más, convencerlo de que no era una cosa, de que vivía.

Pero ya que hablamos de derecho del trabajo, vamos a tratar de definirlo; en primer lugar, en cualesquiera de las definiciones que nos dan los iuslaboralistas en sus tratados, encontramos que tienen un elemento común, que es la inclusión del factor trabajo, surge así una pregunta que es necesario contestar ¿qué debemos entender por trabajo?

Sobre la etimología de la palabra, nos vemos precisados en hacer notar el desacierto que existe en gran parte de la doctrina acerca del origen de la palabra trabajo, ya que influidos por el gran etimologista Roque D. Barcia, los juristas dedicados a nuestra materia, hicieron la derivación de "trabs, trabis: traba; porque el trabajo es la traba del hombre" (9), palabra de origen griego "τροπή" y que significando: viga o palo, es en realidad el origen del verbo trabar. La palabra trabajo tiene su origen en el latín vulgar, en la voz "tripaliere: torturar" derivada de "tripalium", que era una especie de cepo o instrumento de tortura, compuesto de tres y palos, por los tres maderos que formaban dicho instrumento (10).

-
- (8) Al capitalismo no le bastó con la libertad, el derecho común no le fue suficiente, ya que con el Código de Napoleón no hubiera logrado los medios propios para la concentración y explotación de sus capitales, por ello creó su propio derecho; siendo así, su poder económico que estaba formado por la libertad y protegido por la legislación, se transformó en una arma de dominación política y social. En esa época se quiso que por una creación continua y jamás acabada, se encontraran las reglas jurídicas propias, que asegurarán el "mejor funcionamiento de la empresa capitalista". RIPERT Georges: *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, Librairie Générale de droit et jurisprudence, Paris, 1945, pág. 15.
- (9) BARCIA Roque D.; *Primer diccionario etimológico de la lengua española*, Madrid 1883, tomo V, pág. 179. Tesis también sostenida por MONLAU: *Diccionario etimológico de la lengua castellana*, El ateneo, Buenos Aires, 1941, pág. 1092. Entre los juristas dedicados a nuestra materia que nos hablan de dicha etimología, encontramos a: Eugenio Pérez Botija, Guillermo Cabanellas, Guillermo Camacho Henríquez, Alfredo Sánchez Alvarado y otros más.
- (10) Cfr. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la lengua española*, 18a. ed., Madrid, 1956, pág. 1277; ALONSO Martín: *Enciclopedia del idioma*, Ed. Aguilar, Madrid, 1958, tomo III, pág. 4000; GARCIA DE DIEGO Vicente: *Diccionario etimológico español e hispánico*, Ed. SAETA, Madrid, 1954, pág. 531; COROMINAS J.: *Diccionario crítica etimológico de la lengua castellana*, Ed. Gredos, Madrid, 1954, tomo IV, pág. 520; TORO Y GISBERT Miguel de: *Pequeño Larousse ilustrado*, Ed. Larousse, 5a. tirada, Paris, 1968, pág. 1012.

Lo cierto es que en esta primera concepción, en el origen de esta palabra, —podemos apreciar que tanto en los griegos (11) como entre los romanos— no se concebía su positividad, antes bien sólo sintieron su negatividad, no lo entendieron como algo que siendo expresión del hombre lo definía en su dignidad y lo ensalzaba como valor, sino a modo de peso que abruma o fatiga, que deprime. Durante mucho tiempo se siguió menospreciando, se pensaba que el hombre vive para trabajar, siendo que en realidad, no hace más que trabajar para vivir (12); debemos apreciar debidamente el juego de palabras, de la misma manera, que entendemos, que el Estado nace para servir al pueblo y no el pueblo para servir al Estado. No se comprendió que el concepto de civilización está íntimamente unido al término trabajo, que todos nacemos, nos desarrollamos y progresamos en el trabajo; que sobre él se construye la historia, la cultura y la civilización; hoy más que nunca podemos hablar de la era del trabajo.

La mayoría de los tratadistas coinciden en entender al trabajo, para los fines del Derecho que lo reglamenta, como el fenómeno de la vida social consistente en la actividad "subordinada" que realiza una persona (trabajador), al servicio de otra u otras (patronos), así como que es el elemento básico de la producción (13). Para nosotros, con el fin de distinguirlo clara y tajantemente de la esclavitud y de la servidumbre, diríamos que por trabajo entendemos: una actividad, de la esencia de la persona humana, propia de su naturaleza creadora, que en forma intelectual o física o con recíproco y variado predominio, acepta libre y dignamente subordinarse onerosamente al servicio de otra o de otras, con el propósito de cooperar directamente o de que redunde en beneficio de la colectividad (14).

Resuelto el primer problema, pasemos ahora a delimitar nuestra disciplina en el campo jurídico, partiendo de la base de que el derecho del trabajo "es una congerie de normas que, a cambio del trabajo humano intentan realizar el derecho a una existencia que sea digna de la persona humana" (15), nos atrevemos a dar dos definiciones, una en un sentido

-
- (11) Los griegos usaron la expresión "πενος", que significa originalmente: pena fatiga o trabajo. BATTAGLIA Felice: *Filosofía del Trabajo*, trad. Fco. Elías de Tejada, Ed. Revista de derecho privado, Madrid, 1955, pág. 17.
- (12) CABANELLAS Guillermo: *Tratado de Derecho Laboral*, Ed. El gráfico Impresores, Buenos Aires, 1949, tomo I, pág. 153.
- (13) GONZALEZ BLANCO Salomón, op. cit., pág. 32.
- (14) En la Nueva Ley Federal de Trabajo de 1970, que por su contenido se encuentra a la vanguardia de la técnica jurídica en materia laboral, se puede leer en su artículo 3: "El trabajo es un derecho y un deber sociales. No es artículo de comercio, exige respeto para las libertades y dignidad de quien lo presta y debe efectuarse en condiciones que aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia. No podrán establecerse distinción entre los trabajadores por motivo de raza, sexo, edad, credo religioso, doctrina política o condición social".
- (15) DE LA CUEVA Mario: *Derecho Mexicano del Trabajo*, 10a. edición, Editorial Porrúa, México, 1967, tomo I, pág. 263.

amplio o genérico y otra con un contenido más restringido o concreto. En sentido amplio, podemos decir que: EL DERECHO DEL TRABAJO ES EL CONJUNTO NORMATIVO APOYADO EN POSTULADOS FILOSOFICOS Y PRINCIPIOS CIENTIFICOS QUE PROTEGEN EL DERECHO NATURAL QUE TIENE TODO HOMBRE QUE LABORA A CONDUCIR SU VIDA EN ARMONIA CON LA DIGNIDAD HUMANA. En sentido más restringido, se diría: EL DERECHO DEL TRABAJO ES UN CONJUNTO DE NORMAS JURIDICAS FUNDAMENTALES QUE SE AVOCAN A REGULAR, TANTO INDIVIDUAL COMO COLECTIVAMENTE, LAS RELACIONES ENTRE TRABAJADORES SUBORDINADOS Y SUS PATRONOS, DE DICHS TRABAJADORES ENTRE SI Y LAS ESTRICTAMENTE RELACIONADAS DE LOS PATRONOS ENTRE SI; IGUALMENTE LA ACTIVIDAD INTERVENCIONISTA DEL ESTADO EN LAS RELACIONES CITADAS, DERECHO QUE SE HA LANZADO A LA LUCHA Y A LA CONQUISTA DEL RESPETO PARA LA DIGNIDAD DEL HOMBRE QUE TRABAJA, PROPORCIONANDOLE LOS MEDIOS PARA CUMPLIR CON SU DESTINO.

Nos damos cuenta que nuestras definiciones son extensas, pero hemos sacrificado la brevedad por la claridad en la amplitud. Y dimos una definición en sentido amplio porque pensamos, con Radbruch, que: "el derecho es obra humana, y como toda obra humana sólo puede ser comprendida a través de su idea" (16). El derecho es un fenómeno cultural, es decir, un hecho relacionado a un valor, ese valor es la justicia y en el derecho del trabajo está impregnado de un sentido social que se manifiesta en la protección de ese derecho natural, de ese respeto a la dignidad que poseen todos por el sólo hecho de ser personas humanas. También dijimos que es una ciencia, o sea, un cuerpo de doctrina metódicamente formado que constituye un ramo particular del saber humano, es una ciencia humana, esto es, una ciencia para la vida. En un sentido estricto, o sea, atendiendo a como se nos presenta en nuestro derecho, atendiendo a su concretización en un momento dado, calificamos a las normas jurídicas de "fundamentales" por dos razones: la primera, porque en la mayoría de los países se han elevado a la categoría de "decisiones políticas fundamentales" (Carl Schmitt), ya que el pueblo ha manifestado su firme convicción de que sean elevadas a principios constitucionales, la base jurídica en la cual se encuentran los principios conforme a los cuales quieren vivir y organizar la totalidad de la unidad política considerada en su particular forma de existencia; y en segundo lugar, porque en todo el orden jurídico positivo laboral, encontramos los fundamentos, los puntos de partida, los cimientos para construir el edificio del derecho del trabajo; hay que recordar que nuestro derecho es el mínimo de garantías compatibles con la dignidad humana conquistadas por la clase trabajadora, que sobre ellas todo y bajo ellas nada. El aspecto objetivo de nuestra definición lo cons-

(16) RADBRUCH Gustavo: *Filosofía del Derecho*, 4a. ed. Editorial de Revista de Derecho Privado. Madrid, 1959, pág. 11.

tituye la regulación de las relaciones laborales, tanto en sus formas individuales como colectivas. Por lo tocante al aspecto subjetivo, lo constituyen tanto los trabajadores como los patronos. ¿Se regulan las relaciones de los patronos entre sí? sí, pero naturalmente no todas, ya que la gran mayoría de dichas relaciones tienen carácter mercantil, se regulan las estrictamente relacionadas con nuestra materia laboral, principalmente en la formación de sindicatos patronales (Art. 123 Const., Apartado A, fracc. XVI) que representando al capital en la celebración de los contratos colectivos de trabajo, contribuyen a fijar las condiciones según las cuales debe prestarse el trabajo. La intervención del Estado es necesaria, ya que sin él nuestra materia no conseguiría los fines que se propone; el aspecto tutelar y protector se manifiesta: lo protector en la legislación que se expida y el aspecto tutelar lo encontramos en la actividad de las autoridades, ya sea por medio de una vigilancia a través de la inspección del trabajo, ya sea por medio de los tribunales de trabajo (Juntas de Conciliación y Arbitraje) para reparar las violaciones a la legislación. Sobre las finalidades que persigue nuestro derecho hablaremos más adelante.

Ya no hace falta hacer destacar que nuestra disciplina es auténticamente un "derecho nuevo" (17), que quiere, siendo el derecho de una generación y de una clase social nueva, construir un mundo en el cual impere la justicia. Por lo mismo de ser reciente, sus límites y contenido no se hayan completamente determinados, el concepto y la denominación son controvertidos, ya veremos en su oportunidad que tiene principios fundamentales que lo inspiran, que tienen validez distinta a los del derecho común. Ya George Scelle nos decía: "podemos aprovecharnos de este acontecimiento excepcional: la contemplación de un derecho en pleno crecimiento. Más afortunados que los romanistas que diseccionan un cadáver, o los civilistas que a menudo cuidan de un anciano, nosotros podemos, contemplando atentamente, ver al derecho obrero vivir, como una institución, nacida espontáneamente en el seno de las relaciones sociales" (18). En efecto, es un derecho joven, que prodigiosamente se desarrolla, que crece y crece sin cesar, tomando con él cada vez más sentido, el vivir con dignidad en el mañana.

El derecho del trabajo, como toda disciplina científica, tiene por objeto alcanzar diversos fines; dichos fines que persigue el derecho del trabajo —según el maestro De la Cueva (19)— son tres:

- (17) Así tituló Alfredo L. Palacios una de sus principales obras, escrita en Buenos Aires en el año de 1920; Guillermo Cabanellas, por su parte, también escribió "Los fundamentos del nuevo derecho" en el año de 1945. Podemos citar también a Paul Pic— Jean Kreher en "Le nouveau droit ouvrier français" (París, 1943) y a Maxime Leroy en "Le code civil et le droit nouveau" (París, 1904).
- (18) Citado por LEVASSEUR G.: *Evolución, caracteres y tendencias del Derecho del Trabajo*, trad. E. Álvarez del Castillo. Rev. de la Facultad de Derecho de México. Tomo II, abril-junio, 1952, pág. 75.
- (19) DE LA CUEVA Mario: *El Derecho del Trabajo y el Derecho Natural*, en Revista "JUS" No. 98] México. Septiembre de 1946, pág. 271.

a).—La búsqueda de la igualdad; porque quiere que el patrono o empresario vea en su trabajador una persona humana exactamente igual a ellos y no como simple material de explotación; hay que hacer notar que no se va a partir de una supuesta igualdad, para legislar, sino que se va a legislar para buscar la verdadera igualdad, o sea, para que todos sean tratados, por el Derecho y en la vida real, como personas humanas.

b).—La búsqueda de la libertad del hombre; pero no solamente la formal, sino la independencia material, como ya lo hicimos notar, del hombre y de las cosas, el de llegar a emanciparlo completamente de la explotación del hombre y del castigo de la máquina.

c).—Busca la dignificación del hombre; que viene a ser una consecuencia de las anteriores, ya que sólo es digno el hombre que es libre e igual a los demás.

Y nosotros agregaríamos a los propuestos, tomando en cuenta las ideas del célebre jurista de la Universidad de París, Georges Ripert (20), un cuarto criterio teleológico de igual o quizás mayor rango, la búsqueda de la fraternidad —que fue la tercera palabra, junto con la libertad y la igualdad, que acuñó la Revolución Francesa— que fue olvidada porque era un sentimiento que no era susceptible de consagración legal y porque evocaba la idea de caridad; pero nosotros hoy en día no pensamos así, creemos que es necesario tener presente la idea de fraternidad para poder construir el día de mañana un mundo mejor, en el que se reemplace a la idea de lucro y de explotación. La idea de fraternidad evoca la unión y buena correspondencia entre hermanos o entre los que se tratan como tales; y así, si los hombres son hermanos entre sí y libres "deben ser iguales, y si no son iguales, el más débil tiene derecho a que se le proteja" (21). La democracia moderna en el sentir de Ripert y en el de nosotros, debe proteger a los débiles, porque siendo los más numerosos en la vida social, deben ser una mayoría triunfante en una verdadera democracia (22).

3.—Así como el atleta debe dar unos pasos hacia atrás para poder sal-

(20) RIPERT Georges: *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, 2a. ed., Librairie Générale de droit et de jurisprudence. París. 1948, pág. 121.

(21) *Ibidem*.

(22) Ripert critica principalmente la situación de Francia, en donde acusa al pueblo de permanecer dócil a la candidatura oficial y a la supremacía burguesa, llama "notables" a los que administran al país, destacando que el día en que el pueblo tome conciencia de su fuerza, será "el fin de los notables". El parlamento debe representar la fuerza del número, ya que hay más consumidores que productores, más obreros que patronos, más desposeídos que capitalistas. Así, el día en que los más numerosos pudieran legislar, como debe ser en una democracia verdadera, lo harían a su favor y en contra de la minoría. "Los clamores han sido decididos: proletarios de todos los países uníos y poned fin a la sociedad burguesa". RIPERT Georges: "Aspects juridiques du capitalisme. . ." Cit., pág. 36-37.

tar grandes longitudes o para salvar algún obstáculo, asimismo el jurista se debe remontar a la historia si quiere hacer avanzar al derecho sin caminar a ciegas; además, es un importante medio —el conocimiento de la historia— de entendimiento del derecho, porque así se salva la pequeñez de espíritu que sólo se aferra al derecho vigente. Así, antes de entrar a analizar la naturaleza y caracteres del derecho del trabajo, creemos necesario, hacer una brevísima reseña histórica de nuestra disciplina y de la evolución de las condiciones de trabajo en las distintas épocas.

Sobre las condiciones de trabajo en la Prehistoria (23) existe un mar de conjeturas, de hipótesis muy diversas y aún tesis diametralmente opuestas en cuanto a la vida de nuestros primeros antepasados. Así para unos —hebreos, persas, griegos y romanos— la humanidad se inicia con una edad de oro, en la cual el hombre es feliz, le pertenece todo cuanto existe. La naturaleza le ahorra todo esfuerzo, todo sufrimiento, la vida surge en un paraíso, los animales eran dóciles instrumentos a su servicio. En cambio, otros, hablan de una lucha terrible del hombre contra la naturaleza adversa, contra las fieras y frente a los hombres, el instinto de vivir es lo que le anima y lo reconforta para seguir con penosos esfuerzos en un mundo de sufrimientos indecibles.

Frente a estas dos tesis contradictorias, la única realidad es que ese hombre primitivo tenía que satisfacer una necesidad imperiosa, alimentarse para sobrevivir, la cual marca su consagración al trabajo inicial. Así, desde entonces, el primero y más poderoso estímulo para el trabajo es el instinto de conservación.

El hombre empezó a progresar cuando se convirtió en sedentario, cuando encontró un lugar, que ya sea por su tierra fértil, por el clima o por las condiciones, le favoreciesen; se dio cuenta de que era un ser por naturaleza creador e inteligente, empezó a fabricar sus primeras herramientas que le permitieran dedicarse a la caza y a la pesca. Con el progreso de la industria de la piedra, construyó criptas, dólmenes y otros monumentos del rito primitivo. Después, en la edad del bronce y del hierro, perfeccionó sus herramientas y produjo artículos de madera y hueso, utilizando la lana de los animales domesticados y sus pieles para fabricar abrigo y vestidos, y lo más importante de todo, se dedicó al pastoreo y a la agricultura. La producción de aquella época era doméstica y el trabajo se hacía libremente. En las primeras épocas dado sus instintos salvajes no pudo existir la esclavitud ya que a todo enemigo lo mataban, no fue sino mucho tiempo después cuando apareció la esclavitud.

(23) Cfr. CABANELLAS Guillermo: Tratado de Derecho laboral. . . op. cit., tomo I, pág. 51 y sig.; ANTOKOLETZ Daniel: *Tratado de legislación del trabajo y previsión social*, ed. Kraft Ltda, Buenos Aires, 1941, tomo I, pág. 22.

En la Antigüedad (24) el trabajo adoptó una forma esencialmente servil, nace la esclavitud, alcanzando cada vez mayores proporciones, que constituye la primera manifestación de una actividad subordinada. Pero junto a esto debemos destacar que también existió el trabajo libre y que hubo disposiciones, si se quiere muy aisladas, en las que encontramos ya un sentido humano para la persona que trabaja.

La economía del mundo antiguo descansa casi toda ella en la esclavitud, institución considerada legítima y que en forma general, con idéntico rigor, se aplicó en todos los pueblos antiguos. La historia del poder en el mundo es la historia del egoísmo humano, pero el egoísmo debe adquirir ingenio y aprovechar la experiencia del pasado. "El primer paso en esta vía fue la esclavitud. El vencedor que dejó en vida al enemigo vencido en lugar de degollarlo, lo hizo porque comprendió que un esclavo vivo era más valioso que un enemigo muerto, lo conservó por la misma razón que el propietario hace lo mismo con el animal doméstico, el *servus* del *servus* tuvo lugar para el fin de *serv-ire*. ¡Motivo egoísta!" (25); cierto, pero dichoso egoísmo, que reconoció valor a la vida humana y la conservó. El trabajo en general no fue considerado como algo digno, sólo se conceptuaba como medio de procurarse el sustento y subvenir ciertas necesidades elementales a la vida, en casi todas partes se menospreciaron las artes y los trabajos manuales.

En la sociedad babilónica, encontramos en el código de Hammurabi, que estaba formada por tres clases: los hombres libres, los esclavos y una clase intermedia llamada "muchkinu". La esclavitud fue de dos formas: doméstica (originada por el hecho de haber nacido de madre esclava; o también en el caso de una esposa de conducta irregular no repudiada por su marido), también existió la patrimonial, la cual fue voluntaria (cuando un deudor insolvente daba en pago la servidumbre de su mujer, hijo o hija) e involuntaria (procedente de la compra y venta de esclavos o del apoderamiento del deudor insolvente por su acreedor). Debemos hacer notar que la condición social de los esclavos en Babilonia fue benigna, mucho más suave que en Roma. Los esclavos se podían casar con personas libres, ejercer el comercio, formar depósitos, ser agentes de cambio y poseer peculio propio.

Por lo que respecta al trabajo libre, Antokoletz nos dice que podemos encontrar un antecedente del salario mínimo (26). El código de Hammu-

(24) Cfr. CABANELLAS G., Op. cit., pág. 55; ANTOKOLETZ D., Op. cit., pág. 23 y sig.; PEREZ PATON Roberto: *Derecho social y legislación del trabajo*, 2a. ed., Ed. ARAYU, Buenos Aires, 1954, pág. 56 y sig.

(25) IHERING Rudolf Von: *El fin en el derecho*, trad. Diego Abad de Santillán, ed. Cajica, Puebla, 1961, tomo I, pág. 186.

(26) El antecedente que cita sobre salario mínimo es el artículo 273.— "si un hombre ha alquilado a un jornalero, dará 6 ché de plata desde el principio del año hasta el quinto mes; desde el sexto mes hasta el fin de año dará 5 ché de plata por día". El artículo 274, por su parte, fija el salario del artesano, tejedor, cortador, sastre, picapedrero y carpinteros. ANTOKOLETZ, op. cit., tomo I, págs. 23-25.

rabi reglamentó, en sus Arts. 100 a 111, 215 a 218, 234 y 235, la responsabilidad de "los médicos de bueyes y asnos" de los constructores, comisionistas, barqueros, calafateadores, mujeres comerciantes en vinos, taberneras".

En el antiguo Egipto, merece especial mención la organización que existió bajo los reyes legistas de las dinastías XII a XX, ya que todos los habitantes sin distinción de nacimiento o fortuna eran llamados a desempeñar un oficio, sea como sacerdotes, o como jueces, labradores, artesanos, obreros. Los campesinos estaban ligados a la tierra y con ella se transmitían; en condición análoga se encontraban los obreros de los talleres y los dependientes de los comercios o almacenes. Es interesante la organización obrera, ya que, cinco obreros trabajando en grupo estaban bajo las órdenes de un encargado llamado "kherp" que tenía el bastón de disciplina, generalmente este núcleo lo formaban los pertenecientes a una misma familia, siendo su "kherp" el padre o en su defecto, el hermano mayor. Dichos grupos formaban equipos de 10 y 100 trabajadores a las órdenes de deceneros y centuriones. Los artesanos estaban incorporados a los talleres del rey, de los sacerdotes o de los señores, como pasaría en el medioevo. A veces la realeza hacía concesiones por medio de "cartas" que definían el estatuto de las personas y cosas adjudicadas, que al decir de Antokoletz (27) dieron origen a rudimentos de reglamentación de trabajo. Se formó una clase media que vivía de su propio trabajo, ésta se formó de artesanos que habitaban en "ciudades inmunes" (parecidas a las villas nuevas de la Edad Media). El gobierno, además percibía una parte de los ingresos de los agricultores y artesanos, éstos últimos conservaban el resto a título de remuneración.

Por lo que respecta al pueblo de Israel, como hace notar Pérez Paton (28), tanto la Biblia como los escritos postbíblicos y el Talmud exaltan el trabajo. En el libro de la Biblia encontramos destellos de lo que es hoy la protección al trabajo, en forma desorganizada si se quiere, justificada por la época, pero vemos que en el fondo tenían sentimientos de piedad y de equidad. En el Pentateuco, como en la ley rabínica, encontramos reglas destinadas a la defensa del trabajo y a la protección del trabajador, por ejemplo: el reposo en el séptimo día y festividades religiosas, el pago del salario en su fecha y la ayuda obligada a los humildes; en el Talmud, inclusive, encontramos normas que permiten prever las indemnizaciones de las legislaciones modernas de accidentes de trabajo. Además de los esclavos, se reconocían dos clases especiales de trabajadores: los artesanos (unamin) y los jornaleros (poalin), los primeros eran trabajadores libres, semejantes a la locación de servicios y de obra; en cambio los jornaleros trabajaban por día, por semana, o por periodos más lar-

(27) ANTOKOLETZ, Op. cit., tomo I, págs. 25-26.

(28) PEREZ PATON, Op. cit., págs. 56-57.

gos; eran obreros temporarios, utilizados en la Agricultura, en especial durante la siembra y siega.

En Grecia, tanto en la aristocrática y altiva Esparta como en la admirada democracia ateniense, se menospreció el trabajo manual a pesar de haber recibido el fecundo trabajo de la clase laboriosa (29). La sabiduría griega concluyó en la contemplación y rechazó el trabajo. Cualquiera actividad que subordine el intelecto a la práctica, que una el mundo de los fenómenos con el hombre, lo envilece, mientras el hombre se enaltece a sí mismo, en cuanto rechazando los fenómenos y el trabajo se eleva como ente pensante y de grado en grado, siempre más libre y puro, sin oposiciones, *Θεωρία*, llega a hacerse pensamiento digno de Dios (30). Teseo y Solón habían introducido un principio de dignidad al trabajo en la constitución ateniense. Pero hacia las guerras del Peloponeso, fue cuando se produjo el cambio a un régimen de desprecio hacia los trabajos manuales, al dividir a los hombres en libres y siervos. Platón y Aristóteles (31) señalan que los esclavos lo son por naturaleza y Jenofonte califica a las artes manuales de "sórdidas e infames" (32). Los oficios manuales fueron abandonados a los esclavos y a los extranjeros. Para justificar la esclavitud, en una época muy antigua de su historia, se basaron en la teoría falsa de que estaba fundada en la inferioridad intelectual de ciertas razas, destinadas por lo tanto, a la esclavitud por su naturaleza (33). Los esclavos fueron los que hicieron todo, los quehaceres domésticos, procuraban la alimentación y la vestimenta, velaban por la seguridad de la familia y trabajando para terceros, sus ganancias las daban a sus dueños. Existieron artesanos y obreros libres, que trabajaban por cuenta propia o mediante salarios determinados. Los artesanos podían agruparse en asociaciones y cofradías, llamadas "eranes", las cuales tenían un carácter acentuadamente mutualista y religioso, no profesional (34); pero los prejuicios, como

-
- (29) Homero, que con tanta complacencia mira a los dioses, reflejando en ellos todos los deseos humanos, los canta sublimes, Inmunes a todo trabajo. Los ve pedencieros, agitados por las más bajas pasiones: traidores, adúlteros, amantes y envidiosos, que celebran grandes banquetes, que aman, que combaten, pero no trabajan. Desde lo alto del Elíseo contemplan la vida a veces siendo partícipes de las alegrías y de las vicisitudes, salvo casos rarísimos (por ej. Vulcano) no trabajan. BATTAGLIA F., Op. cit., pág. 17.
- (30) *Ibidem*, pág. 30.
- (31) Aristóteles nos dice: "La ciudad perfecta no hará ciudadanos a los obreros; y suponiendo que los haga la virtud que hemos dicho ser propia del ciudadano no podrá predicarse de todos, ni sólo del hombre libre en cuanto tal, sino sólo de aquellos que están exentos de trabajo necesarios a la vida. Quienes desempeñan estos trabajos en servicios de un particular son esclavos y quienes lo hacen para la comunidad son obreros y labradores asalariados. . ." **LA POLITICA**, Libro III, cap. III.
- (32) PEREZ PATON R., Op. cit., pág. 30.
- (33) SUMNER MAINE Henry: **El derecho antiguo**, Escuela tipográfica del Hospicio, Madrid, 1893, tomo I, pág. 113.
- (34) ANTOKOLETZ, Op. cit., tomo I, pág. 27.

ya indicamos alejaron a los ciudadanos del trabajo industrial. Por lo que, poco antes de la era cristiana, se había perdido de tal manera la energía viril resultante de los hábitos morales del trabajo, que se puede apreciar el sentido de la célebre frase de Salustio a Julio César; "Virtus, vigilantia, labor apud graecos nulla sunt" (35).

En Roma, la influencia del espíritu griego se hizo sentir, quizás esta influencia de la idea griega del trabajo (36), sea uno de los principales factores del por qué no progresara en esta ciudad una más acabada formación jurídica de la regulación de trabajo; el otro factor se debe a que el "IUS CIVILE" y el "IUS HONORARIUM" eran suficientes para reglamentar todo problema que en este sentido pudiese plantearse. Esta es la razón por la que no es posible hablar en sentido científico y sistemático de un derecho del trabajo romano.

Para el romano, el derecho fue como la religión para los hebreos o el arte para los griegos. "Roma alejaba a los artistas y no concedía honores particulares a los sacerdotes, en cambio, en ningún otro pueblo gozaron de tanta estima los jurisconsultos" (37), de ahí la gran influencia que ha ejercido en la formación del derecho. Y en virtud de la idea griega respecto al trabajo humano es por lo que se le consideró como objeto de especulación comercial y a la persona que lo prestaba como una cosa, viendo por lo tanto en la prestación del servicio un contrato de arrendamiento (*locatio conductio*). A Roma se le puede atribuir el haber influido a lo largo de todo el siglo pasado, a través de Francia, en el elemento central del sistema jurídico liberal, ya que consigna en materia de trabajo el reinado del principio de la autonomía de la voluntad.

Se reprobó por la costumbre romana que el hombre libre contratara su trabajo onerosamente en beneficio de otro. Esta idea predominante en la sociedad romana sólo era posible existiendo la esclavitud —la esclavitud se fundó en un principio sobre un contrato supuesto entre vencedor y vencido, en que el primero exigía a su enemigo estar por siempre a su servicio, concediéndole en cambio la vida que tenía derecho a quitarle (38)—. Por esto el contrato de arrendamiento de servicios (*locatio conductio operarum*) y el de obra determinada (*locatio conductio operis*) se limitaron a casos especiales. Los romanos distinguieron, para los efectos de ser arrendadas, las "operae illiberales" de las "operae liberales". Las pri-

(35) CABANELLAS G., Op. cit., tomo I, pág. 56.

(36) La concepción romana no hizo excepción de los trabajos intelectuales, esto se puede apreciar en que no se le consideró con el carácter privilegiado ni se les sobrestimó como entre los griegos; en este sentido Roma no siguió el criterio helénico, en ella la única actividad laboral noble fue siempre la agricultura.

(37) IHERING Rudolf Von: *El espíritu del derecho romano*, trad. Fernando Vela. Revista de Occidente Argentina. Buenos Aires. 1947, pág. 124.

(38) SUMNER MAINE H., Op. cit., tomo I, pág. 113.

meras podían ser objeto propiamente de arrendamiento por estimarse como servicios de rango inferior, susceptibles de ser pagados por un precio (*merces*), que es lo que caracteriza a este contrato consensual. En cambio las "*operae liberales*" se consideraban que no podían estar remuneradas como un servicio corriente y esto era por razones sociales, tal era el caso de los abogados, de los médicos, de los preceptores de personas libres, los agrimensores, de los politor o agrónomos, etcétera; estas relaciones caían bajo el ámbito de otras instituciones jurídicas (contrato de mandato, de sociedad, *actio in factum*, etc.), estas actividades liberales consuetudinariamente se consideraban a título gratuito, sin perjuicio de las donaciones o regalos (*honorarium*) que pudieran recibir "a posteriori" los prestatarios —Bonfante los llama "donativos socialmente obligatorios"—, sin haber estado el que realizaba una actividad liberal investido de acción alguna para percibir un salario (*merces*), por lo menos no hasta Severo y Caracalla. Mucho tiempo después se pudieron exigir judicialmente estos honorarios (*honorarium*), mediante una extraordinaria *cognitio* (39). Como se ve, la diferencia consiste: en primer lugar, en la obligación de dar una retribución en las *illiberales* y la potestad de darlo o no en las *liberales*; y en segundo lugar, en que en las *operae illiberales* encontramos el trabajo subordinado, en cambio, en las *operae liberales* se consagraba el trabajo autónomo.

La concepción primitiva de lo laboral como algo perteneciente al derecho de cosas se puede apreciar en la falta de un término latino equiparable al concepto jurídico moderno del trabajo como actividad; existía el término "*opus*" para el resultado del trabajo, sobre todo del trabajo perfectamente concretado en una realización material; por lo que se refiere al de "*opera*" no se relaciona a la actividad laboral, sino más bien a la jornada de trabajo y también, a la materialidad del trabajo realizado durante dicha jornada como fruto de la misma; apreciando el alcance que tiene el concepto de fruto-resultado y su diferencia con el fruto-actividad de hoy día, se podrá ver que no puede existir equivalencia, y es por esto, por considerarlo como fruto físico del hombre y no como actividad humana, por lo que se aplica el derecho de cosas sin diferenciar esencialmente entre la *locatio operarum* y la *locatio operis* de la *locatio rei*. Esta deshumanización que se presenta en la concepción real del trabajo repercute en la personalidad del trabajador, que pasa a ser una cosa, el objeto de arrendamiento en determinadas circunstancias (40).

Al paso del tiempo, evoluciona este concepto a tal grado que se puede afirmar que del derecho clásico, en el que las *operae* se consideraban

(39) Cfr. BONFANTE Pedro: *Instituciones de Derecho Romano*, 2a. ed., trad. Baccl Larrosa, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1959, pág. 498; CAMUS E.: *Curso de Derecho Romano*, Universidad de la Habana, Cuba, 1941, tomo V pág. 283 y sig.

(40) BAYON CHACON Gaspar: *La autonomía de la voluntad en el Derecho del Trabajo*, Editorial Tecnos, Madrid, 1955, pág. 37.

como una de las diversas categorías de res (cosas), se pasa en la época del derecho justinianeo a su consideración como factum (hecho). Respecto de la locatio operarum, aparece combatida por algunos romanistas, que afirman que al principio no existía ni primitivamente una locatio operarum, sino un arrendamiento del cuerpo del trabajador (locatio hominis), semejante al arrendamiento de una "res" (41).

Considerando el desenvolvimiento histórico de las relaciones laborales en Roma, llegamos a la misma conclusión que Gaspar Bayón Chacón: "si se pretendiera el absurdo examen comparativo del Derecho Laboral Moderno con el de Roma, acusaría éste la inexistencia de conceptos jurídicos propios y la utilización de los civiles" (42), sin embargo, ya encontramos en Roma, una cierta regulación más elaborada sobre la forma y medios de prestar la actividad de trabajo.

Por lo que se refiere a las asociaciones de trabajo, merece importancia hablar de los colegios de artesanos que existieron en Roma (colegio epificum), que han sido presentados como antecedentes de las corporaciones medievales, pero al decir del maestro De la Cueva: ni con los privilegios que les concedieron Marco Aurelio y Antonino el Píadoso, ni con el intento de Alejandro Severo de darles una nueva organización más completa "llegaron a constituir verdaderas corporaciones de artesanos, pues siempre predominó sobre el interés profesional, el espíritu religioso y mutualista" (43).

No podíamos concluir el estudio del Derecho Romano sin hacer alusión al trabajo agrícola, ya que fue el único considerado como noble por los romanos. De dicho trabajo agrícola sólo nos merece especial consideración "el colonato", institución en la que una persona, colonus, no obstante tener personalidad jurídica, se halla adscrito permanentemente, con todos sus familiares, a la tierra "servi terrae, glebae adscriti". El colonato romano fue el precursor de la servidumbre medieval, que es considerada como la institución intermedia entre la libertad y la esclavitud (44).

El hundimiento del Imperio romano, como es natural, produjo hondas transformaciones en la estructura jurídica política de los pueblos sojuzgados, ya que en poco tiempo se pasó a un sistema jurídico-económico opuesta que fue el que implantó el invasor. Se inicia una nueva etapa, conocida como la Edad Media.

Lo que podía llamarse regulación del trabajo en la Edad Media son las reglas acerca de la organización y funcionamiento de las corporaciones; pero difiere esencialmente del contemporáneo reglamento, porque en

(41) *Ibidem*, pág. 38.

(42) *Ibidem*, pág. 36.

(43) DE LA CUEVA Mario: Derecho mexicano del. . . cit., Tomo I, pág. 9.

(44) ANTOKOLETZ D., Op. cit., tomo I, pág. 29.

aquella época era creación del artesanado, clase que en aquellos momentos históricos detentaba los elementos de la producción, lo que significa que no era un derecho de la clase desposeída o explotada, que es uno de los caracteres del derecho del trabajo de hoy día, sino de los poseedores y explotadores (45). En esta época, el trabajo se apoyó en la servidumbre, al lado del trabajo libre se practicó el trabajo servil, pues la antigua esclavitud se había convertido en servidumbre.

Nacía un incipiente comercio, empezaron a surgir las ciudades, lo cual aceleró la modificación del régimen de economía familiar (que existió en Roma) al de economía de la ciudad, pues la vida en común de muchas unidades consumidoras impuso la división del trabajo y la formación de los distintos oficios. La ciudad procuró bastarse a sí misma y es entonces cuando surge el régimen corporativo, que es el sistema en el cual, "los hombres de una misma profesión, oficio o especialidad se unen para la defensa de sus intereses comunes en gremios, corporaciones o guildas" (46). Característica de las corporaciones es que sólo trabajaban a medida que se presentaban pedidos, o sea, que su mercado era muy reducido ya que sólo se trabajaba para personas determinadas, por lo que Bücher lo ha denominado "sistema de clientela" (47), la producción limitada a los conocidos; esto explica también el celo y orgullo que pusieron las corporaciones en la calidad de sus productos; además no se extendió la idea de lucro, propio de la economía capitalista, por el contrario predominó el ideal de ganancia lícita.

Las corporaciones originadas desde principios de la Edad Media, alcanzan su apogeo del siglo X al XV y XVI, años finales en los cuales empezaron a declinar a causa de las nuevas relaciones económicas; el capital iba surgiendo y con él la nueva estructura industrial. Es interesante la forma que estaban organizadas, cada corporación estaba formada por la unión de pequeños talleres o pequeñas unidades de producción, las cuales eran propiedad de un maestro a cuyas órdenes trabajaban uno o más compañeros u oficiales y uno o más aprendices; con el tiempo se restringió cada vez más la entrada, se sometía a los aspirantes a maestros a un severo examen que consistía, a más de otras pruebas, en exigir la creación de una obra maestra, por lo que los oficios se hicieron hereditarios. Así las cosas, las corporaciones eran uniones patronales; ya que sus finalidades eran defender el mercado contra los extraños, impedir el trabajo a quien no formara parte de ella y evitar la concurrencia entre maestros. Ahora bien, para alcanzar estos fines se reglamentaban las corporaciones por obra de el consejo de maestros, que intervenían tanto en su forma de producción, como en la redacción de los estatutos, además

(45) DE LA CUEVA Mario: Derecho mexicano del. . . cit., Tomo I, pág. 9.

(46) *Ibidem*, pág. 10.

(47) Cit. por DE LA CUEVA M.: Derecho mexicano del. . . cit., tomo I, pág. 10.

fijaban los precios, vigilaban la compra de materiales, en fin regulaban toda la producción. Parecería que encontramos principios de reglamentación jurídica laboral en la que se regulaban las relaciones existentes entre maestros, compañeros y aprendices, pero esto es una ilusión, no existió un derecho del trabajo como lo conocemos hoy en día, ya que no eran reglas dictadas con objeto de proteger a los trabajadores (aquí compañeros y aprendices) sino normas que beneficiaban, que protegían el interés de los maestros y del taller del que eran propietarios; en pocas palabras existió un "derecho corporativo", cuya preocupación era asegurar la tranquilidad pública así como las ideas religiosas (48).

Las múltiples exigencias —que iban de los largos años de aprendizaje y de práctica, lo difícil de conseguir el título de maestro— fueron haciendo más penosa la condición de los compañeros. Es entonces cuando estalló una lucha de clases; a partir del siglo XIII (49), se formaron asociaciones especiales, associations compagnonniques en Francia, Gesellenverbaende en Alemania, inclusive se crearon algunas en Valencia; en las que se ve el inicio de los sindicatos de trabajadores, estas asociaciones fueron prohibidas y perseguidas severamente, razón por la cual su influencia en el desarrollo del derecho del trabajo es escasa (50).

Con el cambio de la estructura social y económica, cambió necesariamente el ordenamiento corporativo. La manufactura fue una de las que abrió la brecha, ya que intensificó la producción y derramó las mercancías al exterior. Surge así la economía Nacional y el sistema capitalista. Inglaterra fue el primer país que destruyó la corporación —por medio de un acto del Parlamento en 1545, les prohibió poseer bienes y les confiscó sus propiedades—, pero no fue sino entre los siglos XVII y XVIII cuando se acentuó su descomposición, al empezar a surgir el ideal liberal. Se prepara la Revolución francesa; a principios de 1776 se promulgó el famoso Edicto de Turgot suprimiendo las corporaciones, pero no fue suficiente, ya que se volvieron a reorganizar; tuvo que ser necesaria la Revolución, y no fue sino hasta la ley de 14-17 de junio del mismo año, conocida como la Ley Le Chapelier, que prohibió que se reorganizaran las corporaciones y que se formaran nuevamente cualesquiera asociación, cerrando así completamente un capítulo de nuestra historia.

(48) ROUAST, André-DURAD Paul: *Précis de législation industrielle*, 4a. ed., Librairie Dalloz, París, 1955, pág. 11.

(49) El origen de estas asociaciones especiales lo encontramos en la ordenanza de 1351 de Juan el Bueno, expedida a resultas de una epidemia —de peste negra— y la prohibición para abrir nuevos talleres, unidas estas circunstancias al instinto natural de buscar en la unión la defensa de los intereses comunes, condujo a los hombres que sufrían una injusticia a formar asociaciones. DE LA CUEVA Mario: *Síntesis del Derecho del Trabajo*, Instituto de Derecho Comparado de la UNAM, México, 1965, pág. 7.

(50) DE LA CUEVA M.: *Derecho mexicano*, . . cit. tomo I, pág. 11.

En primer lugar debemos destacar el viraje que se opera en la concepción de la persona humana, que hará que el hombre vea que en él se ha operado una total transformación y que es el epicentro del Universo; desaparece el guerrero, y el trabajador de la Edad Media se convierte en una persona libre e independiente para tomar decisiones propias y personales en todos los órdenes de la vida, de guerrero se convierte en conquistador y de trabajador se quiere elevar a empresario (51). Se llegó al climax de ésta época con la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, en la que se consagraba el pensamiento de Rousseau: los hombres son por naturaleza libres e iguales, pero la mayor parte, al nacer se encuentran encadenados; lo que se tenía que buscar era una nueva organización para que el hombre permanezca tan libre como en un principio lo era, por lo que la libertad del hombre será la finalidad de la nueva organización. Esta libertad que se proclamara en el campo político y filosófico se hizo extensiva a los dominios de la economía del siglo pasado, o lo que es lo mismo, la concepción individualista se trasladó a la economía para convertirse en liberal; así fue como nació la "libertad liberticida", la libertad que mata a la libertad (52).

No comprendieron a Rousseau, él nos habla de la igualdad como una condición previa para la existencia de la libertad y no de la libertad como condición para alcanzar la igualdad, este fue el error, la consecuencia fue que existiendo la desigualdad se perdió la libertad; el obrero fue abandonado a su suerte en el inmenso campo de la producción, al trabajo personal se le consideró como una mercancía, la cual iba ofreciendo a cambio de lo que le podría satisfacer sus más elementales necesidades, no importándole sujetarse a toda clase de condiciones, por injustas y serviles que fueren.

Los abusos originados por la explotación industrial, motivaron que el trabajador llamara al Estado demandando protección, promoviéndose un movimiento favorable al intervencionismo legal, naciendo así las primeras leyes que darían origen al derecho del trabajo. El intervencionismo de Estado del siglo pasado podría definirse como: "la política estatal que sirve para fijar el mínimo de derechos que debe corresponder al trabajo en el proceso productivo" (53). Pero no se crea que el derecho del trabajo nació como dádiva o como algo que se concede graciosamente, sino que fue en una auténtica lucha, obteniéndose una verdadera conquista por parte de los trabajadores.

(51) PASCUAL QUINTANA, D. Juan Manuel: **Sobre la esencia y caracteres del Derecho del Trabajo**, en "Revista de Derecho español y americano", año III, Núm. 15. Madrid. Sept.-Oct. de 1958, pág. 443.

(52) PALACIOS Alfredo L.: **El nuevo derecho**, 3a. ed., Colección Claridad, Buenos Aires, s.f., págs. 78 y 80.

(53) DE LA CUEVA Mario: **El sentido humanista del. . .** cit., pág. 105.

Nació el derecho del trabajo ubicado dentro del campo del derecho civil y regido en sus principios fundamentales por el pensamiento individualista y liberal. Aquí empieza la historia del derecho del trabajo, la lucha por su autonomía, para encontrarse a sí mismo, y sobre todo, darse cuenta que tenía que humanizar al derecho de las relaciones de trabajo; empieza su evolución con el fin cada vez más marcado de asegurar al hombre que trabaja un nivel decoroso de vida. Merece hacer mención especial en nuestro siglo la constitución mexicana de 1917, la de Rusia de 1918 (54) y la de Weimar de 1919, que operaron una radical transformación en los estatutos laborales al elevarlos a la categoría constitucional, marcando el nacimiento de los derechos sociales del trabajador paralelos a los derechos individuales.

De la Revolución francesa a las revoluciones europeas de mitad del siglo pasado, se puede llamar "la edad heroica en la Historia del Derecho del Trabajo" (55), en ella tanto los trabajadores de Inglaterra como los de Francia, Alemania y Austria, se dieron cuenta de que nada podían esperar del Estado, todavía más, que era el protector y el representante de la burguesía y que les impedía enfrentar la justicia a las ambiciones del capital. De ahí se desprende que la primera gran batalla se diera contra el Estado y la legislación individualista y liberal. Es digno de señalar las ideas de los socialistas utópicos: Roberto Owen, Carlos Fourier y Luis Blanc, quienes fueron principalmente los que despertaron las conciencias, que aunadas a las encuestas realizadas en aquellas épocas que presentaban el estado patético en que se encontraban trabajando los niños y mujeres principalmente y en general la clase obrera, prepararon el camino para que se surgiera el derecho del trabajo.

Como primeras manifestaciones del derecho del trabajo encontramos: el decreto del Directorio de la República francesa aparecido en 1796 —cinco años después de proclamarse la libertad de trabajo— para regular el trabajo en las papelerías, dividiéndolo en dos períodos separados por la comida, impidiendo forzar la jornada y prohibiendo trabajar antes de las tres de la mañana. En Francia encontramos ordenanzas (1803 y 1806) que empezaron a regular las condiciones de trabajo, pero concretándose a una sola industria, no fue sino hasta 1841 cuando se reglamenta el trabajo de mujeres y niños en la industria en general (56). Como primera manifestación de esta protección en Inglaterra tenemos el

(54) Encontramos en ella la declaración de los derechos del pueblo trabajador y explotado, adoptada por el comité ejecutivo central de Rusia en 16 de enero de 1918, refrendada por unanimidad en el Congreso de los Soviets, se incorporó como Sección I a la Constitución de la República Socialista Federativa Soviética de Rusia, aprobada por el Congreso el 10 de julio de 1918. DENISOV A.-KIRICHENCO M.: **Derecho Constitucional Soviético**, ed. Lenguas extranjeras, Moscú, 1959, pp. 31)32.

(55) DE LA CUEVA Marlo: Síntesis de. . . cit, pág. 10.

(56) MARTIN-GRANIZO León y GONZALEZ- ROTLVOSS Y GIL Mariano: **Derecho Social**, 2a. ed. Editorial Reus. Madrid. 1932, pág. 20.

"moral and health act", promulgado en 1802 bajo el ministerio de Roberto Peel, que sirvió de inspiración a las legislaciones continentales, en él se prohibía que trabajasen los niños en las filateras textiles jornadas que excedieran de doce horas o que se realizaran de noche; prohibiciones extendidas a los niños de todas las industrias en 1819, que se hacían más progresivas en 1825 al reducirse la jornada a once horas y media, y a ocho en 1833 (57). Así las cosas, el derecho del trabajo nace protegiendo a los menores y a las mujeres. Prusia dicta el 9 de mayo de 1839 la primera ley del trabajo, siguiéndole las de 17 de enero de 1845, la de 9 de febrero de 1849 y la de 16 de marzo de 1856. La mayoría de estas leyes eran disposiciones asistenciales reclamadas por la moralidad reinante, aun no surgía como conjunto de derechos y garantías del trabajador.

Con el triunfo de la Revolución francesa la burguesía subió al poder, con el invento de Hargreaves las clases desposeídas habían caído en el abismo de la explotación y de la desesperación, una clase empezó a cuidar sus privilegios, la otra a conquistar la justicia, que cada vez se alejaba más. Las revoluciones cartistas en Inglaterra, las de Francia de 1848 y las de Alemania con el "rey de los obreros" Fernando Lassalle, fueron los primeros verdaderos intentos y las primeras conquistas; se conquista el derecho de asociarse para defender sus intereses y obtienen el reconocimiento del derecho de huelga, en este momento es cuando surge verdaderamente el derecho del trabajo.

Hay que hacer destacar que en la revolución francesa de 1848 se enfrentaron por primera vez en la historia la burguesía y el proletariado, como dos clases diametralmente opuestas y bien diferenciadas, saliendo avante el régimen individualista y liberal, "fue la primera vez en que se mostró la fuerza política del capitalismo" (58).

En Alemania es donde surge con mayor fuerza el pensamiento socialista, y sobre todo el socialismo científico —marxismo— con el manifiesto del partido comunista de 1848. Carlos Marx, cuya figura apocalíptica sigue influyendo en el campo de la realidad social actual, demostró con palabras que quedaron grabadas en las conciencias de todos que: "La historia de toda la sociedad hasta nuestros días no ha sido sino la historia de las luchas de clases". La burguesía y el proletariado, dos clases que han venido luchando desde el comienzo de los siglos y que el transcurso de éstos sólo les ha hecho cambiar de aspecto. Nadie puede dudar en la actualidad, que el sistema capitalista de producción es por su naturaleza injusto, pues su base es la explotación del hombre por el hombre y por el capital. El Estado y el Derecho son instrumentos de que se valen las clases poseedoras para dominar y subyugar al proleta-

(57) *Ibidem.*

(58) RIPERT Georges: *Aspects juridiques*. . . cit., pág. 27.

riado, nada puede esperar éste de ellos, por lo que la redención del trabajo tiene que ser obra de él mismo. El manifiesto hace ver la necesidad de la unión de los trabajadores para la defensa de sus derechos, la lucha es doble, contra el capital y contra su siervo que es el Estado (59).

No es el objeto de éste trabajo discutir si la teoría marxista ya está superada, ni la dificultad que existe en el momento actual para llevarla a la práctica, lo cierto e importante que debemos destacar es que el marxismo ha despertado de su letargo a las masas explotadas, brindándoles el ideal de una sociedad del mañana, de un Estado de obreros y campesinos, en donde se haya desterrado completamente la explotación y la idea de "enajenación del hombre". El trabajo es la fuente de toda riqueza y cultura, y como en general, el trabajo útil no es posible más que por la sociedad, su producto íntegro corresponde a la sociedad, o sea, a todos sus componentes, debiendo éstos participar en el trabajo con arreglo a un derecho igual y recibiendo cada uno según sus necesidades racionales.

La época de Bismark hasta la primera guerra mundial la podemos caracterizar por la lucha para que se reconozcan legalmente las asociaciones, que ya existían pero de facto (origen de los sindicatos) y para que se celebren contratos colectivos de trabajo, ya que a través de ellos presionarían los trabajadores para mejorar las condiciones de prestación de los servicios.

Después de la primera guerra mundial se principia una crisis de valores que padece la humanidad, que hoy en día crece con una fuerza inusitada, la inconformidad se hace patente por doquier, cada vez se hace más necesario encontrar un orden social que permita a todos desarrollarse plenamente de acuerdo con su capacidad, que le permita vivir en paz y tener un futuro asegurado, pero sin sacrificar ni su libertad ni su dignidad. Es natural que esto tuviera influencia en el derecho del trabajo, ya que teniendo por objeto proteger a los trabajadores asalariados y siendo en éstos donde encontramos mayor inconformidad por las injusticias de que son objeto, allí se buscaría alcanzar el mayor avance en el campo jurídico, buscando un orden social más justo.

Podemos señalar que en el derecho del trabajo se han operado los siguientes movimientos que son expresión del pensamiento social que empieza a imperar:

- a).—Aparece una nueva concepción del derecho del trabajo; es la era del enterramiento de las relaciones individuales que son sustituidas por el derecho colectivo del trabajo y la reglamentación colectiva de las condiciones de la prestación de los servicios.
- b).—La política social iniciada por el canciller Bismark productora de

(59) DE LA CUEVA Mario: Síntesis de. . . cit. pág. 11.

los seguros sociales, se va extendiendo a todos los países del mundo, lo que significa el gran desarrollo que se va efectuando en la previsión social.

- c).—El tratado de Versalles creó la Organización Internacional del Trabajo y con ella el Derecho Internacional del Trabajo, que ha influido de manera importante en la legislación de todos los países del mundo, aspirándose a una declaración universal del derecho del trabajo.
- d).—Con la literatura sobre derecho del trabajo —Radbruch, Roubier, Georges Ripert, Levasseur, Pérez Botija, Arthur Nikisch, Mario de la Cueva, etcétera— se ha encontrado la naturaleza o el carácter esencial del derecho del trabajo, dando las bases para una independencia completa del derecho civil; demostrando que no existe la vieja división de Ulpiano entre derecho privado y derecho público, sino que ha nacido el derecho social, el derecho del porvenir.
- e).—Se está convirtiendo cada vez en más países en un elemento de la organización democrática; ya que se da la oportunidad al trabajador de defender sus derechos y sus intereses por medio de la acción sindical; el derecho colectivo del trabajador se ha reconocido como una norma esencial a la democracia de nuestros días.
- f).—La elevación a rango constitucional (México, Rusia, Alemania, Italia, etcétera) de los principios del derecho del trabajo; imponiéndose la obligación al Estado de dictar un derecho que asegure mejores condiciones para la prestación del trabajo.
- g).—La fuerza expansiva que cada vez se manifiesta más en el derecho del trabajo, dicha expansión la encontramos en la pretensión de aplicarse a todo trabajo subordinado y con el nacimiento de la presunción, *iuris tantum*, de que todas las prestaciones de servicios están regidas por el derecho del trabajo.

4.—Por naturaleza de una cosa entendemos la esencia y propiedad característica de cada ser; vamos ahora a entrar al estudio de la naturaleza del Derecho del trabajo, o sea, tratar de solucionar el gran problema que en la doctrina y en la realidad jurídica se debate por querer encuadrar a nuestra disciplina dentro de la distinción que en la dogmática jurídica se viene haciendo entre derecho público y derecho privado, o bien pensar en el nacimiento de una nueva rama. La vida de relación se nos presenta, a medida que deviene, con nuevos problemas que exigen también nuevas soluciones; los principios jurídicos evolucionan paralelamente a las situaciones que deben resolver. Se producen entonces verdaderos desgarramientos en las formas clásicas del derecho, que dan origen a nuevas categorías jurídicas de carácter especial. Así ha nacido

nuestra disciplina, cuya autonomía y sustantividad es un hecho universalmente reconocido.

Las relaciones de trabajo han atravesado, según las distintas concepciones, por varias etapas, que van desde su ubicación en el derecho privado en la época en que se adquiere conciencia de la distinción con Ulpiano; ya lo destacábamos al trazar el ciclo evolutivo —todo encajaba en el derecho privado romano: *ius civile et ius honorarium*—; por lo que se refiere a la Edad Media, por la influencia del derecho germánico, se produce una confusión intrincada entre derecho público y privado, formándose las instituciones y las relaciones con la mezcla de elementos heterogéneos (60); no es sino con el fenómeno de la recepción del Derecho Romano en la parte final de la Edad Media, cuando reaparece la distinción entre el derecho público y derecho privado, pues los glosadores al estudiar y comentar los antiguos textos encontraron la vieja diferencia. Con el Renacimiento encontramos una posición definitiva por lo que respecta a la separación (61), esto se explica por el nacimiento del Estado moderno, es decir, con la centralización del poder público. En ésta época y la inmediatamente posterior, los juristas consideraron que toda norma que afecte o regule las relaciones de trabajo pertenecía a la esfera del derecho privado, por ser la consecuencia que deriva de todo contrato. Respecto a las normas sobre la relación de trabajo en la época liberal ya las estudiamos, por lo que no repetiremos lo dicho, bástenos recordar que se regulaban las relaciones laborales en el código civil francés y que incluso se le equi-

(60) Así, las posesiones territoriales daban derecho a prerrogativas públicas y de otra parte, funciones y oficios (jurisdicción, cargos públicos, Inmunidad) se modelaban sobre el tipo de los derechos patrimoniales, y como tales eran poseídos, enajenados, heredados, etcétera. BONET Ramón Francisco: **Derecho público y derecho privado**, en "Revista de derecho privado", tomo XXXIX. Madrid, jul. agosto de 1955, pág. 637. En esta época parece ocioso preguntarse si el estatuto corporativo formaba parte del derecho público o del derecho privado, puesto que como ya dijimos la Edad Media no conocía la distinción.

(61) Ya Cujas distingue entre el derecho de la ciudad, rector de las ciudades y el derecho civil, que se dirige a cada ciudadano. Donello estima que el derecho público se ocupa de procurar o representar, defender, o administrar la ciudad. Vigelio comprende dentro de *ius publicum*, la doctrina de las fuentes, las disposiciones sobre autoridades, tribunales, iglesias, fisco, ejército, ciudades, servicios. DOMAT, algunos consideran que fue el primero en establecer la delimitación con rigor científico, sitúa en el derecho privado los convenios entre particulares, su comercio y todo lo que pueda regularse entre ellos para prevenir sus diferencias o para acabarlas; y en el derecho público, la manera de llegar al poder el monarca, sus derechos, la administración de justicia, la milicia, las finanzas, las autoridades, la policía de las ciudades y otras materias semejantes. Véase a BONET Ramón Francisco: **Derecho público y der.** . . . cit. pág. 639.

paró injustamente a una figura civilista: el arrendamiento (Du louage d'ouvrage et d'industrie) (62).

No es sino cuando aparece el derecho del trabajo, cuando los obreros se organizan, en el momento en que obligan al Estado a intervenir preponderantemente legislando y vigilando las relaciones laborales y las condiciones en que se presta el trabajo, cuando aparecen los primeros contratos colectivos de trabajo, aquí es donde realmente surge la cuestión de determinar cuál es la naturaleza jurídica de nuestra disciplina. Así es como surgen tres posiciones principalmente:

I.—El derecho del trabajo anterior a la primera guerra mundial, todavía se consideraba como formando parte del derecho privado, debido principalmente a la influencia del liberalismo e individualismo. Las normas estaban contenidas dentro del articulado de los códigos civiles, y los fundamentos de nuestra disciplina eran los del derecho civil, la fuente de las relaciones obrero-patronales era el acuerdo libre de voluntades teniendo como única restricción no intervenir en la libertad de los demás.

El reconocimiento del derecho colectivo del trabajo no cambiaba la posición privatista, ya que la asociación profesional era de derecho privado, la huelga era una situación de facto, causa legal de rescisión de contratos; respecto a los contratos colectivos se aplicó el principio *res inter alios*.

Esta postura ha sido todavía vigorosamente defendida en nuestra época, sobre todo en Francia —salvo naturalmente algunas valiosas excepciones como las de George Scelle y Georges Ripert—, siguiéndoles muy de cerca algunos países sudamericanos; aunque debemos señalar que algunos tratadistas se dieron cuenta de la penetración del derecho público, dándose lugar a una postura mixta, principalmente en la doctrina española (63) y alemana.

Respecto a esta posición privatista debemos decir que repugna a la conciencia el hecho de tomar al trabajo humano como una simple mercancía o como objeto patrimonial susceptible de apropiación —haciéndola objeto de arrendamiento, de compra-venta, etcétera—, esta posición no

(62) En efecto, el código civil francés de 1804, en el libro III, título VIII, capítulo III reza así: "Del arrendamiento de obra y de industria: Art. 1779.— Hay tres especies principales de arrendamiento de obra y de industria: 1.—El arrendamiento de las gentes del trabajo que se obligan al servicio de cualquier sujeto; 2.—El de los transportistas, que tanto por tierra como por agua, se encargan del transporte de las personas o de las mercancías; 3.—El de los empresarios de obras a consecuencias de presupuestos o ajustes".

(63) Posición que se puede apreciar en las palabras de Bayón Chacón y Pérez Botija: "es, pues, una rama jurídica encuadrada esencialmente en el derecho privado, pero que vive rodeada de instituciones de derecho público". En su: *Manual de Derecho del Trabajo*, 5a. ed., Madrid, 1957, tomo I, pág. 50.

se puede sostener hoy en día; además olvidan la intervención proteccionista y tuteladora que realiza el Estado, que de ninguna manera se puede considerar como de derecho privado.

II.—Con el propósito de ubicar al derecho del trabajo dentro de los moldes tradicionales y viendo el fracaso del intento de considerarlo formando parte del derecho privado, se pensó que debería formar parte del derecho público, postura que se quiso fundamentar, entre otras cosas, en la transformación que ha sufrido en las primeras décadas de nuestro siglo: elevación a principios constitucionales, por surgir la característica de la imperatividad, o sea, que su vigencia es incondicionada y se impone por su naturaleza a la libre voluntad de los sujetos, y por tener un fundamento opuesto al de derecho privado, ya que mientras éste tiene su fundamento filosófico político en el liberalismo, nuestra disciplina nace de su crítica (64).

No se puede aceptar esta postura, no existen bases sólidas para concluir sobre su naturaleza tomando en cuenta los criterios propuestos; su elevación a normas constitucionales, cierto, es un gran paso en las conquistas del derecho del trabajo, pero de ahí no puede desprenderse su naturaleza, ya que también encontramos en las Constituciones de los diferentes países principios y normas de carácter social; en el mismo sentido pensamos se puede criticar el criterio del diferente fundamento que no nos conduce lógicamente a considerar que forme parte del derecho público. El principio de irrenunciabilidad de las normas lo encontramos también en el derecho privado (por ej. el art. 6 del código civil vigente), la única diferencia es que en el derecho público, la imperatividad de sus normas, se impone sin tomar en cuenta la voluntad de los particulares. Además, a los llamados contratos colectivos de trabajo es muy difícil considerarlos como formando parte del derecho público, por la ausencia del Estado en su formación o de organismos dotados de poder público.

III.—Este torneo continuaba, se buscaba una luz, pero no se habían dado cuenta que estaban buscando en fondos turbios y lóbregos, que el derecho no es estático sino esencialmente dinámico, que la separación en la doctrina jurídica entre el derecho público y el privado no era un dogma (65). El primer paso que se dio, consistió en comprender que no existía una frontera tajante entre los dos sino que existía una influencia si-

(64) Nuestra Suprema Corte de Justicia ha sostenido el criterio de que nuestra disciplina es derecho público, puede consultarse la importante ejecutoría del caso de Francisco Amezcua, de 16 de marzo de 1935. Vid. en DE LA CUEVA Mario: Derecho mexicano del. . . cit. tomo I, pág. 214-215.

(65) Las transformaciones que en el derecho se suceden, se hallan determinadas, más que por ningún otro factor del pensamiento jurídico, por las transformaciones que experimenta la imagen del hombre, tal como el legislador la concibe, así "el derecho social es el resultado de una nueva concepción del hombre por el derecho". RADBRUCH Gustavo: Introducción a la filosofía. . . cit., pág. 157.

multánea, y aún más, se dieron cuenta, y esto es lo importante, que existía una síntesis, que surgía una nueva estilística del Derecho que entraba a manera de cuña en la vieja concepción de Ulpiano.

Se cita a Otto von Gierke, como el precursor de la idea de la existencia de un "derecho social", que regulando las relaciones interhumanas, no era ni derecho público ni derecho privado, ya que contemplaba al hombre como integrante de lo social. El principal expositor fue Gustavo Radbruch, también recordamos a G. Gurvitch, Mohl, Ehrlich, Louis Le Fur, Arthur Nikisch y a Mario de la Cueva. La humanidad ya no dio importancia a la clasificación fría, teórica y a priori del dualismo *ius publicum et ius privatum*, sino que penetró en el mundo de las pasiones, en el de la vida, para poderse lanzar a la conquista de —como diría el visionario de Heidelberg: Gustavo Radbruch— un "derecho social del porvenir".

Ahora bien ¿tiene autonomía el derecho social?, ¿su naturaleza es diferente a la del dualismo de Ulpiano? ¿cuáles son sus caracteres? y ¿por qué razón hoy en día, vemos configurarse con mayor claridad a esta nueva rama?

Lo vemos tomar mayor consistencia y surgir con gran fuerza, porque ya nos dimos cuenta en la actualidad que el derecho va en busca de un futuro mejor, y hemos tomado conciencia de que el Estado presente, en el cual estamos viviendo, es un Estado provisional o transitorio. "Hoy en día, nos dice Georges Burdeau, el derecho es mucho menos el orden que se impone a la sociedad presente que el fermento de donde nacerá la sociedad futura", y nos sigue diciendo: "la idea del derecho es un completo recorrido hacia el futuro: su substancia es el resultado de una constante anticipación del futuro" (66). Pero este derecho social, del cual se empieza a hablar en todas partes, se resiste a ser aprisionado en una definición, en un concepto; incluso se podría convenir que: "la figura del derecho social, creación de nuestra época, es todavía una nebulosa doctrinal a los fines prácticos de clasificación y sistematización de la materia jurídica" (67). La tarea ofrecida a los juristas para la elaboración del derecho social es inmensa. Teniendo los autores modernos al derecho social como objeto de conocimiento, lo han contemplado desde muy distintos puntos de vista, algunos totalmente contrapuestos; estos puntos de vista nosotros nos hemos permitido clasificarlos de la siguiente manera:

1.—Una corriente de autores, cada vez mayor, afirman —nosotros con ellos— que ha surgido una nueva rama jurídica, la cual tiene una nueva concepción valorativa del hombre por el Derecho y que posee

(66) Cit. por RIPERT Georges: *Les forces créatrices du droit*, Librairie Générale de droit et jurisprudence, París, 1955, pág. 58.

(67) PEREZ BOTIJA Eugenio: *Curso de Derecho del Trabajo*, 2a. ed., Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1957, pág. 7.

una naturaleza propia distinta a la que contienen las dos ramas de la clasificación de Ulpiano (68).

- 2.—Otros sostienen, que a pesar de existir una acentuación de los principios sociales, ello no justifica la substitución de la fórmula bipartita: derecho público y derecho privado, por una tripartita agregando el derecho social; solamente podemos hablar de una legislación más o menos social en comparación con las demás, pero dentro de la dicotomía público-privatista (69).
- 3.—Gran parte de los tratadistas lo confunden, al derecho social, con una de sus ramas, el derecho del trabajo, quizás porque históricamente los derechos sociales se dirigieron preferentemente a la clase trabajadora que con la integración de agrupaciones se fue convirtiendo en —siguiendo a Georges Ripert— una "fuerza creadora del derecho", o bien, porque en él se resuelve la cuestión social, o porque en él vemos con mayor claridad las conquistas que se han alcanzado con el contenido social en el derecho (70).
- 4.—Una serie de autores se limita a criticar la denominación, diciendo que

(68) Cfn. DE LA CUEVA Mario: Derecho mexicano del. . . cit., tomo I, 221 y sig.; GURVITCH Georges: *L'idee du droit social*, Librairie Recueil Sirey, París, 1932; CESARINO JUNIOR A.F.: *Direito social brasileiro*, 3a. ed., Livraria Freitas B., Río de Janeiro, 1953, Vol. I; RADBRUCH Gustavo: Introducción a la filosofía. . . cit.; RADBRUCH Gustavo: *Introducción a la Ciencia del Derecho*, trad. Luis Recaséns Siches, Revista de derecho privado, Madrid, 1930; MENDIETA Y NUÑEZ Lucio: *El Derecho Social*, 2a. ed., Editorial Porrúa, México, 1967; STAFFORINI Eduardo R.: *Concepto y contenido del Derecho Social*, "Revista de la Facultad de Derecho y ciencias sociales", año IX, No. 37, Universidad de Buenos Aires, 1954; GARCIA RAMIREZ Sergio: *El Derecho Social*, Revista de la Facultad de Derecho de la U.N.A.M." tomo XV, No. 59, 1965; ALVAREZ CASTRO Sergio: *El Derecho Social*, "Rev. del ITAT", Nos. 18-19, México, 1962-1963; COPPOLA F. Antonio: *El Derecho Social y sus consecuencias en nuestro tiempo*, "Rev. del ITAT", Nos. 20-21, México, 1963.

(69) Vid.: DEVEALI Mario L.: *Derecho Social y Derecho del Trabajo*, La Ley, Tomo IX, Buenos Aires, 1949, págs. 255 y sig.; también en sus *Lineamientos de Derecho del Trabajo*, 2a. ed., Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1953, pág. 60 y sig. . . En el mismo plano encontramos al Dr. Fco. González Díaz Lombardo, quien ubica el derecho social dentro del derecho público y la única razón que da es por "un afán de sistematizar las disciplinas jurídicas de la ciencia del derecho conservando el viejo patrón del derecho romano". Véase su conferencia: *Contenido y ramas del Derecho Social*, en 5 Conferencias por el X aniversario de la generación de abogados de 1948-1953 de la Universidad de Guadalajara, Guadalajara, Jal., 1963, pág. 67.

(70) Los tratadistas que se encuentran en esta posición son: Pablo CALLEJA DE LA CUESTA, Guillermo DESOUCHES, Carlos GARCIA OVIEDO, León MARTIN GRANIZO-Mariano GONZALEZ ROTLOVOSS Y GIL, Ernesto HERRNSTANDT, Juan MENENDEZ PIDAL, Albertino G. MOREIRA, Roberto PEREZ PATON, Moisés POBLETE TRONCOSO y Francisco WALKER LINARES.

su contenido es muy amplio, pues comprendería todo el derecho, o bien, que es una terminología vaga e indeterminada o convencional (71).

Sobre la corriente que dice que todo el derecho es social y porque con esa denominación no se dice nada, ya que todo el derecho emerge de la sociedad, de la unión de hombres y que tiene por objeto regular la conducta de los hombres (*ubi societas ibi jus*); tenemos que decir que la discusión no es sobre la terminología, sino sobre esencias y sobre principios; es cierto que la expresión "derecho social" puede dar lugar a confusión, pero la mayor parte de los juristas la han aceptado y utilizado para configurar a la nueva rama del derecho, distinta del derecho público y del privado. Esa aceptación de que hemos hablado es lo que motivó a Georges Gurvitch a exclamar justificando la denominación de derecho social: "Los términos de las ciencias sociales que designan a menudo fenómenos que agitan a la humanidad entera y que se convierten ellos mismos en fuerzas reales de la vida histórica, no se escogen, se imponen" (72).

Por lo que respecta a los que confunden al derecho del trabajo con el derecho social, limitan el campo de aplicación de éste, ya que su contenido es cada vez más amplio y engloba a diversas disciplinas, como veremos más adelante, y no sólo al derecho laboral. Esta idea, sin embargo, se explica por haber sido el derecho del trabajo el "pionero" del derecho social, ya que fue el que abrió un nuevo horizonte con una distinta apreciación de la justicia y una nueva concepción del hombre, ya que no se

(71) Así Julien Bonnacase ("La notion de droit en France au XIX siècle", París, 1910, pág. 178) nos dice que es un pleonismo, pues todo derecho es regulador de relaciones sociales; autor citado por C. GARCÍA OVIEDO, quien también califica al derecho social de "demasiado amplio. . . un tanto ambigüo", en **Tratado Elemental de Derecho Social**, 5a. ed. EISA, Madrid, 1952, pág. 5. Para José Castán Tobeñas todo el derecho es social y por lo tanto es una redundancia Cit. por MENDIETA Y NUÑEZ L., Op. cit., pág. 8); Ludovico Barassi, nos dice por su parte que: "dejaría de lado también la muy zarandeada expresión "derecho social", poco aceptable precisamente por su pretensión de mayor justeza, demasiado corriente, un poco electoralista y para nada técnica desde el punto de vista jurídico", en **Tratado de Derecho del Trabajo**, Trad. Miguel Sussini (h), Editorial Alfa, Buenos Aires, 1953, tomo I, pág. 37.

(72) Op. cit., pág. 163. Teófilo Olea y Leyva ha dicho que: ". . . ante la necesidad de dar un nombre con toda propiedad al nuevo derecho, debe aceptarse el de derecho social, tanto por corresponder directamente al carácter positivo que determina la legislación social cuanto porque en la investigación científica del verdadero campo de este nuevo derecho se ha encontrado precisamente que todo derecho está regido por este nuevo derecho que llamamos social, lo cual hemos comprobado al examinar tanto el derecho privado como al público los ha dislocado y modificado formal y substancialmente, al grado de constituirse en un derecho orientador y de síntesis de los demás derechos, con la esperanza de lograr el ansiado equilibrio de las tendencias individualistas desenfundadas del derecho privado y las despóticas invasiones del derecho público, para encontrar la armonía social en una construcción jurídica y legislativa de síntesis ecuaníme y serena. . ." **La socialización en el Derecho, ensayo de una teoría general de las funciones**, México, 1933, pág. 111.

vio el simple hecho de la naturaleza igualitaria sino que se comprendió que además de los derechos que se tienen por el hecho de ser hombres, existe una serie de derechos que se deben otorgar en atención a una determinada categoría social: los explotados o económicamente débiles.

Una de las posturas que tiene más sostenedores es la que queriendo forzar a que las relaciones humanas entren en moldes que ya se tienen y que con un criterio estrecho y conservador se niegan a aceptar un tercer género diferente al derecho público y al derecho privado, apoyándose en dicha clasificación, sin tomar en cuenta que todavía no se ha precisado hasta donde llega una y hasta donde el otro y que ha llegado, inclusive, a negarse la existencia del dualismo —por ejemplo: Hans Kelsen y León Duguit—; se sostiene que contra el liberalismo del estúpido siglo pasado, con su fracaso e injusticia, y con la degradación de la persona humano dejada al libre juego de la voluntad de los más fuertes, hicieron que en la actualidad apareciera un derecho social que cavara la tumba del Estado Gendarme; así nos dice José Castán Tobeñas que la socialización del derecho es: "la protesta contra una gran concepción que ha tenido la exclusiva del pensamiento jurídico durante algunos siglos, y según la cual el Derecho se daba para el Estado (derecho público) o para el individuo (derecho privado), nunca para la sociedad, cuyo concepto apenas si tenía realidad y menos beligerancia. Socializar el derecho será, pues, reformar el derecho público fundándolo no sobre una abstracción, el Estado, sino sobre una realidad viva, la sociedad, y, sobre todo, reformar el derecho privado, basándolo no en la noción de individuo aislado, sino en la del individuo unido a los demás por lazos de solidaridad familiar, corporativa y humana" (73).

Así, pues, el instrumento que caracteriza a la socialización del derecho es la acción estatal en general, que ve por el interés social y por el orden público, todo ello debido a la cada vez mayor interdependencia social que caracteriza la vida de las modernas comunidades políticas. Pero que aceptemos que dicha socialización se está operando en el campo del derecho público (como la expropiación por causa de utilidad pública, gran parte de los servicios públicos, el Derecho Fiscal con la finalidad de una mejor distribución de la riqueza, la asistencia social educativa, e incluso llega hasta el Derecho Internacional, en donde se ha reconocido que el principio de la sociabilidad humana no puede ser encerrado en los límites del derecho nacional); y también dentro del derecho privado (la propiedad como función social, la crisis de la dogmática del contrato tradicional, la teoría objetiva de la responsabilidad civil, la intervención del Estado en la banca, en los contratos bursátiles, de seguros y de transportes y otros de interés social); en nada se opone esto a la configuración de un tercer género con una construcción jurídica autónoma distinta de la

(73) *La socialización del derecho y su actual panorámica*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1965 págs. 10 y 11.

división de Ulpiano, sino todo lo contrario, quizás tenga una influencia decisiva ese movimiento de socialización para la configuración de un nuevo derecho, cuyos caracteres son cada día más precisos y cuya importancia va en aumento y que se le ha denominado social porque su finalidad primordial es la solución del problema social, pero con nuevos instrumentos y modernos principios. Quererse encerrar en los estrechos y ambiguos modelos de derecho público y derecho privado es contemplar el pasado, no comprender el presente y olvidarse del futuro.

El derecho social es una figura que ya nadie puede negar, pero, sin embargo, son pocos los juristas que se han avocado a un estudio científico-jurídico de él, que nos dé su esencia y naturaleza jurídica y que nos permita distinguirlo de la dicotomía *ius publicum et ius privatum* clásica. A continuación, sólo expondremos brevemente algunas ideas de los más importantes estudios sobre la materia:

GEORGES GURVITCH Y SUS SEGUIDORES.

Este antiguo profesor de la Universidad Rusa de Praga y de la Universidad de Petrogrado, autor después de obras en Francia y Estados Unidos, en una obra: "*L'idée du droit social*", aparecida en 1932, construyó una tesis original y profunda, que fue de las primeras que sostuvo e impulsó la idea de un derecho social como un tercer género distinto de la distinción tradicional.

Gurvitch, después de hacer un estudio sobre sus predecesores que se ocuparon de la cuestión social, sobresaliendo las ideas de Proudhon, del cual es admirador, nos dice que el derecho social tiene una naturaleza sui generis, que representa la antítesis de:

"... la alternativa tradicional del derecho romano: *dominium-imperium*, poder del individuo aislado en pequeño (coordinación), poder del individuo aislado en grande (Estado, subordinación)", por lo que en contraposición el derecho social es: "el derecho autónomo de comunión por el cual se integra de una manera objetiva cada totalidad activa, concreta y real encarnando un valor positivo: derecho de integración (o si se prefiere de inordinación)" (74).

Este sociólogo y jurista destaca que la importancia mayor de la idea es que este derecho no se impone externamente, sino que emerge de la necesidad misma de la vida social: "Estando basado en la confianza, el derecho social no puede ser impuesto nunca desde afuera. Sólo puede regular desde dentro, en forma inmanente", es por esto que habla de "inordinación", esto es, el derecho social nace espontáneamente en el seno de las agrupaciones humanas y no es ni derecho de coordinación ni de

(74) Op. cit., pág. 11.

subordinación, sino de integración, porque se busca lograr la unión de los integrantes de todo agrupamiento social mediante acuerdo de voluntades que crea, sin necesidad de organización alguna y sin coacción incondicionada, un poder social que obre sobre los individuos.

Así, el derecho social es un derecho autónomo de comunión, de integración, de coexistencia, de conjugación de las personas integrando un "todo", por lo que nuevos sistemas de categorías jurídicas y personas colectivas complejas absorben la multiplicidad de sus miembros en una voluntad única de cooperación y de solidarismo. Sólo de esta forma se pueden explicar, según este autor, los contratos colectivos de trabajo, el federalismo económico, el parlamentarismo social, la primacía del Derecho Internacional sobre el Nacional, la Sociedad de las Naciones y la Organización Internacional del Trabajo.

Las ideas de Gurvitch fueron acogidas y continuadas por muchos juristas, entre los que sobresale Georges Ripert, para quien el derecho social tiene un sentido nuevo: "ya no trata de conciliar los intereses y de regular el ejercicio concurrente de las actividades libres. La persona humana no puede conocer la libertad sino en la medida que es conciliable con el interés del grupo social, el derecho social es un derecho "transpersonal". Todos deben obrar para mejor realizar el orden social perfecto; el derecho social es un "derecho de comunión" (75). Y en este mismo sentido tenemos a Louis Le Fur (76) y a Paul Roubier (77).

(75) Les forces créatrices. . . cit., pág. 57.

(76) Ya que nos dice: "Durante siglos, el derecho que es el vínculo de las sociedades humanas, ha sido la base de subordinación —así las leyes, estatutos, ordenanzas, procedentes en principio del Estado—; al lado de ella, tenemos el principio de coordinación —contratos de individuos y grupos secundarios— que juegan un papel importante, en tanto estos contratos están reconocidos como válidos por la legislación del Estado. Hoy en día, se habla ya menos de subordinación, incluso buscando su desaparición, y menos aún de coordinación; en la actualidad es la unión o la "comunión", la colaboración, interdependencia, integración, las que se encargan de explicar el mecanismo de las sociedades humanas". *Droit individuel et droit social.— coordination, subordination ou integration*, en *Les grands problèmes du droit*, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1937, pág. 206.

(77) Según este ilustre francés: "Para poder realizarse plenamente en vista de la justicia, es necesario que el derecho sobrepase el estudio del egoísmo, que llegue a un estado superior, que ha podido llamarse, en razón de la ausencia de todo sentimiento personal, "transpersonalismo" . . . En el sistema del "transpersonalismo" (G. Gurvitch), ya no es el individuo, ni el Estado, lo que constituye el valor superior, el bien supremo. La única soberanía es la del derecho; el fin del derecho social es la civilización; el fin supremo ya no es la libertad individual, ni la exaltación de la Nación, sino una obra que debe realizarse en común y que ha de conducir a la especie humana a una forma de vida más elevada. El individuo ya no debe ser guiado únicamente por sus intereses materiales inmediatos; debe adquirir conciencia de ciertos valores superiores. En cuanto al Estado, ya no es solamente un organismo que tiende al máximo de poder; debe ser también un Estado de civilización (Kulturstaat), es decir, debe ponerse al servicio del mismo ideal. . . En definitiva, el derecho "transpersonal"

A. F. CESARINO JUNIOR Y LUCIO MENDIETA Y NUÑEZ.

El primero de estos juristas, profesor de la Universidad de Sao Paulo, nos habla de que la finalidad del nuevo derecho social es la protección de los económicamente débiles, a quienes califica con la feliz expresión de "hiposuficientes" o grupos con debilidad económica absoluta y que constituyen el punto de partida para las nuevas ramas del derecho social, y principalmente del derecho del trabajo. Este nuevo derecho es definido por Cesarino Junior como: el conjunto de principios y leyes imperativas cuyo objetivo inmediato es, teniendo a la vista el bien común, auxiliar y satisfacer convenientemente las necesidades vitales propias y de sus familias, a las personas físicas en cuanto son dependientes del producto de su trabajo" (78). Este jurista, si bien reconoce que en todo el derecho ha penetrado el sentido social de "humanización del derecho", sin embargo, considera que se ha acentuado sobremanera en una nueva rama del derecho, que se ha concretizado en unas disciplinas del conocimiento jurídico y que se han denominado Legislación, o mejor, derecho social.

Y en este orden de ideas, en México, Lucio Mendieta y Núñez, después de realizar un estudio profundo, llega a la conclusión de que sí existe un derecho nuevo y especial, constituido con la aportación de diversas estructuras legales que ya no caben dentro de la clásica división de Ulpiano y que buscan principalmente la protección de las clases económicamente débiles y la realización de valores específicos.

Su definición de derecho social, es la de "conjunto de leyes y disposiciones autónomas que establecen y desarrollan diferentes procedimientos protectores en favor de las personas, grupos y sectores de la sociedad integrados por individuos económicamente débiles, para lograr su convivencia con las otras clases sociales dentro de un orden justo" (79).

Y llega así a la conclusión de que este derecho está formado por algunas disciplinas recientes, como son los Derechos: del Trabajo, Agrario, Económico, de la Seguridad Social, de Asistencia y Cultural.

GUSTAVO RADBRUCH.

Este es el autor que mejor ha expuesto la teoría del derecho social

es simplemente el índice de que un derecho de coordinación entre dos intereses yuxtapuestos ha llegado a ser insuficiente, tomando en consideración los valores morales obtiene un movimiento de comunión en un ideal, que constituirá la base de un derecho de subordinación posterior. Trátase del derecho social aún no desarrollado, del derecho social en estado naciente". *Teoría general del Derecho*, trad. José M. Cajica Jr., Edit. José M. Cajica, Puebla, Méx., s./f., págs. 280 y 283.

(78) Op. cit., Vol. I., pág. 35.

(79) Op. cit., págs., 66-67.

como *tertium genus* distinto al derecho público y al privado, pues para él representa una nueva concepción del hombre sujeto a vínculos sociales, al hombre colectivo como base del derecho social, y nos dice que las principales razones que ha tomado en cuenta el legislador para la creación de esta nueva rama del derecho son las siguientes:

1.—Ya se dejó atrás la abstracción niveladora, o sea, el concepto individualista de igualdad de las personas, ahora con el derecho social no se ven personas, sino patronos, trabajadores, obreros, empleados, campesinos; es decir, se toma en cuenta la diversidad de situaciones.

2.—Se destaca la posición social de poder o de impotencia de los individuos, que permite la protección a la impotencia y poner trabas a la prepotencia de los más fuertes.

3.—“La idea central en que el derecho social se inspira no es la idea de la igualdad de las personas, sino la de la nivelación de las desigualdades que entre ellas existe; la igualdad deja de ser, así, punto de partida del Derecho, para convertirse en meta o aspiración del orden jurídico” (80).

4.—El “*laissez faire, laissez passer*” de Turgot, que rigió en la Economía del siglo pasado y que se sostenía con fundamento en el derecho privado, ha sido superado, hoy se ha visto que en toda relación jurídica privada asoma un tercero interesado: la colectividad.

Así es como se ha configurado un nuevo derecho que se ha denominado social, con rasgos cada vez más marcados, destacándose por este jurista que:

“La avanzada del derecho individualista fue, como veíamos, el derecho mercantil; las fuerzas motrices del derecho social hay que buscarlas en el derecho económico y en el derecho del trabajo. Uno y otro se orientan, sustancialmente, no hacia el individuo aislado, sino hacia el individuo socializado y concreto. La diferencia entre estos dos campos reside, como ya hemos visto, en el hecho de que el derecho económico se propone coartar la prepotencia social de ciertas fuerzas de la economía, por ejemplo, mediante las leyes sobre los consorcios industriales y comerciales, mientras que el derecho del trabajo aspira a proteger la impotencia social” (81).

El maestro De la Cueva (82) ha expresado que las ideas de Radbruch sobre el derecho social descansan en el reconocimiento de las clases sociales y de su derecho a participar en la estructuración del Estado; el aceptar

(80) Introducción a la filosofía. . . cit. pág. 162.

(81) *Ibidem*. pág. 163.

(82) Derecho mexicano del. . . cit., Tomo I, págs. 223-224.

la asociación profesional, que es la organización de las clases sociales; el contrato colectivo de trabajo, que es el derecho que crean las clases sociales con independencia del Estado; los tribunales de trabajo, integrados por representantes de las clases, que con su presencia hacen patente la contienda social; los consejos de empresa, las comisiones de salario mínimo y demás instituciones cuya integración depende de las clases sociales. Todo esto es extraño al derecho público y al privado.

MARIO DE LA CUEVA.

Este ilustre jurista mexicano también fue el que inició entre nosotros la idea de un derecho social como un tercer género; en su obra (83) analiza al Estado medieval, el Estado individualista y liberal y al Estado contemporáneo.

En la primera época no existió la distinción entre público y privado; en un segundo momento, en el régimen liberal se escribió en nuestras constituciones el sistema económico de la burguesía: "libertad de acción para la propiedad privada", esto es, un derecho negativo en su fundamentación que se agotaba en tres principios: no intervención del Estado en la Economía, libertad absoluta de acción para la propiedad privada y libertad individual para buscar, aún sin consideración al bien social, la propia utilidad.

En la época actual las conciencias están acordes en que el nuevo derecho social surgido de las Constituciones mexicana de 1917 y de Weimar de 1919, han cambiado las ideas, ahora el Estado tiene el "deber" social de asegurar a cada persona un nivel decoroso de vida armónico con la dignidad humana; de acuerdo con este pensamiento, la sociedad y su gobierno están obligados a impedir la injusticia y a evitar que el hombre sea objeto de explotación. El objeto de este nuevo derecho es la limitación del poder absoluto de la propiedad y de la lucha entre los capitales; armonía entre los dos factores de la producción, Capital y Trabajo, y, en consecuencia, justa distribución de la riqueza; y otros en que existe obligación del Estado para garantizar la realización de aquellos fines y de buscar la solución al problema social. Así nos dice:

"Los derechos sociales son los nuevos derechos naturales del hombre, pues su base no es otra que las necesidades naturales de los seres vivos; son, para expresarlo en una fórmula breve, el derecho de los hombres a conducir una existencia digna, en la inteligencia de que entendemos por existir, no el simple vivir, tal como ocurre en el caso de las plantas y los animales, sino el vivir social, quiere decir, la vida dentro de la civilización y la cultura del pueblo y de la época: los

(83) *Ibidem*, págs. 230-233.

derechos sociales principian con el derecho del niño de exigir que el Estado asegure su existencia, si faltan los padres, y le proporcione una educación y una preparación profesional adecuadas; pasan después a constituir las condiciones básicas para la prestación de los servicios y concluyen con las instituciones de la seguridad social para los años de vejez e invalidez. Los derechos sociales, a diferencia de los individuales, imponen al Estado un hacer, una conducta positiva que es doble: por una parte, cuidar de que el trabajo, cualquiera que sea el lugar y la forma en que se preste, sea tratado de conformidad con su dignidad y con los principios de la Declaración y, por otra, organizar las instituciones convenientes de la seguridad social" (84).

Así el derecho del trabajo fue quien inició este movimiento social, cuyo objeto es regular las relaciones entre la sociedad y sus miembros y, por tanto, recordando las ideas de Aristóteles, pertenece a la justicia distributiva, en tanto que el derecho privado se refiere a la regulación de las relaciones entre los miembros de la comunidad y, en consecuencia, pertenece a la justicia sinalagmática, así: "El derecho del trabajo mira a las personas y busca su elevación material y moral, en tanto el derecho privado atiende a las cosas y procura la equivalencia de las prestaciones" (85).

En conclusión, sintetizando las ideas de estos estudiosos del derecho, podemos decir que las características principales de este "novum jus", que es el derecho social, son las siguientes:

1.—Es un deber del Estado y de la Sociedad y un derecho de las personas el exigir su cumplimiento, o sea, un derecho que obliga al Estado a resolver la cuestión social asegurando a cada persona un nivel decoroso de vida armónico con la dignidad humana.

2.—Va encaminado a la protección y asistencia para favorecer el bienestar del hombre económicamente débil o hiposuficiente, facilitando los medios para desenvolverse libremente con dignidad y seguridad económica, esto es, que presta especial atención a la pertenencia a una determinada categoría social: los explotados.

3.—No es un derecho de coordinación, ni de subordinación, sino de integración, precisamente de aquellos económicamente débiles a los beneficios de la sociedad, en todos los aspectos, material, moral y cultural.

4.—Contempla al hombre en otra dimensión que se expresaría con el pronombre "nosotros", dejando ya la idea representada por los pronombres "yo, tú, él"; la comunión en la colectividad no es una simple adhesión de individualidades, sino de fusión y una síntesis de individualidades. La

(84) Síntesis del Derecho. . . cit., pág. 33.

(85) Ibidem, pág. 34.

cohesión del grupo evitará los inconvenientes del egoísmo individual y el espíritu de dominio.

5.—Es un derecho que no parte de la igualdad sino que tiende a ella.

6.—Las primeras disciplinas que abrieron la brecha para la configuración de un nuevo derecho, fueron el derecho del trabajo y el derecho económico, sobre todo el primero.

7.—En la actualidad forman parte del derecho social, además de los anteriores, el derecho agrario, el derecho de la seguridad social, el derecho asistencial, el derecho de la prevención social, el derecho cultural (86) y otros que el día de mañana sean conquistados por las ideas expuestas anteriormente, y esto es así, porque es de tal manera amplio el nuevo derecho y tan grande su importancia, que en un término relativamente corto mostrará su fuerza expansiva hacia las demás ramas del derecho, transformándolas esencialmente hasta coordinarlas dentro de sus propios fines. El darse cuenta del dramático contraste entre el esplendor y la miseria tratando de corregirlo desde sus causas, es el punto de partida para una nueva época.

Es de señalarse que se ha empezado a hablar de un "Derecho Procesal Social", que acompañaría al Derecho Social material, animado por los mismos principios proteccionistas que tutelan los intereses de los grupos o clases sociales, desde el punto de vista de su situación económica y cuya importancia ha ido creciendo. Esta disciplina estaría formada, como nos dice el maestro Fix Zamudio (87), por el Derecho Procesal Laboral o del Trabajo, el Derecho Procesal Agrario o Rural y el Derecho Procesal Asistencial.

5.—Ya destacamos que el derecho del trabajo es un derecho nuevo, que al nacer rompió la vetusta división del derecho público y privado. Al verlo crecer nos damos cuenta que está desarrollando perfiles propios y caracteres diferentes en el campo jurídico; siendo el carácter de una cosa: la índole, condición o conjunto de rasgos o circunstancias con que se da a conocer distinguiéndose de las demás, o bien su modo de ser peculiar y privativo; vamos ahora a destacar cuáles son los caracteres

(86) Por derecho cultural se debe entender un conjunto de normas jurídicas que regulan la instrucción y la educación en todos sus grados, clases y aspectos, no sólo de la niñez y de la juventud, sino de toda la sociedad (Vid. MENDIETA Y NUÑEZ Lucio, Op. cit., pág. 75). Ya encontramos antecedentes de este derecho en la Constitución Servio-croata eslovena de 28 de junio de 1921, en cuyo artículo 22 decía: "El Estado procurará asegurar a todos los ciudadanos la misma posibilidad de prepararse para la actividad económica que deseen ejercer. A tal efecto: El Estado organizará la educación profesional y la asistencia permanente a los niños, pobres y abandonados que no tengan capacidad (debería decir posibilidad) de seguir los estudios". (MENDIETA Y NUÑEZ L., *Ibidem*, pág. 109).

(87) *El Juicio de amparo*, Edit. Porrúa S.A., México, 1964, págs. 23 y sig.

del derecho del trabajo. Se han señalado a esta rama del derecho social los siguientes caracteres:

A.—EL DERECHO DEL TRABAJO ES UN DERECHO INCONCLUSO.— En efecto, nuestra disciplina se ha desenvuelto y seguirá evolucionando a grandes pasos en el devenir de la historia, es un constante hacerse, va tomando nuevos elementos que le van dando cada vez mayor consistencia. Aunque es justo proclamar —como dice el jurista español Juan Menéndez-Pidal— que esto mismo le ocurre a casi todas las demás ramas del derecho ya que están en constante desarrollo y perfeccionamiento. "Lo que ocurre es que el derecho social (léase del Trabajo) es más DINAMICO que otros y con movilidad más rápida, por lo que acaso sea esta formación un fenómeno propio de su dinamismo" (88).

Desde su nacimiento, esta nueva legislación se ha desarrollado de tal manera que se a dicho con justa razón que: "las condiciones del trabajo evolucionaron menos en los veinticinco siglos que precedieron al maquinismo y a la industria que durante los cincuenta años posteriores a su aparición" (89).

El derecho del trabajo va recogiendo las nuevas necesidades humanas y procura darles satisfacción, ya que el fin que persigue es el de proteger a toda persona que se vea precisada a prestar un servicio para poder vivir, procurando que dicho trabajo lo realice en condiciones dignas a la persona humana. Ya vimos como se inició nuestra disciplina en la historia, empezó con una protección muy tenue, después se fue haciendo más marcada su presencia, cada vez fue protegiendo a más contra los infortunios del trabajo, después empezó a limitar la jornada de trabajo, a fijar el salario mínimo, otorgar el descanso hebdomadario, vacaciones, seguro social, estabilidad en el empleo, etcétera; este catálogo no se ha cerrado, todavía falta mucho por conquistar para la clase trabajadora para amortiguar la explotación en el sistema capitalista; por eso decíamos que es inconcluso, ya que no terminará de avanzar o evolucionar sino hasta que cambie la sociedad, hasta el día en que exista otra estructura social, más justa; mientras esto no suceda, este mínimo de garantías seguirá conquistando mayores beneficios.

B.—EL DERECHO DEL TRABAJO ES UN DERECHO CONCRETO Y ACTUAL.— Esto se ha sostenido tanto por la doctrina francesa como por la italiana. Nos dicen que a pesar de que el derecho del trabajo está dirigido en términos generales a todo trabajo subordinado, no lo podemos aplicar sin embargo de una manera uniforme y abstracta, pues sería como partir del mismo punto del sistema liberal, es decir, de que todos son

(88) MENENDEZ-PIDAL Juan: *Derecho Social Español*, Editorial Revista de Derecho privado, Madrid, 1952, Vol. I, pág. 25.

(89) LEVASSEUR G.: *Evolución, caracteres y tendencias*. . . cit., pág. 78.

iguales; no se puede definir abstractamente la condición del trabajador, se debe ver la realidad, se debe perseguir la igualdad entre ellos con los demás, en esto podemos apreciar también el actual ocaso del "derecho común".

El Derecho del trabajo es esencialmente concreto, ya que varía según: las regiones, según las actividades y profesiones y según las condiciones de las personas (90). Nuestra disciplina toma en cuenta las diversas especialidades de los trabajadores y las distintas condiciones en que lo realizan, se toma en cuenta su edad y sexo para protegerlos mejor, la actividad a la cual se han dedicado es un factor importante para su reglamentación, etcétera. Nuestro orden jurídico laboral se aplica en toda la República por haberse dispuesto así en nuestra Constitución federal, y rige toda clase de relación laboral subordinada (Art. 123 Constitucional), encontramos su diversificación en las leyes reglamentarias, pues es ahí donde vemos que para aplicar mejor nuestra disciplina se toma en cuenta las diversas actividades y profesiones: así advertimos que existen capítulos especiales sobre agentes de comercio; ferrocarrileros, trabajadores marítimos, domésticos, trabajadores de la pequeña industria, trabajadores a domicilio, mineros, artistas, etcétera.

Pero ¿a qué se debe esta diversidad del derecho del trabajo a pesar de su unidad?, ¿por qué tiene este carácter concreto y actual?

Nos dicen André Rouast y Paul Durand (91), que se puede explicar por tres razones principalmente:

- 1.—La primera toma en cuenta la formación histórica del derecho del trabajo. En efecto, nuestra legislación se ha desarrollado de un manera empírica, sin haber tenido antes ningún plan de conjunto. Los abusos iban siendo reprimidos a medida que iban apareciendo; este método no podía conducir a un derecho uniforme.
- 2.—La segunda causa es de orden político; un régimen representativo da a los grupos fuertemente organizados el medio de obtener una legislación que les sea favorable. La clase trabajadora ha ido conquistando poco a poco una legislación benéfica.
- 3.—La tercera causa es la más profunda, señalan que esta diversidad la más de las veces es impuesta por los hechos, que algunas diferencias se deben a la separación de las actividades profesionales, por ejemplo: no puede la agricultura someterse al mismo régimen que la industria. Las regiones y las épocas son fundamentales para la determinación de la jornada de trabajo y para determinar el monto del salario.

(90) ROUAST André et DURAUD Paul: Précis de législation. . . cit., pág. 67.

(91) Ibidem, pág. 68-69.

Debemos señalar la importancia que tienen en este aspecto los contratos colectivos de trabajo, en los cuales se combinan los diferentes criterios sobre actividades, profesiones (por ejemplo: los contratos-ley de ferrocarriles, de la industria textil, la industria hulera, azucarera, et-cétera) y las regiones económicas territoriales.

Para la existencia de un derecho justo, el legislador debe tomar en consideración todo lo que hemos señalado, darse cuenta de los hechos y de la realidad, no se debe encerrar en una "pirámide jurídica" que se pueda desmoronar como un castillo de naipes, cada vez se tiene mayor conciencia de que: "las legislaciones realistas dan a cada uno un vestido jurídico de acuerdo a su tamaño" (92).

C.—EL CARACTER IMPERATIVO DEL DERECHO DEL TRABAJO.—

Cuando definimos al derecho, señalábamos a la coercibilidad como elemento de toda norma jurídica, o sea, que existe por parte del Estado la facultad de hacer cumplir los mandatos legales aún en contra de la voluntad de las personas; con esto no queremos decir que todas las normas se realicen coactivamente, sino que toda violación del orden jurídico es susceptible de ser reparado directa o indirectamente a través del poder coactivo del Estado.

Hay que recordar que en el Derecho Romano existían dos grupos de normas: las que formaban el *ius dispositivum*, de imperatividad relativa, que se aplica a las relaciones jurídicas a falta de estipulación de los sujetos que intervienen, su campo de aplicación lo encontramos en gran parte en el derecho privado; y las del *ius cogens*, que eran las normas que se aplicaban necesariamente, sea para impedir o regular la formación de una relación jurídica, sea para gobernar los efectos de la que se hubiere formado, por lo tanto su imperatividad es absoluta y rige en el derecho público principalmente.

En el derecho del trabajo encontramos el *ius cogens*, dicha imperatividad deriva de su naturaleza y de los fines que persigue. Ya hablamos de la injusticia y de la desigualdad que existió en el siglo pasado y sobre todo en la ubicación de las normas que regulaban la prestación de los servicios en los códigos civiles, regidos por lo tanto por el principio de la autonomía de la voluntad, al estudiar la evolución de nuestra disciplina vimos el cambio que se operó, sobre todo la intervención, cada vez más decidida para regular las relaciones entre el capital y el trabajo. El derecho es el mínimo de garantías conquistadas por los trabajadores compatibles con la dignidad humana, partiendo de esta idea que nos brinda el maestro De la Cueva es como podemos entender mejor su aplicación necesaria, inevitable por el simple hecho de la relación jurídico laboral; y decimos que es inevitable porque no depende de la voluntad de los par-

(92) SCALLE Georges: *Précis élémentaire de législation industrielle*, Ed. Recueil Sirey, París, 1925, pág. 2.

ticulares, sino que ubicándose en las situaciones que reglamenta, se aplica ipso facto el derecho del trabajo.

Esta imperatividad en relación a los sujetos se manifiesta en una triple dirección (93): las dos primeras manifestaciones son para los obreros y los patronos en las relaciones laborales que se formen entre ellos; y por otra parte se dirige al Estado, obligándole a vigilar que las relaciones de trabajo se formen y desarrollen apegadas estrictamente a los principios contenidos en la Constitución, y en general en todo el derecho positivo del trabajo.

Atendiendo al momento en que se aplica la imperatividad del derecho del trabajo, podemos señalar tres momentos:

- a).—En la formación de la relación laboral;
- b).—A lo largo de dicha relación; y
- c).—Una vez concluida la relación laboral.

Así, como ejemplo del primer caso tenemos las restricciones que se imponen a los patronos, dichas limitaciones están contenidas en la ley, sobre todo para seleccionar al personal que va a trabajar en una empresa, verbigracia: no emplear menos de un noventa por ciento de trabajadores mexicanos (Art. 7 de la nueva Ley Federal del Trabajo), la de preferencia que en igualdad de circunstancias debe otorgarse a los trabajadores mexicanos respecto de los que no lo sean, también a los que hayan servido satisfactoriamente con anterioridad por mayor tiempo y a los sindicalizados respecto de quienes no lo están (Art. 154 de la nueva Ley).

El segundo caso es el más notorio y donde encontramos todo el contenido de nuestro derecho del trabajo, o sea, todo el Art. 123 Constitucional y sus leyes reglamentarias (por ejemplo: la jornada máxima, la nulidad de ciertas condiciones aunque se expresen en el contrato, las obligaciones del trabajador y las del patrono, cómo hacer el pago de salarios, las indemnizaciones, las huelgas, etcétera).

Y en el tercer caso, encontramos ciertas obligaciones del patrono, como el de expedir gratuitamente al trabajador cuando lo solicite o se separe de la empresa, dentro de tres días, una constancia escrita relativa a sus servicios (Art. 132 fracción VIII de la nueva Ley Federal del Trabajo); también tenemos la prohibición al patrono de emplear el sistema de "poner en el índice" a los trabajadores (art. 133, fracc. IX de la nueva Ley).

D.—LA FUERZA EXPANSIVA DEL DERECHO DEL TRABAJO.—EI

(93) DE LA CUEVA Marlo: Derecho mexicano. . . cit., tomo I, pág. 254.

derecho del trabajo, según vimos en la exposición histórica, tiende a extenderse o dilatarse cada vez más; nace amparando a las mujeres y a los niños que tenían que trabajar para poder subsistir, después pasa a proteger a los obreros y así ha continuado expandiéndose progresivamente a las relaciones de trabajo que necesitaban de su manto protector, tal ha sido el caso de los jornaleros, domésticos, empleados, artesanos, agentes de comercio, artistas, deportistas, etcétera.

Uno de los fundamentos de nuestro derecho es su naturaleza "tuitiva" (del latín: tuitus, p.p. de tueri: defender), o sea que guarda, ampara o defiende a toda persona que es explotada por el capital; que aunado a otro fundamento, el principio de buscar la igualdad, ha sido la causa de la expansión del derecho del trabajo; cualquier trabajo humano que se preste en forma subordinada necesita de su protección, y es así como de un derecho "obrero" se ha pasado a un derecho "del trabajo".

Este movimiento de expansión ha hecho que las fronteras del derecho del trabajo, por lo que se refiere a las personas a las cuales se dirige a proteger, hayan quedado mucho tiempo inciertas, incluso en el derecho moderno no han sido definitivamente precisadas; esto es natural ya que, nos dicen Durand y Vitú, se enfrentan dos tendencias antagónicas:

- a).—La primera es favorable a una aplicación cada vez más extensa del derecho del trabajo; esto se explica esencialmente porque nuestra disciplina es una legislación de protección, de ayuda a los débiles, es por esto que es deseable extender lo más posible las instituciones que protegen la salud y el trabajo.
- b).—La segunda, que representa la tendencia opuesta a su extensión, porque considera que el derecho del trabajo limita la libertad y la iniciativa individual, ya que teje una red de prescripciones imperativas que tienden a multiplicar su aspecto tutelar, por lo que hay que defender la actividad económica contra tales obstáculos.

Es en consideración al equilibrio de estas dos tendencias en las que se fijan los límites del derecho del trabajo (94).

Podríamos decir que el primer punto es lo sostenido por los trabajadores y el segundo por los patronos, y que debido a la gran presión que están ejerciendo los primeros es como se ha conseguido la expansión de nuestro derecho; el derecho del trabajo adquirió perfiles precisos cuando se unieron los trabajadores para defenderse del capital, cuando se dieron cuenta de la fuerza que podía desarrollar y que mucho dependía de ellos, pues vieron la importancia esencial que tiene su actividad

(94) DURAND Paul et VITU André: *Traité de droit du travail*, Librairie DALLOZ, París, 1950 tomo I, págs. 219-220.

en el desenvolvimiento de los pueblos; es cuando pudieron apreciar en todo su alcance y profundidad las palabras de Carlos Marx: "los hombres son los creadores de su propia historia, son los actores y autores de su propio drama".

Algunos juristas destacados (95) han sostenido que el derecho del trabajo se está extendiendo de tal manera que en un futuro próximo y aún algunos consideran que ya en la actualidad, debe regular toda clase de trabajo, no importando la existencia de la subordinación, o sea, que hasta el llamado "autónomo" sería objeto de protección de nuestra disciplina (96). Nos parece que estos autores se fundan en un mal planteamiento del problema, el derecho del trabajo no se va a extender ni se ha extendido a tal grado que regule todo trabajo humano, sino que dadas las condiciones actuales: la planificación cada vez más marcada de la economía, la explosión demográfica, la pobreza, la concentración de la riqueza, etcétera, por lo que la mayoría del trabajo se está convirtiendo en subordinado, y aquí sí, deberá ser regulado por el derecho del trabajo, es por ello su extensión.

El horizonte que se nos presenta es muy amplio y estamos avanzado a su conquista con pasos firmes y decididos.

(95) Vid. en esta posición a: ALONSO GARCIA Manuel: *Curso de Derecho del Trabajo*, 2a. ed., Edición Ariel, Barcelona, 1967, págs. 58 y sig.; DEVEALI Mario L.: *Lineamientos de derecho*. . . cit., págs. 205 y sig.; RUPRECHT Alfredo J.— WOELFLIN F. M.: *Ampliación de lo contractual laboral*, en "Gaceta del trabajo", tomo 13, Buenos Aires, 1950, pág. 15; PEREZ PATON Roberto: *El trabajo autónomo y las profesiones liberales ante el Derecho del trabajo*, en "Gaceta de trabajo", No. 3, Vol. II, Buenos Aires, 1962, págs. 233 y sig.; TRUEBA URBINA Alberto TRUEBA BARRERA J.: *Ley Federal del Trabajo, reformada y adicionada (1931)*, 58a. edición, Edit. Porrúa, México, 1968, vid. sus comentarios a los artículos 3 y 18 de la Ley de 1931.

(96) Trabajo autónomo: "es el que desarrolla una persona por cuenta propia, con independencia más o menos completa en cuanto a los medios de que se vale para producir un resultado previsto y en que asume la posición de empresario de obra o servicio, actuando como verdadero locator operis, según la clásica figura del derecho romano". PEREZ PATON Roberto: *El trabajo autónomo y las profesiones liberales*. . . cit., pág. 234-235.

¡Felices nuestros hijos si saben librarse mejor que nosotros de los dogmas y de los prejuicios!

León Duguit.

II

LA RELACION INDIVIDUAL DE TRABAJO

1.—Punto de partida; 2.—El contractualismo en el Derecho y su decadencia; 3.—El contrato de trabajo; 4.—La teoría de la relación de trabajo: a) Su génesis: Heinz Potthof, Erich Molitor y Hugo Sinzheimer; b) Las ideas de Georges Scelle; 5.—La teoría "institucionalista" de la relación de trabajo: a) Las ideas de Wolfgang Siebert (Alemania), Luis Legaz y Lacambra, Antonio Polo y Hernainz Márquez (España); b) Legislación; 6.—El desenvolvimiento de la teoría "socialista" de la relación de trabajo: a) Las ideas de Mario de la Cueva, Mario L. Deveali, Arthur Nikisch, Georges Levasseur, André Rouast y Paul Durand, Andrea Torrente, Rafael Caldera, Camacho Henríquez y otros; b) Legislaciones que aceptan la teoría de la relación de trabajo.

1.—Si por un instante nos representáramos al hombre en estado de naturaleza, o mejor, si se nos permitiera, el hombre en estado puro, ideal y perfecto, tal como es posible concebirlo en el pensamiento de Rousseau. Si por un momento, sin retrotraer al hombre de naturaleza a la simplicidad primitiva y salvaje, lo proyectáramos hacia el porvenir dotándolo no solo de las adquisiciones que hasta la fecha ha alcanzado la humanidad, sino las posibles que puede obtener, tendríamos un concepto, una idea y un ideal. El hombre de naturaleza, podemos decir, está formado por ese conjunto de caracteres esenciales sin los cuales no se puede concebir la humanidad, y que propiamente lo distinguen del resto de la naturaleza.

No se piense que estamos hablando de un hombre natural que vive solitario, alejado completamente de lo que representa la sociedad; el hombre natural es social, ya que el concepto de sociabilidad está implícito en el concepto de hombre, es una de sus notas definitorias.

Pues bien, en este estado de naturaleza el hombre es libre y vive con dignidad, su fuerza de trabajo se encuentra a su disposición, esto es, la naturaleza orgánica de cada hombre le permite disponer libremente de su trabajo, pero hay que hacer notar que no estamos hablando de una situación anárquica, sino que en este estado, la sociedad tiene derecho para exigir a los hombres un trabajo útil, pero sin explotarlos sino por el contrario dándoles a cambio de ese trabajo el derecho de exigir a la sociedad la seguridad de su existencia presente y futura. El hombre concebido en este estado de naturaleza, en esta estimación ideal, entra desgraciadamente en el estado social actual, no vamos a decir que el estado social sea en sí malo, inclusive diríamos todo lo contrario, lo que pasa es que al hacerlo no se atiende a los principios generales que deben regir a toda sociedad, y decimos esto, porque en el mundo actual donde vivimos reina la injusticia, la rapiña, la explotación y opresión de los más fuertes sobre los económicamente débiles. En este mundo el hombre para poder subsistir se ve en la necesidad de realizar su trabajo en beneficio de otra persona que es la que se aprovecha, obteniendo un lucro con él. Si Rousseau volviera a vivir en nuestra época y le permitieran escribir nos repetiría con mayor razón: "el hombre nace libre y en todas partes vive encadenado".

Nos dice el maestro Mario de la Cueva: "el principio base del orden jurídico, desprendido de la naturaleza humana, es la libertad del hombre, esta libertad debe asegurarse no solamente frente a los hombres sino también frente a la naturaleza, o sea, frente a las fuerzas económicas" (1), y esta es la función que se le ha encomendado al derecho del trabajo, o sea, el de ser el instrumento de los económicamente débiles, el arma que los trabajadores tienen para defenderse del Capital, de ahí el por qué se diga que nuestra disciplina es transitoria, ya que existirá mientras no pasemos a otra época en la que no se explote al hombre para enriquecer a otros, cuando el ideal socialista se haya realizado.

Se nos tratará de censurar por haber tomado como punto de partida al hombre de naturaleza que nos describe Rousseau en su obra y que vamos a criticar la teoría contractualista, pero en realidad esto no es más que una aparente contradicción, ya que una es una postura política, el "contrato social" de Juan Jacobo, que es la más bella expresión del pensamiento humano que nos enseña que todos somos libres e iguales, y que si vivimos oprimidos es por nuestra culpa y no porque la naturaleza así lo haya dispuesto; en cambio, la otra teoría contractualista, que vamos a criticar y que estamos viendo periclitarse, es la que lo contempla desde un punto de vista jurídico.

2.—La palabra contrato viene del latín "contractus", y ésta de contrato (cum y traho), venir en uno, ligarse; representa el punto en que

(1) En sus "Apuntes de teoría general del Estado".

coinciden varias personas o entidades, una expresión de la voluntad conforme de varios sobre algún asunto y en tal aspecto, una conversación (venire cum: venir en compañía, ir juntos).

Por medio del contrato, acuerdo de voluntades para crear o transmitir derechos y obligaciones, es como llegó a tener auge el sistema individualista y liberal, ya que giró alrededor de él y del principio de la autonomía de la voluntad durante todo el siglo XIX. Esto se puede apreciar sobre todo en los ordenamientos jurídicos de países latinos, donde la influencia francesa se hacía sentir, al grado que Cuche ha dicho que todos esos códigos eran "le débordement du contrat" (el desbordamiento del contrato).

El contrato ha sido el eje de los códigos civiles de tipo latino (Francia, Suiza, Italia, México y otros), llegando incluso al extremo de que la teoría del acto jurídico se redujera a la del contrato, entendido como el acto jurídico por excelencia. Así es como nuestro código civil vigente lo reglamenta, considerándolo como la principal fuente de las obligaciones (Libro Cuarto, Título Primero, capítulo primero), en vez de reglamentar al acto jurídico; esta es la causa por la cual se ve obligado a señalar que todas las disposiciones legales del contrato se aplicarán a todos los demás actos jurídicos en lo que no se oponga a su naturaleza (Art. 1859). No comprendían que estaban reglamentando a una de las especies y de que después lo hacían extensivo al género, lo más lógico y jurídico es reglamentar al acto jurídico (como lo hace el código civil alemán).

Sin embargo, hoy en día, cada vez estamos más lejos de las exclamaciones como la del historiador H. Sumner Maine, quien decía: "la sociedad actual se distingue de las anteriores principalmente por el gran lugar que ocupa el contrato en ella" (2), o como la del filósofo Fouillée, quien en su "Science sociale", profetizaba que: "históricamente, es indiscutible que el régimen contractual tiende a dominar, cada vez más, a las sociedades modernas" (3). Pero ¿a qué se debe su actual decadencia? e incluso ¿será cierto que hay que tocar ya una marcha fúnebre sobre su lápida?

La intervención del Estado es cada vez más marcada en los contratos, explicándose esto porque son los instrumentos jurídicos de que el hombre se vale para que las riquezas circulen y se distribuyan, para obtener que éstas vayan del productor al consumidor, del que las tiene o produce al que las necesita y carece de ellas; es por lo que no puede dirigirse la economía sino dirigiendo las relaciones contractuales. Sólo así el Estado pue-

(2) Op. cit., Tomo II, pág. 73.

(3) Cit. en SAVATIER, René: *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, Librairie Dalloz, París, 1948, pág. 6. El mismo Savatier critica a Fouillée, diciendo: "¡Tal es la candidez de los filósofos cuando se aventuran a profetizar! Fouillée escribía precisamente eso, en el momento mismo en que el edificio contractual, ya profundamente minado, comenzaba a presentar sus grietas".

de lograr sus finalidades económicas. Es así como vemos que el Estado dicta medidas para limitar la producción de ciertas mercancías, para determinar las cantidades en que pueden ser vendidas, para prohibir los contratos que estime nocivos para la economía general, para controlar las exportaciones e importaciones, para proteger al contratante que se halle en situación de inferioridad respecto del otro, para señalar las condiciones del precio, la forma de pago, circunstancias y demás en que pueden celebrarse determinados contratos.

Es por esto que en la doctrina se empieza a hablar, y con razón, del "contrato dirigido", expresión feliz del ex-decano de la Facultad de Lyon: Luis Josserand; otros juristas, tal es el caso de Radbruch (4), prefieren el de "contrato dictado". Términos con los cuales quieren señalar cómo ha perdido sus características principales, o sea, que ya lejos de la autonomía de la voluntad, hoy en día, para salvarlo se ven obligados a unirle un adjetivo que demuestre la reglamentación y fiscalización por los poderes públicos en su formación, ejecución y dirección.

Como dice De Buen Lozano (5): el contrato, como una figura jurídica de contenido determinado y permanente no puede, lógicamente, coexistir con soluciones que atribuyen al Estado, de un modo o de otro, la facultad de imponerse sobre lo que convinieron las partes, aun cuando invoque en su apoyo el interés social que viene a ser superior al de cada individuo.

Nos parece que es el jurista chileno Arturo Alessandri (6), quien mejor señala a qué se debe que en la actualidad exista un régimen de contrato dirigido. Esto es porque:

- a) En primer término, por el desarrollo creciente de las ideas socialistas, que dan preeminencia al interés colectivo sobre el individual.
- b) En segundo lugar, por la formación de grandes grupos económicos, como sociedades, trusts, carteles, etc., que han suprimido prácticamente la libre concurrencia y colocado a los consumidores en una inferioridad tal que, a no mediar la intervención del Estado, sucumbirían en la lucha.
- c) En tercer lugar, la impotencia manifiesta de la economía liberal para dirigir en forma adecuada la circulación y distribución de las riquezas, que se pudo apreciar, sobre todo, en la gran depresión monetaria de 1929-1930.

A esto se debe que la concepción contractualista que va unida al principio de la autonomía de la voluntad haya perdido la importancia de antes,

(4) en su: Introducción a la ciencia del. . . citi., pág. 110.

(5) en: *La decadencia del contrato*, Textos universitarios, México, 1965, pág. 237.

(6) *El contrato dirigido*, en "Anales de la Facultad de Ciencias jurídicas y sociales de la U. de Chile", Vol. VI, Nos. 21 a 24, 1940, Santiago de Chile, pág. 56.

el fenómeno del contrato dirigido no se presenta en alguna disciplina en especial, sino que lo encontramos en todo el Derecho, a pesar de todo esto, todavía existen algunos autores en nuestra época que suspiran por el contrato "liberal" (7). Se ha llegado a tal extremo que se está llegando a la formación de los mal llamados contratos de adhesión, que en realidad no son contratos sino guiones administrativos, como en la actualidad se empieza a sostener (8).

La intervención estatal determinando el contenido del contrato ha cambiado su función, hoy en día ya no tiene la importancia de antes; dicho dirigismo se manifiesta tanto en la "libertad contractual" como en la "libertad de contratar", conceptos que cada vez más están declinando.

La diferencia entre estos dos términos es —según el jurista Francesco Messineo (9)— la siguiente: mientras que el término antitético de la libertad contractual es la preparación unilateral de cláusulas, o sea, la sujeción de las partes a las normas legales imperativas; en cambio el término antitético de la libertad de contratar es sólo la obligación de contratar, esto es, la libertad de estipular o no estipular, el contrato es un acuerdo de voluntades y, por tanto, algo a lo cual uno no puede ser obligado, es "ley entre las partes", pero sólo después de que ha sido estipulado. Esto es, en otras palabras, mientras la libertad de contratar se refiere al acto mismo del acuerdo, la opción que tiene de contratar o no contratar, en cambio la libertad contractual alude a lo obligado, a la facultad de fijar el contenido, el objeto del contrato, a la creación o transmisión de derechos y obligaciones.

Respecto a la total o casi total decadencia de la "libertad contractual" no existe la menor duda, la participación de las partes para discutir y fijar el contenido del contrato es mínima. Aquí es donde el Estado interviene unas veces estableciendo dicho contenido, otras veces modificándolo, aún sin el consentimiento de las mismas partes. Este fenómeno jurídico se ha generalizado en todas las disciplinas jurídicas.

(7) Tal es el caso, entre otros, del jurista argentino Leonardo A. Colombo, quien nos dice: "... se ha llegado, sin embargo, a un extremo en que el peligro se hace notorio, porque la anulación de la libertad contractual puede conducir a efectos nefastos: inhibe el entusiasmo personal, coarta el espíritu de empresa y, lo que es peor, a la larga degenera en crisis de incalculables proporciones, de las cuales El Estado resulta el más perjudicado", y nos sigue diciendo: "tarde o temprano se comprenderá que el retorno a la libertad de contratar (SIC), con todas las secuelas que ello traerá aparejadas, es la mejor manera de contribuir a que esas asperezas disminuyan y ese bienestar se acentúe en proporciones inusitadas". **El contrato dirigido y el retorno al principio de la autonomía de la voluntad**, en "Revista Jurídica LA LEY", Edit. la Ley, tomo 45, Buenos Aires, (Enero-Marzo) 1947, págs. 824 y 825.

(8) VID. a GUTIERREZ Y GONZALEZ Ernesto: **Derecho de las Obligaciones**, 2a. ed., Edit. Cajica, Puebla, 1965, págs. 332 y sig.

(9) **Doctrina general del contrato**, trads. Fontanarrosa —Sentís Melendo— Volterra, Ed. jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1953, tomo I, págs. 18-19.

Así pasa, por ejemplo, en materia mercantil, nos señala en gran jurista español Rodrigo Urfá (10), que la realidad demuestra que en el comercio actual es más infrecuente el contrato discutido por las partes en un plano de igualdad y con la libertad absoluta para contratar o no; en derecho mercantil esa igualdad es puramente teórica, y esto es así, porque una de las partes (el empresario) ocupa una posición económica tan fuerte y privilegiada que le permite imponer su ley a los clientes. Las exigencias del tráfico mercantil no permiten la discusión minuciosa de los contratos para su adaptación a los intereses concretos y específicos que pueda tener cada uno de los contratantes, y fuerzan, por el contrario, a contratar sobre un "contrato-tipo", de contenido rígido y predeterminado, que se repite uniformemente en una interminable serie de contratos iguales, en los que desempeña la voluntad una parte apenas visible.

Donde podemos también apreciar, quizás todavía más acentuada, las limitaciones a la libertad contractual es en el campo del derecho administrativo, incluso se duda si en realidad son contratos, como nos dice André de Laubadére:

"Las razones que se podrían tener para dudar se presentan por una parte en los modos de conclusión de estos contratos que, permiten en general una redacción unilateral y previa por la administración, que parece excluir la libre determinación de las cláusulas contractuales por los contratantes; por otra parte a las reglas de ejecución de estos contratos que, permiten en manos de la administración contratante ciertos poderes exorbitantes de intervención e incluso de modificación unilateral de las estipulaciones contractuales, que parecen poner en jaque el principio según el cual el contrato es "ley entre las partes" (11).

En materia civil pasa exactamente lo mismo y con la misma intensidad. El contrato moderno —como decía Georges Ripert— aparece como

(10) **Derecho Mercantil**. Madrid, 1958, pág. 369. En este mismo sentido tenemos a Joaquín Garrigues (*Curso de Derecho Mercantil*, 3a. ed., Silverio Aguirre Torre Impresor. Madrid, 1960, tomo II, págs. 29 y 32), que nos dice: "La libertad contractual aparece hoy frecuentemente negada o disminuida en aquellos casos en que la ley impone en beneficio de alguien la celebración de un contrato o predetermina su contenido o algún elemento esencial. . . El principio liberal de la soberanía de la voluntad cede el paso a la idea del bien común. En nombre de ella se debe no sólo impedir lo que sea contrario al interés de la comunidad, sino imponer lo que ese interés exija, aunque sea a costa del sacrificio de la autonomía de lo contractual". Y es aquí, en el campo de la contratación mercantil donde ha aparecido una figura especial, de gran importancia en la vida económica actual, que se aparta de la manera habitual de formarse los contratos, nos referimos a los mal llamados contratos de adhesión. Vid a DE PINA VARA R.: **Elementos de Derecho Mercantil mexicano**, Porrúa, México, 1958, pág. 179.

(11) **Traité théorique et pratique des contrats administratifs**, Librairie générale de droit et de jurisprudence, París, 1956, tomo I, pág. 24. En el mismo sentido tenemos a nuestro jurista Gabino Fraga, quien nos dice: "Podría considerarse que las facul-

la sumisión de las partes a un conjunto de reglas legales obligatorias. Es dirigido por el legislador en su estructura como así también por vía de consecuencia. Las partes dejan de ser libres de contratar o no porque esta libertad, no es más que una apariencia de libertad, cuando se debe contratar para vivir.

Cada uno de nosotros —nos sigue diciendo— se halla obligado de entrar dentro de una fórmula contractual, fórmula rígida, impuesta por el Estado. El legislador fija por anticipado el nombre de los productos a vender, el precio y las condiciones de la venta, como así también, él fija el precio y las condiciones del transporte, del arrendamiento, del contrato de trabajo. Cada día se establecen nuevos reglamentos, debiéndose someter a ellos, se es contratante como establece la ley o no se es contratante.

“El contrato libremente consentido del código civil ha venido a ser reemplazado por una fórmula que es semi-legal y semi-contractual, en la que la declaración de la voluntad es necesaria solamente para reconocer la sumisión de las partes a las situaciones impuestas por la ley” (12).

En el año de 1965, en nuestra Facultad de Derecho, presentó el maestro Nestor De Buen Lozano una interesante tesis doctoral que tituló “La decadencia del contrato”, en ella expone algunas limitaciones a la “autonomía contractual” que señala el Estado, tales son las siguientes:

- 1) Las moratorias, o sea, aquellas medidas legislativas de alcance general, cuyo objeto es que ciertas obligaciones puedan quedar lícitamente incumplidas, sin que el deudor incurra en responsabilidad. Esto es una violación al acuerdo de las partes, dejando sin efecto algo tan trascendental para la vigencia del contrato como puede ser el momento para cumplir las obligaciones.
- 2) El plazo de gracia, que viola el principio de que no pueden modificarse unilateralmente las condiciones contractuales. Así es como, el código civil actual en su artículo 21, faculta a los jueces, en determinadas circunstancias, para conceder a los obligados un plazo para que cumplan, cuando el incumplimiento resulta de su ignorancia, y siempre que no se afecte directamente el interés público.

tades que corresponden a la administración en el contrato administrativo vienen a ser incompatibles con la naturaleza misma del contrato, pues equivalen a que la fijación de las prestaciones y el cumplimiento de las mismas queden al arbitrio de una de las partes, que en el caso es la administración, la cual, en esa forma impondría unilateralmente su voluntad” (en **Derecho Administrativo**, 9a. ed., Porrúa, México, 1962, pág. 430). También A. Serra Rojas señala que: “Desde luego el particular queda en libertad de no aceptar las condiciones del Estado, pero al aceptarlas se somete a un régimen excepcional, que primero toma en cuenta el interés público y luego el interés privado” (en **Derecho Administrativo**, 3a. ed., Ed. Manuel Porrúa, México, 1965, pág. 1035).

(12) RIPERT Georges: Le régime démocratique. . . cit., pág. 301-302.

- 3) La teoría del abuso del derecho, ya que al amparo de dicha noción el Estado puede poner trabas a la conducta de los particulares, fenómeno que también puede operar en los contratos.
- 4) La teoría de la imprevisión (cláusula "rebus sic stantibus"), que varía el contenido del contrato por una causa imprevista que modifica completamente la situación y condiciones en las cuales se contrató.
- 5) El estado de necesidad, que se toma en cuenta por el Estado y casi todo el derecho moderno, constituyendo la causa de la intervención con orientación proteccionista.
- 6) La prórroga forzosa de los contratos, que en México ha dado lugar a lo que en el argot se ha llamado "congelación de rentas" (13).

Todos estos casos excepcionales que nos cita de De Buen Lozano, no hacen otra cosa que confirmar el actual ocaso de la "libertad contractual", que es la razón principal de la existencia del contrato en el campo jurídico, esto es, el contrato considerado como la principal fuente de las obligaciones no se puede entender sino es por la creación, discusión y aprobación de sus cláusulas por los mismos contratantes; por eso es que, consecuentemente, también se hable de la decadencia del contrato.

Ahora bien, las limitaciones que impone el Estado también las tenemos en la "libertad de contratar", esto es, en aquellos casos en que se obliga a uno de los contratantes a estipular, y en este caso, ya no se puede hablar de contrato, ya que tanto etimológica como jurídicamente el contrato es, sobre todas las cosas, un acuerdo "espontáneo" de voluntades y donde no existe ese acuerdo, no puede hablarse de contrato. La doctrina ha señalado —nos indica Messineo (14)— como ejemplos sobre la obligación de contratar: a aquellos donde concurren a su formación sujetos que ejercen —por concesión de la administración pública— una actividad económica (por lo común, servicios de utilidad general) en forma de monopolio (de derecho), verbigracia: quien ejerce la industria de los transportes o de las radiodifusoras, el servicio telefónico, el de comunicaciones, el de los depósitos generales, quienes no podrían rehusarse a un pedido de formación del contrato (obligación legal del servicio) compatible con los medios ordinarios de que el mismo dispone. Estos pseudo—contratos, llamados también por la doctrina: de adhesión, los encontramos en nuestro derecho vigente; como se puede apreciar están francamente en contradicción con la institución contratual, por lo que existe una corriente, y estamos nosotros con ella, que los llama guiones administrativos, o sea, un escrito en el cual breve y ordenadamente se establecen, por el Estado, determinadas reglas para alcanzar el fin de satisfacción de las

(13) Op. cit., págs. 235 y sig.

(14) Op. cit., tomo I, pág. 6.

necesidades públicas, concurriendo en él tres sujetos: el Estado, la empresa y un particular (15).

Todas estas limitaciones ¿quieren decir que el contrato ha muerto, que asistimos al sepelio de una institución jurídica que ha permanecido incólume durante siglos? A pesar de que algunos autores empiezan a afirmarlo, nosotros no hemos llegado ni llegaremos a ese extremo, quizás nunca como ahora se realicen tantos y tan variados contratos, lo que pasa es que su función ha cambiado completamente, debiéndose principalmente a que la autonomía de la voluntad se ha reducido al mínimo. Y decimos que la función del contrato ha cambiado, porque hoy en día, tiene la de ser el instrumento que generalmente señala el momento en que se aplica todo el conjunto de normas objetivas propias del acto, o sea, cuando el estatuto jurídico cobra vigencia respecto de las partes, creándose el vínculo jurídico.

También es cierto que con este contenido el contrato ya no puede ser el eje sobre el cual debe girar el derecho, su función es secundaria, reducida a un momento histórico.

3.—Nuestra disciplina no pudo escapar de la corriente contractualista de la cual hablamos con anterioridad, ya que se quiso amoldar a la figura contractual el fenómeno laboral, y esto se debió a que —como dice León Duñit— “La mayoría de los jurisconsultos, dominados por la concepción tradicional, en lugar de ver en todos estos actos que no conoce el derecho civilista, formas jurídicas nuevas, en lugar de analizarlas como tales, han querido, a toda costa comprenderlas en el viejo cuadro estrecho del contrato” (16). Inclusive han hecho verdaderos “esfuerzos prodigiosos de sutileza escolástica” dignos de mejor causa.

Esta penetración al campo del derecho del trabajo fue con el fin de hacer girar a nuestra disciplina alrededor de la relación contractual. En un principio se quiso equiparar a alguno de los contratos conocidos, con el fracaso, se dijo que era un contrato “sui generis”, debiéndose esto a que en el contrato de trabajo la libertad contractual se ha minimizado a tal grado que puede calificarse “del menos contrato de todos los contratos” (17). Como nos dice Paul Durand: “el contenido del contrato de trabajo disminuye progresivamente. La determinación de las condiciones del trabajo no depende en mucho de la autonomía de las partes. Es obra de leyes, de decretos, de reglamentos interiores, de convenciones colectivas,

(15) VID. a GUTIERREZ Y GONZALEZ E., Op. cit.

(16) en: *Las transformaciones generales del Derecho Privado desde el código de Napoleón*, trad. Carlos G. Posada, Edit. Príncipe, Madrid, 1912, pág. 117.

(17) CABANELLAS Guillermo: *Tratado de derecho*. . . cit., tomo II, pág. 31.

incluso de usos imperativos. El cambio de consentimiento en el contrato de trabajo se limita a la simple aceptación de un estatuto" (18).

Pero no se crea que a lo largo de la historia el origen de la prestación de los servicios fue un contrato libremente discutido y en un plano de igualdad, ya que en un primer momento lo vimos configurado como un vínculo esclavista o familiar, después como una relación real por adscripción a la tierra o, en la época gremial, como un verdadero contrato de adhesión al régimen ya establecido por los estatutos de los gremios (19).

No fue sino con el régimen liberal e individualista del siglo pasado, cuando toma auge el contractualismo en nuestra materia, esto se explica porque en aquella época nuestra disciplina todavía no se había desprendido del derecho civil, debemos recordar que por la influencia romano-francesa la figura que se adoptó fue la de "locación o arrendamiento de servicios". Es muy importante señalar aquí, que el primero en romper esa vieja e injusta tradición fue nuestro código civil de 1870, en cuya exposición de motivos se puede leer:

"Sea cual fuere la esfera social en que el hombre se halle colocado, no puede ser comparado con los seres irracionales y menos aún con las cosas inanimadas, por lo que parece un atentado contra la dignidad humana llamar alquiler a la prestación de servicios personales".

Sobre la expresión "contrato de trabajo", señalaremos que fue utilizada en un principio por los economistas, pasando después al campo jurídico. En 1897, el jurista italiano Betechi denominó a su obra: "Il contratto de lavoro nella economia del diritto" (20). La mayor parte de los juristas están de acuerdo en que la primera vez que se utilizó oficialmente dichos términos fue en la Ley Belga de 10 de marzo de 1900, que lo definía diciendo que era "aquel en que un obrero se obliga a trabajar mediante remuneración, bajo la autoridad de un patrono" (21). Sin embargo, existen algunos autores que citan otros antecedentes, por ejemplo: Callejo de la Cuesta nos dice que "la ley húngara en 1884, dedicaba 184 artículos al contrato de trabajo . . ." (21). Para el jurista argentino Juan D. Pozzo los antecedentes son el Código Federal de las Obligaciones de Suiza de 1881, que lo definía en su artículo 319, señalándonos que también el código civil alemán de 1900 define al contrato de trabajo en su artículo 611 (22). Estos dos datos son equivocados ya que el código suizo

(18) DURAND Paul: *Traité de droit du*. . . cit., tomo II, pág. 207.

(19) PEREZ BOTIJA — BAYON CHACON: *Derecho del*. . . cit., pág. 274.

(20) Cit. en ORTIZ Alfredo J.: *Legislación del Trabajo*, Buenos Aires, 1939, pág. 157.

(21) en: *Derecho Social*, Librería general de Victoriano Suárez, Madrid, 1935, pág. 49.

(22) en su: *Derecho del Trabajo*, Edlar Editores, Buenos Aires, 1948, tomo I, pág. 516.

de las obligaciones de 1881 habló de "arrendamiento de servicios" (De louage de services) y no es, sino hasta una reforma en 1912 cuando se introduce la expresión contrato de trabajo (23). Por lo que se refiere al código civil alemán citado, nos habla de contrato de servicio (Dientsvertrag) y no de contrato de trabajo (Arbeitsvertrag), conceptos que son diferentes (24).

La doctrina nos cita que el segundo país en utilizar dicha expresión de contrato de trabajo fue Francia, ya que en una ley de 18 de julio de 1901 sobre el servicio militar, dispuso que los contratos de trabajo no se disolverían por esa causa. A pesar de que en su Código del trabajo, actualmente vigente, en su libro primero, título segundo, se denomina "Del contrato de trabajo", no pudo proscribirse completamente lo de "arrendamiento de servicios", ya que el capítulo segundo del citado título así se enuncia, y lo repite a lo largo de todo su articulado (25).

La denominación "contrato de trabajo" no ha sido aceptada por muchos juristas, algunos por considerarla incorrecta (26), otros porque,

- (23) Efectivamente, en aquel código de 1881, obra de Munzinger, Heusler y Fick, no habló de contrato de trabajo, ni siquiera en el intento de reformas de Eugene Huber en 1905. Así es como podemos leer en el mensaje del Consejo Federal del 3 de marzo de 1905, que comentando las citadas reformas decía que el Art. 1369, "considera como un criterio decisivo el hecho de que en el arrendamiento de servicios el trabajo es prometido por el pago de un salario para una duración determinada o indeterminada". Vid. a ROSSEL Virgile: *Manuel du droit Fédéral des obligations*, Librairie Payot, Laussane-Genève, 1920, tomo I, pág. 394-397.
- (24) El contrato de servicios (dientsvertrag) al que se dedican varios párrafos (611 al 630), es concebido con extraordinaria amplitud, puesto que pueden ser su objeto toda clase de servicios prestados mediante retribución, si bien diferenciándolo del contrato de obra (Werkvertrag), en el cual se atiende al resultado; así como al primero se atribuyen los servicios. Los mismos Hueck y Nipperdey, nos dicen que al código civil alemán le falta un concepto general del contrato de trabajo, pues solo regula diversos tipos de contrato de trabajo. Pensamos que el citado concepto que nos da ese código, es un tipo de extraordinaria generalidad porque se pueden comprender clases de contratos que no pueden quedar comprendidos dentro del contrato de trabajo; por otra parte, no puede hacerse una división tajante con el contrato de obra, ya que algunos de ellos corresponden al derecho del trabajo y no al civil.
- (25) Fueron tantas y muy variadas las reformas que sufrió el Código de Napoleón de 1804 en su parte relativa al trabajo, que fue necesaria una codificación de todas esas disposiciones. Dicha labor empezó en 1910 con el Libro Primero (De las convenciones relativas al trabajo), siguió en 1912 con el Libro Segundo (De la reglamentación del trabajo), en 1924 se hizo el Libro Cuarto (De la jurisdicción, De la conciliación y arbitraje, De la representación profesional), y por último en 1927: el libro tercero (De los grupos profesionales). Todas estas disposiciones formaron el actual "Código del trabajo", al cual se le han hecho diversas modificaciones y se le han agregado diversas leyes complementarias. Vid a DROUILLAT René et ARAGON Georges: *CODE DU TRAVAIL* annoté, L. Recueil Sirey, París, 1950.
- (26) Según los maestros Planiol y Ripert: "Se ha puesto de manifiesto que como el trabajo puede ser objeto de diversos contratos de naturaleza varia, el término usado

nos dicen, es un término que cumplió un momento histórico, pero que hoy día, necesita modificarse por uno como el de "contratos de actividad" (27) o como el de "contrato de asunción" (28).

Sobre este punto, somos de la opinión de que no importa la terminología si se está de acuerdo sobre el objeto de conocimiento, además se ha impuesto y generalizado. Respecto al cambio de denominación que propone Deveali, lo aceptaríamos si consideráramos que también el trabajo autónomo forma parte y es regulado por nuestra disciplina, pero ya expusimos, en otro lugar, nuestra posición en contra. Pensamos que quizá llegará a utilizarse, en un futuro más o menos cercano, en el campo de la Seguridad Social, entendiéndola como una rama autónoma del derecho del trabajo. Sobre el término contrato de asunción, sólo nos viene a corroborar algo sobre lo que hemos estado haciendo hincapié, la decadencia del contrato.

carece de precisión, como sucedería con la frase "contrato de casa" aplicable al arrendamiento de finca urbana, sería más claro decir arrendamiento de trabajo, a fin de señalar claramente la naturaleza específica de ese convenio; evitando confundirlo con la empresa, la sociedad o la prestación gratuita de trabajo" (en: *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*, trad. Mario Díaz, Ed. Cultural, S. A., Habana Cuba, 1940, Tomo XI, pág. 5). Por su parte el maestro uruguayo Francisco de Ferrari señala: "se ha dicho que el trabajo humano, como, por ejemplo, los inmuebles, pueden dar lugar a numerosas formas de la especulación contractual, un inmueble puede ser objeto de una venta; de un gravamen real, de un arrendamiento. Lo mismo ocurre con el contrato de sociedad, de transporte, de mandato, etc. Parece, en consecuencia, técnicamente impropia la denominación llegada de contrato de trabajo como merecía la misma crítica llamar contrato de inmuebles, por ejemplo, el contrato de hipoteca" (en: *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Biblioteca, de publicaciones oficiales de la F. de Derecho, Montevideo, 1962, tomo II, pág. 85).

- (27) Así es como nos dice Mario Levi Deveali: "el concepto de contrato de trabajo nació como un esquema, creado por la doctrina, con el propósito de agrupar algunos tipos de contratos que presentaban algunas características comunes, en consideración de las cuales se habían dictado, en la mayoría de los países una regulación legislativa especial. Puesto que tal regulación ha sido extendida, en sus manifestaciones típicas a otras figuras numerosas contractuales, en que no existen tales características, el esquema aludido no sirve más para indicar una figura contractual especial. . . parece más simple y más adherido a la realidad, sustituir el concepto de contrato de trabajo por el de "contratos de trabajo" o "contratos actividad", utilizando estas denominaciones para indicar todo un grupo de contratos autónomos, de configuración tradicional o reciente, que tienen en común el hecho de poseer como contenido la actividad humana" (*El contrato de trabajo y la trayectoria de la legislación social*, en "Revista de Derecho del Trabajo", Buenos Aires, 1950, pág. 321; Vid. también sus: *Lineamientos de Derecho*. . . cit., pág. 182).
- (28) Se ha dicho, por la doctrina italiana, que como el trabajador se adhiere simplemente a condiciones ya previstas y perfectamente establecidas con anterioridad y sin su participación, por lo que se debe hablar de un "contrato de asunción" (contratto di assunzione), queriendo significar con ello que toda discusión sobre los términos del contrato queda reducido al simple acto de insertarse o enrolarse el empleado, o el obrero en el organismo de la empresa (Vid. a BARASSI L, *Diritto del lavoro*, Tomo II, pág. 89 y 112) Cit. por RAMÍREZ GRONDA Juan, *El contrato de trabajo*, Edit. La Ley, Buenos Aires, 1945, pág. 162).

1 La figura del contrato, de extracción netamente civilista, no pudo solucionar todos los problemas y las situaciones a que fue dando origen nuestra disciplina, mostrando su impotencia ante el fenómeno y esencia del trabajo tuvo necesariamente que ser reemplazado, no suprimido, por la teoría "de la relación de trabajo".

4.—La figura del contrato de trabajo como institución jurídica de derecho social, pretendiendo alejarla del campo iusprivatista y considerándola como el eje del derecho individual del trabajo, no convenció a los juristas que se habían dado cuenta de la verdadera naturaleza de nuestra disciplina, es por lo que en el año de 1922 toma forma una nueva teoría, propia del derecho del trabajo, que va a ser la que lo separe completamente del derecho civil y que le va a confirmar su autonomía, nos referimos a la teoría de la relación de trabajo. Aquí podemos traer a colación las palabras del maestro De la Cueva, en el sentido de que: "El nacimiento del derecho del trabajo debe referirse al momento en el cual el orden jurídico y el Estado reconocen que el régimen del contrato de trabajo, como un contrato de derecho civil y señaladamente como una de las formas del contrato de arrendamiento es injusto" (29).

El profesor de la Universidad de Nancy: Paul Durand (30), nos señala que la teoría de la relación de trabajo ha tenido el mérito de haber fuertemente insistido sobre la actual decadencia del contrato. El lugar tenue, para este contrato en los establecimientos industriales, es en efecto, sin cesar más restringido. Y esto se debe —nos sigue diciendo— a que:

- 1) El contenido del contrato de trabajo se restringe progresivamente. La determinación de las condiciones de trabajo no depende ya de la autonomía de las partes, sino que es obra de la ley, de los decretos, de los reglamentos interiores, de las convenciones colectivas, a veces incluso de empleos impuestos. El acuerdo de voluntades en el contrato de trabajo se reduce a la simple aceptación de un estatuto.
- 2) Las reglas aplicables a las relaciones de trabajo, difieren cada vez más profundamente de las que gobiernan el derecho común de los contratos.
- 3) Un cierto número de reglas de derecho del trabajo no se refieren al contrato de trabajo, sino a la prestación del trabajo cualesquiera que sea la causa en virtud de la cual se haya originado dicho trabajo. La redacción del código del trabajo es, sobre este punto, significativa en su reglamentación, se aplica no a los trabajadores que hayan celebrado un contrato de trabajo, sino a los adolescentes y a las mujeres empleadas en las fábricas, a los empleados y trabajadores ocupados

(29) DE LA CUEVA Marlo: Derecho mexicano del. . . cit., Tomo I, pág. 266.

(30) DURAND Paul— VITU André: *Traité de droit du.* . . cit., tomo II, págs. 207-209.

en los establecimientos, o a los niños que hayan sido admitidos, a los obreros llamados a trabajar en los pozos, etc.

- 4) La ruptura del contrato de trabajo con el derecho común de los contratos está tan adelantada que la validez del contrato de trabajo no es ya considerada como una condición necesaria para la aplicación del derecho del trabajo. Una larga controversia se está realizando con relación a la indemnización del trabajador víctima de un accidente de trabajo, seguros sociales; en cuanto a las disposiciones sobre la reglamentación del trabajo: edad de admisión de menores, higiene y seguridad de los establecimientos, duración del trabajo, su vigencia no proviene de un contrato, son reglas de policía, que la ley prescribe imperativamente. Por su origen como por su fin ellas deben ser aplicadas a todas las personas, independientemente de la validez del contrato.
- 5) También concuerdan en que el derecho del trabajo se aplica a las situaciones extra-contractuales que el Estado crea por medio de su autoridad y especialmente en las requisiciones civiles. El personal requisado está en la misma situación que el personal asalariado. La diferencia de origen, o sea, por el **reclutamiento** no corresponde una diferencia de situación jurídica. "Esta es la prueba más completa de nuestra proposición inicial (la relación de trabajo), ya que el edificio de las relaciones de trabajo permanece inmutable aunque se le haya retirado el fundamento tradicional del contrato de trabajo".

El pensamiento jurídico es universal, cada uno de los pueblos contribuye en parte a su formación. Así como el pueblo mexicano ha aportado la institución del amparo y el derecho social como decisión política fundamental; al pueblo alemán le debemos, entre otras cosas, la creación del seguro social y la teoría de la relación de trabajo.

La palabra relación significa correspondencia o conexión entre dos cosas o dos personas e implica un vínculo entre ellas que representa enlace y posición. La teoría de la relación de trabajo señala que es el ligamen, el vínculo que une al trabajador con su patrono por la prestación del servicio, el que viene a ser el objeto de la regulación del derecho del trabajo, cualesquiera que haya sido el acto que le dio nacimiento.

Como se puede apreciar es una teoría completamente alejada de la concepción civilista y liberal que giraba alrededor de la concepción contractualista y su reglamentación. Pero antes de profundizar y ver el desenvolvimiento de la teoría de la relación de trabajo, tenemos que contestar las siguientes interrogantes: ¿cuándo surgió dicha teoría? y ¿en qué ambiente se gestó?

Debemos destacar esto, porque existen algunas afirmaciones "superficiales" y sin ningún fundamento que la han calificado de teoría nazi y

fascista (31), diciéndonos que sólo es posible concebirla y justificarla en sistemas de esa naturaleza, ¡qué equivocados están! Y porque otros (32), se limitan a criticar la teoría institucional o comunitaria de los sistemas totalitarios, confundiéndola con la verdadera teoría relacionista, que no conocen.

A pesar de que se han señalado algunos intentos anteriores, como el de Otto von Gierke, quien ya apuntaba levemente la idea de que si la relación de trabajo sería en realidad o no una situación de contrato, que viene a ser el punto de donde se iniciará una controversia que ocupará durante largos años al laborismo alemán, y esto se debió sobre todo a la influencia que tenía la figura contractualista en el derecho alemán, gracias a los dos tomos sobre el contrato de trabajo que publicó Felipe Lotmar entre 1902-1906 ("Der arbeitsvertrag nach dem privats recht des deutschen reichs").

El que se ha considerado como el primer sistematizador de la teoría de la relación de trabajo es **Heinz Potthof**, seguidor de Gierke, quien publicó un artículo de revista que tituló: "¿La relación de trabajo es una relación de deuda?" (Ist das arbeitsverhaeltnis ein schuldverhaeltnis), en la *Revista Arbeitsrecht* en el año de 1922, o sea, a sólo tres años de haberse promulgado la constitución de Weimar, que es una de las más bellas expresiones de la democracia social, del pensamiento socialista que flotaba en aquellos tiempo, basta leer algunos de sus artículos, como los siguientes, para darse cuenta de ello:

Art. 157.—"El trabajo está colocado bajo la protección particular del Estado. El Estado creará un derecho unitario del trabajo.

Art. 162.—El Estado procurará la implantación de una reglamentación internacional del trabajo que garantice a la clase obrera de todo el mundo un mínimo de derechos sociales.

Art. 163.—Todo alemán tiene, hecha reserva de su libertad personal, la obligación de emplear su fuerza intelectual y material de trabajo en la forma en que lo exige el bienestar colectivo. A todo alemán debe darse la oportunidad de que adquiera mediante su trabajo, lo necesario para su subsistencia. Faltando esa oportunidad, deberá proveerse a su subsistencia, la ley reglamentará los detalles particulares" (33).

(31) VID. a TRUEBA URBINA— TRUEBA BARRERA: *Ley Federal del . . . cit.*, sus comentarios al art. 121; SANCHEZ ALVARADO Alfredo: *Instituciones de Derecho Mexicano del Trabajo*, México, 1967, T.I., V.I., pág. 328 y sig.

(32) VID. a GARCIA OVIEDO C.: *Tratado elemental. . . cit.*, pág. 95 y sig.; MARTIN BLANCO J., *Op. cit.*, pág. 177 y sig., GARCIA DE HARO Ramón: *La posición jurídica del trabajador subordinado*, ed. Rialp, Madrid, 1963, pág. 79 y sig.; y otros más.

(33) Cit. en DE LA CUEVA M.: *Derecho mexicano del. . . cit.* tomo I, pág. 49.

Con estas disposiciones, y con otras muchas que podríamos citar, se puede apreciar cómo no era posible concebir ningún sistema de opresión, todo lo contrario, era uno de los pensamientos jurídicos más avanzados en el campo social de aquella época. Esto es desde un punto de vista jurídico, ahora bien, desde un punto de vista económico, la situación que existía en Alemania era muy grave, a pocos años de su derrota en la I Guerra Mundial su posición era desesperada: se había devaluado la moneda, existía la miseria, la pobreza, escasez de alimentos y de empleos, etc. En este estado de cosas, los trabajadores necesitaban la máxima protección, ya que tenían que ofrecer sus servicios por un pedazo de pan, esto fue principalmente lo que motivó el auge del pensamiento socialista, principalmente del socialismo científico (marxismo). En estas condiciones surge la teoría de la relación de trabajo.

La teoría de Heinz Potthof (34), la podemos resumir de la siguiente manera:

- I.—No se puede reducir el conjunto de las relaciones de trabajo que ligan al trabajador y a su empresario a una relación obligatoria de cambio, de comercio, de origen contractual y sobre bienes patrimoniales; antes bien, se trata de una relación personal de servicios, por la que se compromete el mismo trabajador.
- II.—Los miembros de la empresa forman una asociación de trabajo (Arbeitsverband), de la cual las partes son inseparables los unos de los otros y sacan valor de su unión:
 - a) Sus primeros deberes y derechos son los de fidelidad, subordinación, asistencia, o sea, relaciones de carácter personal (que ligan no sólo al empresario, sino a sus compañeros de trabajo).
 - b) Su situación se rige en grado mínimo por las reglas del contrato; en forma fundamental y substancial preponderan las del estatuto de ella. La empresa forma un conjunto orgánico, sometido a un estatuto según el derecho del trabajo.
 - c) La situación del trabajador en la empresa comprende múltiples derechos y deberes, entre los que se encuentran: seguros sociales, los convenios colectivos, la representación del personal en la empresa, que junto con los deberes personales antes enunciados y los clásicos de carácter patrimonial (salarios, etc.), forman el contenido de la relación de trabajo.

Con esto quiere decir, en otras palabras, que no estamos en presen-

(34) Cfr. a DURAND Paul: *Traité de droit du . . .* cit., tomo II, pág. 202; GARCÍA DE HARO Rí., *Op. cit.*, pág. 62 y sig.; BAYON CHACON Gaspar: *Grandeza, crisis y renacimiento del laboralismo alemán*, (tiro especial sacado de la Rev. de la Fac. de Derecho de la U. de Madrid, Vol. I, Núm. 1) Madrid, 1957, págs. 21 y sig.

cia de una relación de cambio, sino de una "relación jurídico social de organización" (socialrechtlichen Organisationsverhältnissen).

III.—El estatuto de la empresa, nos dice Potthof, rige a todos los que se hayan incorporado a ella, aun en el caso de que no existiera contrato o fuera nulo. Sin embargo, lo normal es que, en el momento de establecerse la relación de trabajo, se concluya un contrato de derecho privado, sin el cual no surge el derecho al salario, sino a lo sumo, una pretensión de indemnización; esto no obsta para que las más importantes normas de derecho del trabajo se apliquen "aún si el contrato no ha sido realizado, o si ese contrato es nulo, o no sea posible concluir contrato válido alguno. La relación de trabajo que existe de hecho es tomada por la reglamentación social sin consideración a su forma contractual".

IV.—En resumen, el derecho del trabajo no es ya el derecho regulador del contrato de trabajo, sino el que rige "los vínculos obligacionales que nacen de la relación de trabajo".

En el año de 1923, se brindó a Potthof la ocasión de afirmar sus ideas, ya que fue llamado a redactar un proyecto de Ley sobre el contrato de trabajo. En la exposición de motivos de dicho proyecto, se dice: "El proyecto regula los vínculos de obligación que resultan de un contrato de trabajo. Mas está claro que existen numerosas relaciones de trabajo, que no tienen por fundamento un contrato de trabajo . . . Así, el proyecto no regula solamente el contrato de trabajo, sino, más generalmente los vínculos de obligación que nacen de una relación de trabajo" (35). Este proyecto en eso se quedó, pero es importante, porque fue el primer intento de consolidar en el derecho positivo la nueva teoría.

Con las ideas de Potthof se abrió la brecha para la futura discusión en la doctrina, inclinándose cada vez más en ver que la entrada del trabajador al círculo de la empresa hace nacer relaciones humanas, que no pueden estar sometidas a las reglas establecidas en los contratos patrimoniales.

Otro de los grandes expositores, y quizás uno de los más importantes, fue el antiguo profesor de la Universidad de Marburgo: **Erich Molitor**, quien publicó su obra: "El obrero y la empresa" (Arbeitnehmer und Betrieb) en el año de 1929. La interesante exposición de Molitor (36), la podemos resumir de la siguiente manera:

I.—La situación del trabajador de la empresa presenta una doble forma:

(35) Cit. en DURAND Paul: *Traité de droit du . . . cit.*, tomo II, pág. 203.

(36) Cfr. DE LA CUEVA Mario: *Derecho mexicano del . . . cit.*, tomo I, págs. 454 y sig.; GARCIA DE HARO R., *Op. cit.*, pág. 66.

- a) de una parte, los vínculos obligacionales, que nacen de un contrato y que cesan con su extinción (como la prestación de carácter patrimonial: pago de un salario);
- b) por otra parte, las relaciones de pertenencia al establecimiento (Betriebsgehörigkeit), que es una relación de hecho y que entraña primordialmente efectos de derecho público: la relación de ocupación (Beschaeftigungsverhaeltnis). Esta relación nace por la incorporación a la empresa (Einordnung in den Betrieb) y desaparece al desvanecerse aquella.

Esto es, existe una especie de coexistencia de la relación jurídica obligacional de naturaleza contractual con la relación de hecho de pertenencia al establecimiento. Entre ambas acogerían la total posición del trabajador en la empresa;

II.—Sobre el elemento subordinación, que es una de las características principales que toma en cuenta el derecho del trabajo para la aplicación de sus normas a la actividad humana, nos dice:

“La subordinación del trabajador al patrono, elemento característico del contrato individual de trabajo, cualquiera que sea el concepto que se tenga de ella, no puede derivar de la simple obligación de cumplir el contrato, sino que sólo se realiza, esto es, existe, a través del cumplimiento mismo de la obligación, o sea, cuando el trabajador queda enrolado en la empresa del patrono” (37).

Molitor se fijó en uno de los efectos de la relación de trabajo, en el párrafo transcrito señala que no puede nacer la situación general de subordinación por el simple acuerdo de voluntades sobre el servicio que debe prestarse. El deber de obediencia y la facultad de mandar surge cuando se inicia el servicio.

La teoría de Molitor es muy importante, ya que sería el modelo que habrían de seguir mucho autores modernos.

Otro jurista alemán que también fue de los primeros que sustentó la teoría de la relación de trabajo fue: Hugo Sinzheimer, sobre todo en su obra: “Lineamientos generales del derecho del trabajo” (Grundzüge des Arbeitsrechts), aparecida en 1927, y en la cual sostenía:

“La relación de trabajo no puede ser identificada con el contrato de trabajo por ser una relación jurídicamente autónoma que excede la relación contractual. Puede ser firmado un contrato de trabajo nulo por cualquier motivo y sin embargo, existir la ocupación del emplea-

(37) Cit. en DE LA CUEVA Mario: Derecho mexicano. . . cit., tomo I, pág. 455.

do. Esta ocupación es una relación de trabajo y no importa que su motivo sea un contrato de trabajo nulo" (38).

Para Sinzheimer, uno de los elementos esenciales de la relación de trabajo es el "poder jurídico" (Gewaltrecht), que asiste al patrono. Existe una "relación de poder" (Gewaltsverhaeltnis), una relación de autoridad patronal, en virtud de la cual el empleado se somete al poder del patrono. Esta "relación de poder patronal" que consiste en el derecho de mando, no depende de un contrato de trabajo o de cualquier otro acto jurídico; pues existe aún en el caso de que sea nulo el contrato de trabajo. Basta que el patrono, de hecho, ejerza su derecho de dirección para que se produzcan efectos en el derecho del trabajo, puesto que, en todo caso, la relación de poder es una relación jurídica. Sinzheimer finaliza apuntando que: "la prueba de eso está en el hecho de que sí vincula la relación de poder, ya que aún sin fundamento legal, produce efectos jurídicos" (39).

Si bien hemos sostenido que el origen de la teoría y su terminología son alemanas, no podemos dejar de citar la aportación francesa con la teoría del jurista Georges Scelle, sustentada en su obra: "El derecho obrero" —publicada en 1922, o sea, el mismo año en que Potthof publicara su teoría—, las importantes ideas de este antiguo profesor de la Universidad de Dijón (40), que ubicamos completamente dentro de la teoría de la relación de trabajo, se pueden exponer de la siguiente manera:

I.—El acto originario esencial que es la base de todas las situaciones jurídicas laborales es EL ENGANCHE (L'embauchage), por medio de él el individuo se convierte en asalariado u obrero. Este enganche, nos sigue diciendo, será además la condición de la utilización de todos los poderes legales que las leyes obreras organizan para la protección del salario, de la salud, del descanso . . . "el enganche es el acto condición originario" (41).

II.—El acto condición no quiere decir acto contractual, o por lo mismo, los dos términos no son equivalentes, aunque pueda ser que el enganche sea total o parcialmente contractual. O sea, no se niega que algunas condiciones se puedan determinar por el contrato, sobre todo cuando se discute por los dos (pequeña industria, el comercio, las profesiones liberales, los domésticos).

(38) Cit. en FELIX GOTTSCHALK Egon: *Norma pública e privada no direito do trabalho*, Livraria Academia, Sao Paulo, 1944, pág. 206.

(39) *Ibidem*.

(40) *Le droit ouvrier*, Librairie Armand Colin, París, 1922, págs. 109 y sig. La mayor parte de la doctrina, sobre todo Barassi y Cesarino Junior, citan también como sostenedor de la teoría de la relación de trabajo en Francia a: CUCHE Paul, en la obra *La cité moderne et les transformations du droit*, París, 1925.

(41) *Ibidem*, pág. 109.

III.—Sin embargo, las situaciones contractuales o subjetivas son cada vez más raras, y esto es porque:

“El obrero es dominado por un verdadero “estatuto” cada vez más minuciosamente elaborado por la ley, los reglamentos y por el contrato colectivo de trabajo. El hecho del enganche, por lo regular, tiene por efecto desencadenar sobre la cabeza del obrero la aplicación de este estatuto, es decir, colocar en una situación que no tendrá nada de subjetiva o individual, ya que esta situación será la misma para todos los obreros de la misma fábrica y de la misma profesión . . . La situación en la cual se encontrara será totalmente o en gran parte objetiva, o si se quiere, legal y reglamentaria. Ella no tendrá el carácter contractual o subjetivo más que en la medida y sobre los puntos en que haya sido objeto de una discusión individual” (42).

IV.—En resumen, se debe criticar el uso obstinado que por tradición se hace de contrato de trabajo, queriendo comprender en él: el enganche y las relaciones jurídicas entre la empresa y la mano de obra.

Uno de los autores que ha criticado esta teoría es Rafael Bielza, quien señala que al considerar al enganche como un “acto condición”, se da al consentimiento el valor de condición del nacimiento del contrato. Más, según los principios generales, la condición se refiere a la existencia o resoluciones del acto, y no al acuerdo de voluntades para formar la relación obligatoria (43).

A pesar de todas las críticas que se les pudiera hacer a estas primeras manifestaciones de la teoría de la relación de trabajo, fueron las que pusieron las bases sobre las cuales se iría a construir la teoría moderna, pero antes de señalar a los autores modernos que la precisaron y le dieron mayor consistencia, debemos señalar la disgresión que sufrió principalmente con el régimen nazi, nos estamos refiriendo a aquella postura que tiene su mejor exponente en Wolfgang Siebert, esta corriente que es una hija espuria de la nuestra, a pesar de que utiliza nuestra denominación de “relación de trabajo”, de ahí muchas confusiones, pensamos que sería más idóneo llamarla “relación comunitaria” o mejor, “teoría institucionalista” de la relación de trabajo.

5.—A la corriente que vamos a estudiar, que hemos denominado “comunitaria” o “institucionalista”, le podemos señalar las siguientes características generales:

a) La empresa es considerada como una sociedad profesional, a la que pertenecen los trabajadores, los cuales están sometidos a la ley de

(42) Ibidem, pág. 110.

(43) Cit. en CESARINO JUNIOR Antonio F.: *Direito social brasileiro*. . . cit., Tomo II pág. 152.

esta sociedad como los ciudadanos lo están a las leyes del Estado, porque son miembros de la comunidad en cuya vida participan.

- b) Prescinde completamente de la figura del contrato, considerando a la relación de trabajo con vida autónoma y caracteres determinados, que se manifiestan en el momento de la incorporación.
- c) Descansa no en la idea directa de protección al trabajador, sino en la tutela de la institución empresarial, procurando que alcance los fines que persigue, tanto en su aspecto técnico y económico como para cumplir con el deber de servicio a la economía nacional y a la patria.
- c) Trata de sustituir, no solucionar, la lucha de clases por una supuesta unidad subordinada al fin del Estado.
- d) La idea y fin que la sostiene es totalmente político, careciendo por completo de contenido social.

En efecto, lo fundamental en esta teoría no es el cómo sino el hecho de que el trabajador quede integrado dentro de la empresa, y esto se debió principalmente a que siguiendo la corriente nacionalista de: "retorno al derecho germano contra el derecho romano", tomó como modelo la denominada relación de servicio fiel (treudienstverhaeltniss) ya utilizada hace años, para la explicación de ciertas relaciones de trabajo. Se argumentó que el derecho germánico ofrece, con relación al romano, que no toma como modelo a la esclavitud, sino que en derecho del trabajo sirve de tipo un contrato creador de relaciones personales (el treudienstvertrag), que en los primeros tiempos se celebraba entre el caudillo y su séquito, en el cual, el hombre sin renunciar a su personalidad, ofrece su servicio, y recibe a cambio el derecho a que el Señor lo proteja y represente. Así surge, una relación análoga a la familiar, dominada por el principio de fidelidad mutua, derivando de ella sus respectivas obligaciones, incluyendo la del servicio (44).

Hemos dicho que el principal y más brillante expositor de esta teoría fue Wolfgang Siebert, quien escribió su obra (45) en el año de 1935, en la cual expone su pensamiento y que hemos resumido de la siguiente manera (46):

- 1) El fundamento de la ordenación nacional-socialista del trabajo es la comunidad de explotación. Esta comunidad de explotación es una co-

(44) Vid. a DE BUEN Demófilo: Aspectos de la moderna dogmática de la relación de trabajo, en "Revista Jurídica Jus", No. 36, México, Julio 1941, pág. 20.

(45) "La relación de trabajo en el ordenamiento del trabajo nacional" (Das Arbeitverhaeltnis in der Ordnung der nationalen Arbeit).

(46) Cfn: BLANCO José Martín: El contrato de trabajo, Ed. Rev. de Derecho privado, Madrid, 1957, págs. 153 y sig.; GARCIA DE HARO R., Op. cit., págs. 67 y sig.; BAYON CHACON G.: Grandeza, crisis y . . . cit., págs. 38 y sig.

unidad de vida total, fundamentada en la comunidad del pueblo nacional-socialista y en el honor de los nacionales trabajadores, los cuales tienen derechos y deberes dentro de dicha comunidad basados en el deber de fidelidad (Treuepflicht).

- 2) Considera a la relación de trabajo como una relación personal de pertenencia del trabajador a la comunidad de establecimiento (unidad técnica de producción).
- 3) Esta relación tiene un carácter unitario, esto es, no nace en parte del contrato y en parte del estatuto (Potthof), sino exclusivamente de la incorporación a dicha comunidad (eingliederung in die Betriebsgemeinschaft). La posición jurídica del miembro en el establecimiento es una, siendo unitario por tanto, el conjunto de derechos y deberes, en que consiste el contenido de su situación en la comunidad.
- 4) El régimen de la relación resulta del estatuto, del ordenamiento (Ordnung) de la comunidad, del cual la relación de trabajo no es sino el aspecto interno, aplicándose aún en circunstancias en que el contrato sería nulo.
- 5) Comunidad de explotación y relación de trabajo no pueden considerarse como términos contradictorios, ya que ésta se integra en aquella, de la que recibe su esencia y contenido.
- 6) El deber de trabajo no nace con el contrato que crea una obligación jurídica especial, sino de la situación dentro de la comunidad laboral, aspecto de la nacional, ya que el trabajador no deja de ser un ciudadano. La empresa no es una parte del contrato sino una comunidad total con un jefe y un séquito, cuya norma jurídica es como un derecho de familia.

Esta teoría de Siebert tuvo una gran influencia no sólo en la Alemania nacional-socialista (con Hentschel, Herchel, Mansfeld, Lehmann y otros), sino también fuera de ella, tal fue el caso de la España franquista, en la que tuvo un desarrollo inusitado.

Entre los más entusiastas españoles seguidores de Siebert, tenemos a: Luis Legaz y Lacambra, Antonio Polo Diez, Miguel Hernalnz Márquez y otros más. Debemos citar, aunque no los consideremos formando parte de esta postura institucionalista a: Demófilo De Buen (47) y Alfonso Madrid

(47) Así, después de exponer las teorías contractualistas y la de la relación institucional, nos señala cuáles son sus ideas: "No basta el acatamiento de la palabra dada para justificar el deber de obediencia del trabajador al dador de trabajo. La personalidad está fuera del comercio y, por lo tanto, lo están sus atributos esenciales. . . De ahí que la nueva corriente la aparte de su origen contractual, limitándose con ello a recoger los resultados del moderno intervencionismo. Los efectos de la relación de trabajo nacen ex lege; o bien, como sustitutivos de la ley, de los pactos sindicales o 'as ordenanzas corporativas. El contrato determina solo la ocasión de que tales efectos se produzcan. Tampoco el con-

(48), ya que fueron solamente los propagadores de la teoría de la relación en España. Los dos tienen el mérito de haberse dado cuenta de la decadencia del contrato y de haber señalado el carácter personal de las relaciones que se establecen en el trabajo, sin que ninguno de los dos llegara a hablar de la preponderancia para el derecho del trabajo de la institución empresa, en lugar de proteger a el hombre que trabaja.

El primero en hacerse eco en España de esta corriente institucionalista fue el profesor de la Universidad de Santiago de Compostela: Luis Legaz y Lacambra, quien nos dice en sus "Lecciones de Política Social", que la empresa es una comunidad total que abarca incluso el orden de los particulares contratos de trabajo, que en realidad no son tales contratos sino "nexos jurídicos personales", basados directamente en el vínculo de comunidad, y que no reclaman la existencia de sujetos y objetos de Derecho, ni producen efectos jurídicos nuevos, porque no son más que una actuación y actualización del ordenamiento de la comunidad. "El trabajo pertenece a una esfera de la vida humana en la que no tienen validez las relaciones contractuales, sino las vinculaciones de comunidad. El empresario y el trabajador no son dos sujetos de derecho con intereses contrapuestos sobre un mismo objeto, que sería el trabajo, sino dos miembros orgánicamente solidarios de una comunidad de empresa, en cuya base hay un ordenamiento que es el que crea —y no la pretendida relación contractual— los derechos y deberes recíprocos. El trabajo no es un objeto jurídico... sino una proyección total de la personalidad que, lejos de ser objeto de la relación, la constituye y domina por entero" (49).

trato debe ser asimilado a los contratos obligacionales, productores de efectos de carácter patrimonial. Debe orientarse hacia el tipo de contratos de naturaleza personal, como la adopción, los esposales y el matrimonio". DE BUEN Demófilo, *Aspectos de la moderna dogmática*. . . cit., pág. 22.

- (48) Este autor critica al contrato de trabajo, haciendo hincapié en la "relación de trabajo": sin embargo algunos de sus conceptos ayudaron a crear la teoría institucionalista: "... tanto para la satisfacción de necesidades como para la realización de aspiraciones, el trabajo es siempre actividad necesaria, más como su esencia verdadera y única es 'necesidad' y no 'aspiración' la relación de trabajo, será también principio de derecho natural, obligado, ineludible, indefectible, consiguientemente ajeno a la libre determinación, no dependiente de la libertad, sino imponiéndose a ella, en cuya relación no cabe más que una supeditación o dependencia de quien trabaja, ante la necesidad de trabajar que se cumple en un estado de civilización por el intermedio de otros hombres que dan trabajo. . . No cabe, pues que el hombre discierna y decida si ha de trabajar o no, indefectiblemente ha de trabajar. No hay, declaración de voluntad, no cabe libre determinación. La naturaleza impone esta obligación y el hombre ha de cumplirla. Precepto de derecho natural no puede ser desnaturalizado atribuyendo a la relación de trabajo naturaleza exclusiva racional, convencional, contractual", MADRID Alfonso: *Derecho Laboral Español*, Ed. Victoriano Suárez, Madrid, 1936, pág. 225-226.
- (49) PEREZ BOTIJA Eugenio: *El profesor Legaz y el Derecho del Trabajo*, en "Estudios jurídico-sociales (Homenaje al profesor Luis Legaz y Lacambra)", Universidad de Santiago de Compostela, 1960, Tomo I, pág. 149-150.

Señala que nunca se podrá contratar el fiel servicio y la lealtad, que son cualidades morales, la persona no puede contratar su persona.

Ha sido el antiguo profesor de la Universidad de Barcelona, Antonio Polo Diez el principal expositor en España de la teoría institucionalista de la relación de trabajo. En su obra: "Del contrato a la relación de trabajo", aparecida en 1941, apoya sus ideas en un doble presupuesto: el de jerarquía y de comunidad —jerarquía de empresa y comunidad de explotación— y sobre ellos formula la mejor definición de la relación de trabajo desde el punto de vista institucional, esta es la siguiente:

"... es una relación duradera y permanente, de carácter eminentemente personal, establecida a base de lealtad y confianza recíproca, que une a todos los colaboradores de la empresa en una comunidad de intereses y fines, sintiéndose todos solidarios de una obra común de interés nacional y colectivo" (50).

Al estudiar Polo el problema del nacimiento de la citada relación de trabajo, dice, es necesario buscar "un acto o un hecho jurídico que pueda servir de fundamento a la incorporación de una persona a la comunidad de explotación"; el título de acceso a esta comunidad no puede ser el contrato, el nacimiento de esta relación de trabajo no puede ser sino en función de "un acto de sumisión o sometimiento jurídico-personal a la comunidad de explotación". El ingreso del trabajador en la empresa origina para éste la vinculación con la misma, a la que debe lealtad en todos sus actos. La teoría de este autor tiene como finalidad llevar "hacia la hermandad de las clases por la relación de trabajo".

Siguiendo estas ideas tenemos también al jurista Miguel Hernáinz Márquez quien después de realizar un estudio, nos da los principios fundamentales que inspiran el concepto autónomo de la relación de trabajo (51):

- 1) La comunidad de empresa y jerarquización, por ellos los elementos de la producción se funden en un interés común y plenamente coincidente: el interés de la empresa, cuya comunidad y dirección es de una realidad evidente, que a su vez se subordina al supremo interés nacional.
- 2) El tránsito del trabajo, de un orden puramente material y económico, al terreno personal y humano.
- 3) Consecuencia de los dos postulados antes expuestos, se supera la lucha de clases, sustituyéndola por una franca colaboración entre los elementos personales de la producción. La unidad de fin nacional, no

(50) POLO Antonio: *Del contrato a la relación de trabajo*, separado de la Rev. de Derecho privado, Madrid, 1941, pág. 61.

(51) en: *Tratado Elemental de Derecho del Trabajo*, Madrid, 1944, pág. 173 y sig.

les contrapone, sino que, por el contrario les va suprimiendo esa lucha "artificial".

- 4) La relación laboral, sin desconocer su contenido secundariamente patrimonial, se basa en la recíproca lealtad y en la protección al trabajador.

Estos son los principales autores que siguen la teoría institucionalista y que son sus mejores representantes. Ahora bien, existen ciertos ordenamientos en estos países que nos pueden ayudar a corroborar sus ideas.

La Ley alemana sobre Ordenación del Trabajo Nacional (Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit) de 20 de Enero de 1934, refleja con bastante fidelidad ese espíritu que se encuentra en los sostenedores de la teoría institucionalista de la relación de trabajo. Según el artículo primero de dicha ley: "en la empresa trabajan unidos el empresario, como Führer, y los empleados y trabajadores como séquito, para el mejor desarrollo de los fines de la empresa y utilidad del pueblo y del Estado". Y esto se debía a que la organización económica del trabajo tenía como finalidad el desarrollo y progreso de la empresa.

En esta Ley sobre Ordenación del Trabajo Nacional encontramos las reglas para la organización de la empresa, estando inspirada en tres ideas: la empresa está al servicio de fines nacionales, la organización según el führerprinzip (el empresario como depositario de una parte del patrimonio del pueblo, que es la empresa) y por consecuencia, responsabilidad del Führer ante el pueblo.

Por lo que se refiere a España, los principios según los cuales se deben regular las relaciones de trabajo se encuentran contenidas en el Fuero del Trabajo de 31 de Diciembre de 1940, en él se establece que el derecho del trabajo ha dejado de ser un derecho de clase para convertirse en la norma que impone coactivamente el Estado para regular la justicia en el interior de la empresa. De las disposiciones que contiene dicho Fuero del Trabajo nos interesan las siguientes:

Punto III

párrafo 4.—El Estado fijará bases para la regulación del trabajo, con sujeción a las cuales se establecerán las relaciones entre los trabajadores y las Empresas. El contenido primordial de dichas relaciones será, tanto la prestación del trabajo y su remuneración, como el recíproco deber de lealtad, la asistencia y protección en los empresarios y la fidelidad y subordinación en el personal.

Punto VII

párrafo 2.—La empresa, como unidad productora, ordenará los elemen-

tos que la integran, en una jerarquía que subordine los de orden instrumental a los de categoría humana, y todos ellos al bien común.

- “ 3.—El jefe de la empresa asumirá por sí la dirección de la misma, siendo responsable de ella ante el Estado.

Punto XI

párrafo 1.—La producción nacional constituye una unidad económica al servicio de la Patria. Es deber de todo español defenderla, mejorarla o incrementarla. Todos los factores que en la producción intervienen quedan subordinados al supremo interés de la Nación.

- “ 2.—Los actos individuales o colectivos que de algún modo turben la normalidad de la producción o atenten contra ella, serán considerados como delitos lesa Patria.

Estas son las bases sobre las cuales construyeron y aún construyen (caso de España) el ordenamiento jurídico que regula las relaciones que se establecen por la prestación de un servicio subordinado, y que son la fuente de inspiración de la relación institucionalista o comunitaria.

6.—Aquellas ideas de Potthof, de Molitor, de Scelle y de otros más, no podían desaparecer y olvidarse, esta es la razón por la que vemos surgir la teoría de “la relación de trabajo” con mayor ímpetu y tomar auge en nuestros días. Hemos agregado el adjetivo “socialista” a esta corriente, solamente con fines expositivos para distinguirla de la institucionalista que ya vimos. Efectivamente, el sentido socialista lo encontramos en el contenido y finalidad del derecho del trabajo, hay que recordar que es una de las principales ramas del derecho social. Esta es la razón por la que es la “única” teoría de la relación de trabajo que puede existir en nuestras disciplina laboral.

El principal expositor de dicha teoría es el profesor Mario de la Cueva, quien nos indica sus principales fundamentos y propósitos, que son los siguientes:

- 1) La teoría de la relación de trabajo tiene como supuesto indispensable la plena autonomía del derecho del trabajo, esto es, el punto de partida es el de que nuestra disciplina a pesar de estar encuadrada dentro del orden jurídico total de la comunidad estatal, es una nueva rama jurídica que escapa a la clasificación tradicional de derecho en público y privado.
- 2) Su propósito primero es la protección inmediata y automática de la persona trabajador, sosteniendo que ahí donde se da el hecho real de la prestación de un servicio personal subordinado, debe aplicarse automática e imperativamente nuestra disciplina. Los creadores de

estas nuevas ideas no desconocen ni niegan la existencia de auténticos acuerdos de voluntades generadores del hecho mismo de la prestación del servicio, pero aclaran y precisan que el ingreso o la articulación del trabajador en la empresa y el hecho real de la prestación del servicio son suficientes para provocar la aplicación incondicionada del derecho del trabajo, sin que sea necesario resolver la cuestión teórica de si el trabajador y el patrono pactaron conscientemente la creación de derechos y deberes laborales.

- 3) Su fundamentación primera es precisamente la dignificación del trabajo humano. Hay que recordar que el artículo 1126 del Código Civil de Napoleón dice: "Todo contrato tiene por objeto una COSA que una persona se obliga a dar, hacer o no hacer", en la inteligencia de que de conformidad con el Art. 1128, "solamente las cosas que están en el comercio pueden ser objeto de convención", la doctrina de la relación de trabajo salva definitivamente la degradación del trabajo humano que heredamos de la antigüedad pagana, haciendo honor al principio de la Conferencia de Santiago de Chile, respecto de que el trabajo y la energía humana NO SON COSAS QUE ESTEN EN EL COMERCIO, por lo que no pueden ser objeto de convención civil (52).

De lo anterior se desprende lo siguiente, no puede confundirse con la relación institucionalista o comunitaria porque los fines, propósitos e ideas que las inspiran son diametralmente opuestas.

Tampoco puede confundirse la postura contractualista con nuestra teoría de la relación de trabajo, ya que la teoría actual sostiene que el hecho o acto que produce las consecuencias de derecho del trabajo es el "enrolamiento o la incorporación" a la empresa, siendo una cuestión secundaria para dicha aplicación la existencia (en la mayoría de los casos) o no existencia del contrato.

Entre los juristas que podemos señalar que siguen la postura de la relación de trabajo tenemos a los siguiente:

Uno de los que desarrollaron la teoría relacionista fue el Doctor Mario Levi Deveali, este autor expone sus ideas en su pequeña obra: "Il rapporto di lavoro".

Califica a la postura contractualista de una laboriosa y artificiosa reconstrucción de la vieja fórmula o ficción jurídica que cada vez es más inadecuada (53). El derecho del trabajo regula la relación de trabajo in-

(52) En el prólogo de CAMACHO HENRIQUEZ Guillermo: **Derecho del Trabajo**, Edit. TEMIS, Bogotá, 1961, págs. XIV-XV. Las ideas del maestro De la Cueva las expondremos en el siguiente capítulo.

(53) en **Il rapporto di lavoro**, Dott. A. Giuffrè edit., Milano, 1937, pág. 4.

dependientemente del origen contractual. Señala una serie de hipótesis muy frecuentes en la práctica, en las que a pesar de que el contrato es nulo, bien sea porque el empresario no haya tenido poderes para contratar, bien porque haya habido un error en cuanto a la persona o en cuanto a la naturaleza de la prestación, ya porque la empresa contrató con un trabajador que no poseía los requisitos prescritos por las leyes, etc. "En todos estos casos y en otros similares es seguro que el trabajador, en cuanto trabaja y por cuanto ha laborado, tiene derecho de gozar de la tutela de todo lo preestablecido en la ley y en el contrato colectivo" (54). Sobre la naturaleza del contrato nos dice:

"Puede suceder que el inicio en la Empresa sea precedido de un contrato, con el cual la empresa se encuentra obligada a tomar al trabajador. Aunque en este caso la relación principia sólo con la iniciación de la prestación. Con anterioridad no existe más que una obligación recíproca o unilateral, que deriva de un contrato que se podrá llamar contrato de trabajo o de enganche (d'indaggio) o de asunción (d'assunzione), pero que nada ha tenido que ver con la relación de trabajo, que se iniciará sólo más tarde, con el inicio efectivo del trabajo en la empresa" (55).

Las cláusulas contenidas en este contrato preventivo, relativas a la modalidad en el trabajo, así como aquellas insertas en dicha convención en relación al inicio o para su desarrollo, constituyen partes accesorias que, en cuanto válidas, son plenamente obligatorias, aunque su función sea subsidiaria frente a la ley o al contrato colectivo.

Varios años después, ya radicado en la Argentina, escribió sus "Lineamientos del Derecho del Trabajo", en esta obra señala la conveniencia por la cual se ha utilizado el concepto de relación de trabajo, y esto es por dos razones:

- a) La mayoría de las normas que constituyen el derecho del trabajo se refieren, más que al contrato considerado como negocio jurídico y a su estipulación, a la ejecución que se da al mismo por medio de la prestación del trabajo; y la aplicabilidad y los efectos de las normas laborales depende, más que del tenor de las cláusulas contractuales, de las modalidades concretas de dicha prestación.
- b) Tales normas, en algunos casos, no sólo prescinden del contenido de las cláusulas contractuales, sino que parecen prescindir también de la existencia y validez de un contrato de trabajo, y por lo tanto se aplican aun en el caso de nulidad. Esto sucede, nos indica, por ejemplo, en cuanto al derecho a la justa retribución y en cuanto a las

(54) *Ibidem*, pág. 62.

(55) *Ibidem*, pág. 63.

leyes de protección de mujeres y menores. "En todos estos casos el objeto de la reglamentación legislativa es el hecho del trabajo más que el contrato estipulado entre las partes, y los derechos y obligaciones que nacen entre éstas por el hecho del trabajo, en aplicación de las normas legales y de las contractuales, en cuanto existan y resultan aplicables por ser compatibles con aquéllas" (56).

Y esto se debe a que la relación de trabajo se presenta en la legislación no como simple abstracción, sino como una institución concreta, útil para la definición del nuevo derecho del trabajo (57), y además para la interpretación y aplicación de las normas positivas. También nos dice que "la relación de trabajo surge normalmente por efecto del contrato, pero en muchos casos, está reglada por la ley con prescindencia del contenido del contrato y, algunas veces, está amparada legalmente aun cuando el contrato que la originó sea nulo o así se declare" (58).

A pesar de todas estas ideas, regresa a la postura contractualista en la obra última citada (Lineamientos del Derecho del Trabajo), ya que nos dice que es fácil argumentar que la prestación del trabajo implica una conformidad de voluntad, tanto de parte de quien lo presta como de quien lo recibe, y que a los efectos de la perfección de los contratos en general, no hay necesidad que la voluntad sea expresa, sino que en algunos casos es suficiente una presunción de conocimiento de la existencia de esa voluntad. Y agrega que las circunstancias de que el hecho del trabajo pueda producir algunos efectos legales aún en el caso de que el contrato no sea válido, no influye sobre la naturaleza del contrato del que normalmente deriva la relación de trabajo.

Este retroceso en su postura lo explicamos, no lo justificamos, porque en Argentina la influencia civilista es todavía muy acentuada, regulándose inclusive las relaciones laborales en el código civil. Sin embargo, su exposición original sí fue una idea joven, progresista e importante, que ha ameritado que lo incluyamos dentro de los principales exponentes.

Otro de los sostenedores de la teoría de la relación de trabajo, es el gran jurista alemán Arthur Nikisch. En quien vemos que le ocurrió precisamente todo lo contrario que a Deveali, y en el que podemos encontrar una tréada al estilo hegeliano. Y decimos esto porque, en un primer momento (tesis) se nos presentó como contractualista, después, en 1951 en su primera edición de su manual de "Derecho del Trabajo" (Arbeitsrecht) coincide en algunos puntos con la teoría de Siebert (Antítesis): y por último, encuentra la síntesis en la segunda edición de su libro, en la que nos presenta brillantemente expuesta la teoría de la relación de trabajo

(56) en: Lineamientos del Derecho de. . . cit., pág. 216.

(57) Ibidem, pág. 223.

(58) Ibidem, pág. 217.

desde un punto de vista social. Podemos resumir su actual posición de la siguiente manera (59):

- 1) La noción de relación de trabajo se entiende como una relación autónoma objeto de regulación por un derecho especial, precisamente por la dependencia, derivada de la incorporación al círculo de dominio del patrono. Para Nikisch: "hay una relación de trabajo, cuando el trabajador ha entrado al empleo, o en otros términos, cuando ha puesto su fuerza de trabajo a disposición del patrono y dicho patrono la ha incorporado, sin que sea necesaria la prestación real del trabajo" (60).
- 2) El acto originario de la relación de trabajo es la incorporación del trabajador a la empresa del patrono, es verdad, nos dice, que esta incorporación presupone un acuerdo de voluntades entre el patrono y el trabajador, pero esto no es un contrato o negocio jurídico porque no está dirigido a hacer nacer determinada consecuencia jurídica, sino a crear un estado real. El contrato de trabajo como tal, según Nikisch, no funda una relación de trabajo, sino que es un puro contrato del derecho de las obligaciones, que obliga al patrono a la incorporación y al trabajador al ingreso al servicio del patrono. De éste no nacen, por consiguiente, algunas pretensiones a la prestación del trabajo, al pago de la retribución, a la ocupación, a la fidelidad, a la previsión, etc. Sino que su violación trae como consecuencia solamente la pretensión del resarcimiento del daño (61).
- 3) Es tal la fuerza del hecho de la incorporación que hace nacer una relación de trabajo, aunque el contrato que le sirve de base fuera inválido. En este caso, la relación de trabajo nace por la sola incorporación.

Otro de los grandes continuadores de la teoría relacionista es el jurista francés Georges Levasseur, profesor de la Universidad de Lille, quien señala que cada vez más se extiende la idea de que el derecho del trabajo es aquél que se aplica cada vez que existe una relación de trabajo, aun cuando no descansa en un contrato preestablecido; siendo suficiente la ejecución de un trabajo dependiente de la autoridad de un patrono. "Ni la existencia de un contrato ni el pago de un salario son ya, actualmente, condiciones necesarias para la aplicación del derecho del trabajo" (62).

(59) Cfr. HUECK Alfred, *Teoría del contrato e teoría dell'incorporazione*, en "Nuova Rivista di Diritto commerciale, diritto dell'economia, diritto sociale". Volumen VIII, fasc. 9-12, Pisa, 1955, pág. 250 y ss.; GARCIA DE HARO A. Op. cit., pág. 77 y sig.

(60) HUECK A.: *Teoría del contrato e teoría*. . . cit., pág. 251.

(61) *Ibidem*, pág. 252.

(62) en: *Evolución, caracteres y tendencias del Derecho del Trabajo*, Rev. cit., pág. 81

Las ideas de Scelle y de Durand son tomadas por él, sobre todo en lo que se refiere a los casos en que falta el contrato (cuando sólo existe el enrolamiento, acto condición, o cuando las relaciones de trabajo son impuestas por vía autoritaria), y que a pesar de eso, como diría Durand, el edificio de las relaciones de trabajo permanece inmutable aun retirado el fundamento tradicional del contrato de trabajo. De todo esto concluye:

"De aquí que el derecho del trabajo deba regular todas las situaciones nacidas de la relación de trabajo, cualesquiera que sean las condiciones en las cuales se hubiera ésta establecido, y desprender las consecuencias jurídicas de esta situación eminentemente económica; pero si esto es así, la misión del derecho del trabajo debe extenderse a todas las formas de actividad económica donde, de hecho, se encuentra la relación de trabajo" (63).

Esto último que señala este autor es muy importante, efectivamente, la relación de trabajo no sólo se presenta como una expresión del carácter tuitivo que tiene nuestra disciplina, sino que también es un instrumento o medio para la expansión del derecho del trabajo.

Los profesores de la Universidad de París: André Rouast y Paul Durand, se dieron cuenta del auge de la teoría de la relación de trabajo y a pesar de que no abandonaron completamente la postura contractual, aunque su "contenido disminuyera progresivamente", sostienen que la validez de los contratos no es considerada como condición necesaria para la aplicación del derecho del trabajo, y que inclusive se aplica a relaciones extracontractuales, siendo las reglas aplicables cada vez más diferentes de las que rigen el derecho común de los contratos. La función del contrato, nos dicen, sin embargo, no ha desaparecido en la organización de las relaciones de trabajo, por lo que deben asociarse las dos ideas. Concluyen que: "Aparece así posible incorporar al contrato la obligación de entrar en el establecimiento y la determinación de las condiciones particulares del contrato. Después se producirá la adhesión al estatuto de la institución, la aplicación de este estatuto estará subordinado, por algunos de sus elementos, a la entrada efectiva en el establecimiento patronal" (64).

Otro jurista que sigue la teoría de la relación es el profesor de la Universidad de Barcelona: Manuel Alonso García, quien al hablar de las relaciones de trabajo extracontractuales y contractuales, nos dice que la relación jurídica no tiene siempre origen en un contrato, ya que puede nacer de otros vínculos de carácter y significación distintas a las puramente contractuales. En efecto, el ordenamiento jurídico hace derivar consecuencias de hechos que vienen a constituir la hipótesis necesaria de

(63) Ibidem, pág. 84.

(64) en *Précis de législation industrielle*, Op. cit., pág. 353.

la actuación de aquél, aun cuando no haya manifestación acorde de voluntades, sobre todo:

“Cuando el presupuesto fundamental, que determina el nacimiento de la situación o de la relación jurídica consiguiente, descansa en la prestación libre y personal de un trabajo por cuenta ajena, como último punto de referencia estaremos ante la caracterización normativa del mismo, si bien, por no nacer de una conjunción de voluntades, se manifestará como una relación jurídica de índole no contractual . . . la no existencia de un contrato no anula aquí el significado laboral de estas relaciones, pues claro está que el derecho del trabajo no es solamente el contrato de trabajo” (65).

Una de las últimas exponentes es Andrea Torrente, ya que nos dice: “no es difícil ofrecer una explicación de orden político legislativo que atribuya al simple comportamiento el efecto de constituir la relación. Es la exigencia de la protección al trabajador, la que, así como inspira toda la normatividad pública y la aplicación a la simple situación de hecho, así también atribuye los efectos privatísticos al simple comportamiento voluntario” (66). Y continúa diciendo:

“La razón de esta singular divergencia con respecto de la normatividad general de la relación obligatoria, consiste en que la autonomía individual privada no se ha revelado, en términos generales, como un instrumento eficaz para la protección de los intereses individuales privados del trabajador y, por lo tanto, como un medio de conciliación de sus intereses con los del patrono” (67).

Esto no quiere decir que se excluya al contrato individual o que no pueda ser utilizado todavía en las relaciones de trabajo, lo único que hace destacar es la importancia de la prestación de trabajo; considera este jurista que el medio más eficaz para la tutela del trabajador es el contrato colectivo, ya que en él está representada la autonomía colectiva.

Señala que no debe entenderse que el reconocimiento de la eficacia del comportamiento como fuente constitutiva de la relación no significa del todo que la inserción en la organización productiva privada ocurra sin o contra la voluntad del trabajador (teoría institucionalista que criticamos). Esto estaría en evidente oposición con el fundamental principio constitucional de la libertad de trabajo. “El comportamiento jurídicamente relevante, que es suficiente para la inserción del trabajador en la organización productiva privada, exige siempre que su voluntad se relacione

(65) en su *Curso de Derecho del Trabajo*, 2a. ed., Edit. Ariel, Barcelona, 1967, pág. 259-260.

(66) en: *I rapporti di lavoro*, (parte general), Dott. A. Gluffre Editore, Milán, 1966, pág. 95.

(67) *Ibidem*.

directamente con el comportamiento, esto es, con el acto mismo, a diferencia de lo que ocurre en el negocio jurídico privado, en el cual, la voluntad debe relacionarse directamente con los efectos del negocio jurídico, pues en la relación de trabajo, la ley atribuye sus efectos al comportamiento" (68).

Podemos citar en Europa como seguidores de la teoría relacionista a René Savatier (69), a Francesco Messineo (70), y muchos otros, inclusive ha sido objeto de estudio de algunos juristas de los países socialistas, tal es el caso del polaco Waclaw Szubert (71).

Por lo que respecta a los juristas latinoamericanos, a pesar de la fuerte tradición civilista en que se han desarrollado casi todos sus pueblos, algunos al percatarse de la esencia del derecho del trabajo como rama autónoma, han aceptado la teoría de la relación de trabajo, aunque sin abandonar completamente la figura del contrato, así por ejemplo:

Roberto Pérez Paton, en su "Derecho Social y Legislación de Trabajo", a pesar de ser contractualista, ya que nos dice que las relaciones individuales de trabajo, que vinculan al trabajador y al patrono, derivan "generalmente" del contrato de trabajo y que por lo tanto, comprenden tanto las relaciones contractuales como la reglamentación legal del contrato, dictado en protección del asalariado, nos dice lo siguiente:

"Decimos que esas relaciones nacen generalmente del contrato de trabajo porque no pocas veces emergen y tienen vida sin necesidad del acto jurídico denominado contrato, por el solo hecho de la incorporación del obrero en la comunidad económica de la empresa, lo que establece relaciones jurídico-personales basadas en deberes de leal-

(69) en *Les metamorphoses*. . . cit., pág. 58.

(70) Cit. en *De la Cueva: Derecho mexicano*. . . cit., tomo I, pág. 471.

(68) *Ibidem*, pág. 96. También pueden consultarse sus ideas en su artículo: **La protección del trabajador**, publicado en la revista "Derecho del Trabajo" Buenos Aires, Marzo de 1965, págs. 114 y 115, y en el cual dice: "Corresponde agregar —como ya lo hemos consignado— que el contrato individual no se ha revelado un instrumento idóneo para realizar de manera eficaz la protección del trabajador. Por consiguiente cuando nos referimos al fenómeno de la autonomía aludimos a la colectiva y no a la individual. Es exactamente por esta razón que la protección del trabajador se justifica siempre cuando haya existido prestación de trabajo, aunque no exista un válido contrato individual (art. 2126, Código Civil Italiano). . . Esto ha inducido a una parte notable de la doctrina a negar que el contrato individual constituya la fuente de la relación de trabajo subordinado, sería suficiente la prestación de hecho para provocar la aplicación de las normas que regulan la relación y amparan al trabajo. . . Como se destaca, la protección del trabajador ha visto, sino el ocaso cuando menos la desvalorización de un instrumento técnico-jurídico fundamental en el ámbito del derecho privado, cual es el contrato individual".

(71) Vid. la reseña de **Du caractere juridique de la relation du travail**, en "Pantswo I Prawo", *Rev. de la Académie Polonaise des Sciences*, No. 7 (221), XIXe año, Julio de 1964.

tad, subordinación y disciplina, y relaciones jurídico-patrimoniales expresadas en la remuneración a cambio del trabajo . . . asimismo, la validez del contrato no es condición necesaria para la aplicación del derecho protector del trabajo, y este derecho se aplica inclusive en aquellas relaciones extracontractuales que el Estado crea por vía de autoridad" (72).

El profesor de la Universidad Central de Venezuela: Rafael Caldera, también sostiene la teoría de la relación de trabajo, aunque influido por la postura actual de Deveali. Nos señala que el objeto del derecho del trabajo no puede ser la legislación reglamentaria del contrato, sino la legislación que regula el trabajo en sí, uno de cuyos aspectos es la figura del contrato, aunque piensa que "la idea de relación de trabajo es para completar, y no para sustituir, la de contrato de trabajo" (73). A pesar de esto, la noción de relación de trabajo la cree muy útil por motivos prácticos, para explicar, por ejemplo, los casos en que no existe contrato; para la interpretación del concepto antigüedad en el trabajo, no como duración del contrato sino como la permanencia del trabajador en la empresa, cualquiera que sea el número y especie de los contratos de trabajo que haya celebrado durante ella; la justificación de la sustitución de patrono, etc. (74).

Un jurista que ha aceptado la teoría de la relación de trabajo es el colombiano Guillermo Camacho Henríquez, quien nos dice en relación al Derecho del Trabajo Colombiano que: "los conceptos de contrato y relación de trabajo son diferentes, el primero implica necesariamente una relación de trabajo, pero no toda relación implica un contrato" (75). Nos señala que la legislación colombiana y su jurisprudencia aceptan la distinción.

En el Brasil, Orlando Gomes al comentar la Consolidación de Leyes del Trabajo, en la que se comprende el derecho positivo brasileño, dice que no puede admitirse que toda relación de empleo sea contractual o que tenga como fuente el acuerdo de voluntades, ya que:

" . . . Lo que se pretendió fue establecer que el simple acuerdo de voluntades, desacompañado de su ejecución no hace nacer, por sí solo, para ambos contratantes, los derechos y obligaciones concedidos e impuestos en el presupuesto de la efectiva vigencia de la relación jurídica. Más claramente, es la prestación continuada del servicio la que condiciona y justifica la aplicación de las leyes laborales; no con-

(72) en: Derecho social y legislación. . . cit., pág. 338.

(73) en: Derecho del Trabajo, 2a. ed., Edit. "El Ateneo", Caracas, 1960, pág. 264.

(74) Ibidem.

(75) en su: Derecho del Trabajo, Op. cit., pág. 23.

sideran éstas al "empleado potencial", pero sí al trabajador en funciones, al hombre trabajando. El trabajo como hecho objetivo, se convierte, en síntesis, en la condición determinante de la concretización de las medidas legales de tutela a los que lo ejercen . . . El legislador admitió la distinción meramente circunstancial entre "contrato" y "relación de empleo", para el fin de incidencia de la legislación del trabajo. De este modo se incorpora la corriente doctrinaria que, permaneciendo en la posición intermedia entre el contractualismo y el institucionalismo, ve en el contrato de trabajo, con Mario de la Cueva, un "contrato-realidad" (76).

Como se puede apreciar, este autor hace la distinción que ya estudiamos entre la teoría comunitaria o institucionalista y la que nosotros hemos llamado socialista.

Otros de los sostenedores de la teoría de la relación de trabajo en Sudamérica, son: el brasileño Egon Felix Gottschalk (77) y el colombiano Carlos Mario Londoño Mejía (78).

La doctrina moderna está firmemente convencida de la teoría de la relación de trabajo y producto de esto es que en los últimos años las legislaciones más avanzadas en materia laboral se orienten hacia la autonomía de la relación de trabajo.

LEGISLACIONES QUE ACEPTAN LA TEORIA DE LA RELACION DE TRABAJO.

Este estudio lo dividiremos en dos partes: la primera de ellas estará dedicada a algunas legislaciones latinoamericanas que, a nuestro entender, aceptan la teoría de la relación de trabajo; en segundo lugar estudiaremos las legislaciones de algunos países socialistas europeos, los cuales a pesar de su estructuración jurídica y económica diferente a la nuestra, nos interesan porque también giran alrededor de la teoría de la relación de trabajo.

(76) *Direito do trabalho (Estudos)*, 2a. edição, Artes Gráficas, S. A., Bahía Brasil, 1950, págs. 61 y 62.

(77) Norma pública e privada. . . cit., págs. 206 y sig. Libro en el que nos dice: ". . . A esta situación (la del contrato nulo) de hecho puede corresponder una situación jurídica, como también le puede faltar la consagración del ligamen legal por cualquier vicio que impida la constitución de una relación jurídicamente válida, por lo que el vínculo contractual resulta anulable. Para la acción de las normas tutelares del derecho del trabajo no puede haber nulidad "ex tunc". Lo que vale para ella es la realidad de la relación de trabajo, siendo absolutamente indiferente, si las condiciones jurídicas en las cuales la actividad humana se efectúe, eran viciadas".

(78) Vid. su *Derecho Individual del Trabajo*, Instituto "Balmes" de Sociología, Madrid, 1959, pág. 57.

1) Legislaciones de países latinoamericanos.

A) **El Código de Trabajo de Guatemala.** La República de Guatemala dictó uno de los códigos mejor acabados en materia laboral, que entró en vigor el primero de mayo de 1947, en él acepta la teoría de la relación de trabajo y le atribuye la aplicación del derecho del trabajo. Este código fue modificado en gran parte de su contenido el 5 de mayo de 1961, pero a pesar de esto, los artículos que nos interesan no sufrieron ningún cambio:

Artículo 1.—

párrafo 2.— Patrono es toda persona individual o jurídica que utiliza los servicios de uno o más trabajadores, en virtud de un contrato o RELACION DE TRABAJO.

párrafo 3.— Trabajador es toda persona individual que presta a un patrono sus servicios materiales, intelectuales, o de ambos géneros, en virtud de un contrato o RELACION DE TRABAJO.

Artículo 18.— Contrato individual de trabajo, sea cual fuere su denominación, es el vínculo económico-jurídico mediante el que una persona (trabajador), queda obligada a prestar a otra (patrono), sus servicios personales o a ejecutarle una obra personalmente, bajo la dependencia continuada y dirección inmediata o delegada de ésta última, a cambio de una retribución de cualquier clase o forma.

.....

Artículo 19.— Para que el contrato individual de trabajo exista y se perfeccione, basta con que se INICIE LA RELACION DE TRABAJO, que es el hecho mismo de la prestación de los servicios o de la ejecución de la obra en las condiciones que determina el artículo precedente.

Siempre que se celebre un contrato individual de trabajo y alguna de las partes incumpla sus términos antes que se inicie la relación de trabajo, el caso se debe resolver de acuerdo con los principios civiles que obligan al que ha incumplido a pagar los daños y perjuicios que haya causado a la otra parte, pero el juicio respectivo es de competencia de los tribunales de trabajo y previsión social, los que deben aplicar sus propios procedimientos.

Toda prestación de servicios o ejecución de obra que se realice conforme a las características que especifica el artículo precedente, debe regirse necesariamente en sus diversas fases y consecuencias por las leyes y principios jurídicos relativos al trabajo.

Es entendido que el patrono puede consentir que las leyes y principios de trabajo se apliquen desde la celebración del contrato individual de trabajo, aunque no se haya iniciado la relación de trabajo.

B) **El Código Sustantivo del Trabajo de Colombia.** En este país sudamericano también encontramos algunas normas que se inspiran en la teoría de la relación de trabajo, y decimos esto porque en su código de primero de enero de 1951, al indicar los elementos esenciales del contrato, señala como primero y más importante a la actividad que se realiza y no al acuerdo de voluntades:

Artículo 24.—1) Para que haya contrato se requiere que concurren estos tres elementos esenciales:

- a) La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo;
 - b) La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del patrono, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato; y
- 2) Una vez reunidos los tres elementos de que se trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé, ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

Artículo 25.—Se presume que toda RELACION DE TRABAJO personal está regida por un contrato de trabajo.

Artículo 32.—Si se estableciere una relación de trabajo con un menor sin sujeción a lo preceptuado en el artículo anterior, el presunto patrono está sujeto al cumplimiento de todas las obligaciones inherentes al contrato, pero el respectivo funcionario del trabajo puede, de oficio, o a petición de parte, ordenar la cesación de la relación y sancionar al patrono con multas.

Se han señalado los artículos 2 y 100 del Código de procedimientos del trabajo de Colombia como imbuidos también de la teoría relacionista (79).

C) **Código del Trabajo de Honduras.** El primero de junio de 1959 se promulgó un Código del trabajo en Honduras, en el cual encontramos que en términos generales se siguieron las directrices del código colombiano,

(79) Vid. a CAMACHO HENRIQUEZ G., Op. cit., pág. 24 y sig.

pudiéndose hacerse extensivo, por lo tanto, lo que se dijo respecto de dicho código. Los artículos que nos interesan son el 20, 21 y 34 que son los equivalentes al 24, 25 y 32 respectivamente del código colombiano y que se repiten literalmente.

2) Legislaciones de países socialistas.

En estas naciones socialistas se comprende perfectamente que tienen un sistema tanto económico como jurídico totalmente diferente al que seguimos nosotros y que es el mismo en el cual se desenvuelve el mundo occidental. En efecto, en aquellos países encontramos una planificación en la economía en la que existe la propiedad común de los medios de producción y la participación de los trabajadores en la gestión de la empresa. En esos regímenes el derecho del trabajo tiene por objeto lograr el pleno desarrollo de las facultades del trabajador y satisfacer sus legítimos intereses, que no son otros que el mejoramiento de la sociedad de la que él forma parte. Todo gira alrededor de los principios socialistas de: "El trabajo es un deber y un honor" y "De cada uno según su capacidad, a cada uno según su trabajo", buscando aumentar el rendimiento del trabajo, promover la protección al trabajo y mejorar la situación material y cultural de los obreros y empleados.

Pues bien, pensamos que las leyes de estos países han alcanzado un gran desarrollo en el aspecto de técnica de aplicación, y es desde este punto de vista por lo que nos interesan, ya que haciendo a un lado algunos países que sólo utilizan la terminología de relación de trabajo siguiendo en realidad la teoría contractualista (caso del código de trabajo húngaro de 1951), la gran mayoría de estos países siguen en su más completa pureza la teoría relacionista. Así tenemos:

A) Código del Trabajo de Bulgaria (promulgado el 13 de noviembre de 1951).

Artículo 1o.—El presente código regirá las relaciones de trabajo de los obreros y empleados de las empresas, establecimientos y organizaciones, así como el seguro social estatal de los obreros y empleados, para los fines de promover, llevar a efecto y fortalecer los principios socialistas de organización en el trabajo, asegurar una mayor producción, aumentar el bienestar de los trabajadores, proteger su salud y asegurarles contra la incapacidad de trabajo temporal o permanente.

Para esta legislación el contrato de trabajo deja de ser aquel acuerdo de voluntades que hacía nacer la relación de trabajo, es decir, que constituía el principal objeto de la regulación laboral. De la definición de contrato que nos da se desprende que es un acto anterior y distinto de la relación de trabajo que se regula:

Artículo 15.—El contrato de trabajo definirá la naturaleza del trabajo

estipulado y el lugar donde deba cumplirse; también podrá incluir otras estipulaciones relativas a la prestación de servicios.

B) Código de Trabajo de la República Popular de Albania, del primero de mayo de 1956. De esta ley nos interesan dos artículos principalmente:

Artículo 2.—Las disposiciones del Código de Trabajo son obligatorias para todas las empresas, instituciones u organizaciones y para todos los obreros y empleados ligados por relaciones de trabajo.

.....

Artículo 3.—Las relaciones de trabajo se originan:

- a) por contrato de trabajo;
- b) por designación;
- c) por elección;
- d) por convocación.

Más adelante, en el capítulo III de dicha ley, se nos dice qué debemos entender por designación, elección y convocación. Por medio de la primera los empleados de las empresas, instituciones y organizaciones serán reclutados por designación en la forma que se dispone en los reglamentos (Art. 36); por medio de la segunda se nombra el personal que ejercerá funciones en los órganos del Estado o los órganos sociales (Art. 37); por la última: todos los ciudadanos podrán ser convocados para trabajar cuando se presenten circunstancias extraordinarias (cataclismos, desastres) o para ejecutar trabajos que sean de gran importancia para el Estado (Art. 38).

C) Código de Trabajo de la República Democrática Alemana, de 12 de abril de 1961. Pensamos que de la lectura de los siguientes artículos se puede desprender que esta legislación se orienta hacia la teoría de la relación de trabajo:

Artículo 1.—1) En la República Democrática Alemana, el poder político de la clase obrera en alianza con los campesinos, los intelectuales y los demás trabajadores, la propiedad socialista de los medios de producción y la economía planificada, constituyen los fundamentos de la regulación jurídica de las relaciones de trabajo. El derecho laboral socialista consagra los derechos fundamentales de los trabajadores en el ámbito del trabajo.

.....

Ahora bien, puede existir un contrato con anterioridad a la relación de trabajo, por medio del cual se obliga a entrar al servicio:

Artículo 20.—1) Mediante la conclusión del contrato de trabajo obtendrá el trabajador un puesto de trabajo con arreglo a las disposiciones legales y a las del convenio colectivo correspondiente. Toda empresa estará obligada a establecer los contratos de trabajo por escrito.

.....

Pero, también nos señala la ley, que no siempre existe un contrato en la constitución de una relación de trabajo:

Artículo 37.—1) La constitución de una relación jurídica de trabajo podrá efectuarse por elección o por nombramiento, siempre que así se prevea en la ley o en los estatutos de la organización sociales correspondientes. Las relaciones jurídicas se extinguirán por el transcurso del tiempo o por cese.

.....

D) **Código del Trabajo de Checoslovaquia, de 16 de junio de 1965.** Nos parece que esta legislación no es sólo una de las más avanzadas en el campo socialista, sino que inclusive diríamos que es la mejor, y por lo mismo, una de las que mejor exponen la teoría de la relación de trabajo.

En efecto, en el título II que se llama "Relaciones laborales" establece lo siguiente:

Artículo 1o.—Las relaciones a que se refiere la legislación laboral se establecerán entre individuos y organizaciones socialistas mediante la participación de aquéllos en el trabajo de la comunidad. Dichas relaciones se regirán especialmente por el código del trabajo.

2. 1) El código del trabajo se aplicará a cualesquier relaciones a que dé lugar el desempeño de un puesto en un servicio público para el cual haya sido designado por el pueblo trabajador un individuo, siempre que en el presente código, en reglamentos especiales o en los estatutos de las organizaciones sociales exista expresamente una disposición especial al efecto, o siempre que las autoridades centrales de dichas organizaciones hayan adoptado en virtud de esas disposiciones resoluciones en ese sentido.

.....

Artículo 27.—1) El trabajador parte en relaciones laborales participará, como miembro de la comunidad de trabajadores y mediante el desempeño de su trabajo remunerado de conformidad con

las instrucciones expedidas por la organización, en el cumplimiento de las tareas de ésta y en el desarrollo, administración y control de sus actividades.

Artículo 33.—1) LAS RELACIONES LABORALES ESTABLECIDAS A BASE DEL CONTRATO DE TRABAJO COMENZARAN EN LA FECHA DE COMIENZO DEL TRABAJO ESTIPULADO EN EL CONTRATO.

2) Si un trabajador omitiere ocupar su puesto en la fecha estipulada sin que se lo haya impedido algún obstáculo relacionado con su trabajo o sin haber informado a la organización dentro del plazo de una semana sobre la existencia del obstáculo, la organización podrá rescindir el contrato.

Artículo 34.—

3) La relación laboral establecida a base del contrato colectivo de trabajo comenzará en la fecha en que principie la prestación de servicios, sin que sea necesario concluir contratos individuales de trabajo con cada trabajador, y terminará cuando el trabajo estipulado se haya llevado a cabo o bien cuando haya transcurrido el período estipulado, salvo cláusula en contrario.

E) **Código de Trabajo de la República Federativa Popular de Yugoslavia, de 12 de diciembre de 1957.** Esta ley también sigue la teoría de la relación de trabajo, el siguiente artículo nos lo corrobora:

Artículo 147.—Los derechos y obligaciones nacidos de las relaciones laborales serán efectivos al tiempo en que el trabajador ocupe su puesto de trabajo.

Todo trabajador vendrá obligado a ocupar su puesto de trabajo dentro de los siete días siguientes a la conclusión del acuerdo, salvo cuando en éste se indicare otra fecha límite.

Si el trabajador dejare sin causa justificada de ocupar su puesto de trabajo dentro del plazo señalado al efecto, se entenderá que no se ha concluido acuerdo alguno.

El 24 de octubre de 1966 se promulgó en este país una **Ley General sobre las Relaciones de Trabajo**, en la que se establece:

Artículo 1o.—Conforme al principio de autogestión sobre la base de la asociación libre del trabajo y del capital de propiedad social, los trabajadores de las empresas establecerán, como miembros de la comunidad laboral, relaciones mutuas y fijarán

autónomamente sus derechos y obligaciones dimanantes de dicha asociación.

Artículo 2.—1) Los trabajadores ingresarán libremente en la empresa y cesarán de grado en ella.

2) AL INGRESAR en la empresa, el trabajador se convertirá en miembro de la comunidad laboral, en pie de igualdad, y asumirá las obligaciones y adquirirá los derechos dimanantes de dicha relación laboral.

3) La comunidad laboral sólo podrá rescindir la relación de trabajo de un trabajador en contra de su voluntad, que dejará por tanto de pertenecer a la comunidad laboral, si probare, conforme a las disposiciones de la presente ley, que ya no cumple las condiciones prescritas para trabajar en la empresa.

.....
Como se puede apreciar, esta ley complementaria del Código de Trabajo, desarrolla ya la teoría de la relación de trabajo (80).

(80) Nota: Los textos legales transcritos se tomaron de la "Serie Legislativa" que bimestralmente publica la Oficina Internacional del Trabajo.

“La miseria es la peor de las tiranías y si no queremos condenar a nuestros trabajadores a esa tiranía, debemos procurar emanciparlos y para esto es necesario votar leyes eficaces...”

Heriberto Jara.

III

EL DERECHO MEXICANO Y LA RELACION DE TRABAJO

1.—Importancia del Derecho Laboral Mexicano; 2.—Ideas del maestro De la Cueva sobre la relación de trabajo; 3.—El contrato “realidad” y algunas tesis de la Suprema Corte de Justicia; 4.—La nueva Ley Federal del Trabajo; 5.—Rescisión de la relación jurídica y no del contrato; 6.—Elementos de la relación de trabajo: los sujetos, el servicio, la retribución y la subordinación; 7.—En qué consisten los trabajos especiales o relaciones de trabajo sujetas a un régimen especial.

1.—El derecho del trabajo, en su aspecto individual, tiene tres momentos importantes a lo largo de su desenvolvimiento, el primero: es haber conseguido dignificar el trabajo humano; el segundo: asegurar lo mejor posible el mínimo de derechos que considera compatibles con aquella dignidad; y tercero: considerado ya como una rama autónoma, irse extendiendo, protegiendo a todo trabajador que preste un servicio en forma subordinada (carácter expansivo).

Pues bien, México ha tenido el mérito de haber sido el primer país en el mundo que en su legislación (código civil de 1870) rechazó la figura romano-francesa de el arrendamiento o locación de servicios; en la exposición de motivos de aquel código, se señaló que aquella figura es incompatible con la dignidad humana, ya que el trabajo no es una mercancía que pueda ser objeto de comercio.

También fuimos el primer país en el mundo, y quizás este sea uno de los momentos más sublimes de nuestra historia, que aseguramos definitivamente los derechos mínimos compatibles con la dignidad de la persona que trabaja en forma subordinada, elevándolos a rango constitucio-

nal, como una decisión política fundamental del pueblo mexicano. Alfonso Cravioto, con tono profético preveía lo que sería el artículo 123 de nuestra constitución, y nos decía en aquel Congreso Constituyente 1916-1917: "... para que con toda amplitud y con toda tranquilidad presentemos un artículo especial que sería el más glorioso de todos nuestros trabajos aquí, pues así como Francia, después de su Revolución, ha tenido el alto honor de consagrar en la primera de sus cartas magnas los inmortales derechos del hombre, así la Revolución mexicana tendrá el orgullo legítimo de mostrar al mundo que es la primera en consignar en una Constitución los sagrados derechos de los obreros" (1).

Y estamos destinados a ser uno de los primeros países del mundo occidental que incorpora sin ambages la teorías de la relación de trabajo a su ordenamiento positivo, demostrando con ello dos cosas: primero, que nuestra disciplina es indiscutiblemente una rama distinta y autónoma de la civil; y segundo, que tiende a aplicarse a cualquier relación de trabajo subordinada para darle una reglamentación adecuada, independientemente que en el contrato se señalara que es una comisión, mandato o cualquiera otra figura ajena al ámbito del derecho del trabajo.

El contrato, volvemos a repetirlo, es una figura propia del mundo liberal, que jugó un papel decisivo en el problema social, ya que fue uno de los instrumentos que utilizó el dueño del capital para explotar al hombre. Hace ya más de cien años, en aquel Congreso constituyente de 1857, se escuchaba el verbo de Ignacio Ramírez "El Nigromante", quien dándose cuenta del problema, nos decía: "Se habla de contrato entre propietarios y jornaleros, y tales contratos no son más que un medio de apoyar la esclavitud..... el jornalero de hoy, no sólo sacrifica el trabajo de toda su vida, sino que empeña a su muger, a sus hijos, y los degrada esclavizándolos, para saciar la avaricia de los propietarios" (2).

El haber aceptado explícitamente la teoría de la relación no es una controversia terminológica, ni es tampoco un simple problema de clasificación de una figura jurídica, sino que, como resaltamos en el capítulo anterior, importa a la naturaleza misma del derecho del trabajo, a su fundamento y a su finalidad. Nos alejamos ya de la concepción privatística del derecho del trabajo, dejando al negocio de derecho privado que está sometido a las reglas patrimoniales del derecho civil, hoy en día, la teoría de la relación destaca que el derecho del trabajo es la norma que procura dar satisfacción a las necesidades del hombre que trabaja, conduciéndolo a una existencia digna.

-
- (1) ROUAIX Pastor: *Génesis de los artículos 27 y 123 de la Constitución Política de 1917*, Edit. por el gobierno del Edo., de Puebla, Pue., 1945, pág. 72.
 - (2) ZARCO Francisco: *Historia del Congreso Extraordinario Constituyente*, Imprenta Ignacio Cumplido, México, 1857, pág. 717.

2.—El maestro De la Cueva es el mejor exponente de la teoría de la relación de trabajo. En su obra nos señala cuál es la diferencia esencial entre la relación de trabajo y el contrato de derecho civil, y es la de que en éste, la producción de efectos jurídicos y la aplicación del Derecho, solamente depende del acuerdo de voluntades, en cambio en la relación de trabajo es necesario el cumplimiento mismo de la obligación del trabajador: "de lo cual se deduce, nos dice, que en el derecho civil el contenido no está ligado a su cumplimiento, en tanto la relación de trabajo no queda completa si no es a través de su ejecución" (3).

La relación de trabajo se puede definir, nos indica, como "el conjunto de derechos y obligaciones que derivan, para trabajadores y patronos, del simple hecho de la prestación del servicio" (4).

De su exposición se desprende que no se niega que en la mayoría de las situaciones la existencia de un acuerdo de voluntades entre trabajador y patrono anterior a la prestación del servicio, admitiendo inclusive, que produce ciertos efectos, que son: el trabajador se obliga a ponerse a disposición del patrono, para que éste utilice la fuerza de trabajo prometida y por lo que respecta al patrono, la obligación de permitir al trabajador que desemñe el empleo que se le hubiera ofrecido. El incumplimiento produce consecuencias jurídicas, si el trabajador es el que falta se le podrá exigir responsabilidad civil, y si es el patrono, podrá exigir el trabajador el cumplimiento de la obligación y el pago de salarios por el tiempo que pierda por culpa del patrono. Estas acciones no constituyen la aplicación propia del derecho del trabajo, ya que una es la responsabilidad civil que a pesar de tener un fundamento laboral, no tiene ninguna diferencia con la de derecho común; la acción del trabajador para que se le admita al trabajo prometido, es el preliminar, para que se aplique el derecho del trabajo una vez que se hubiere establecido.

Ahora bien, que se acepte que existe un acuerdo de voluntades como acto precedente a la relación de trabajo no implica, de ninguna manera, que se sostenga que toda relación tenga que ser antecedida por un contrato, esto es, todo acuerdo de voluntades debe ser seguido de la relación de trabajo para permitir la aplicación del derecho del trabajo, pero no toda relación de trabajo necesita ser precedida de ese acuerdo de voluntades para que se aplique nuestra disciplina.

Existen algunas situaciones en que por una suposición se sostiene que existe acuerdo de voluntades, tal es el caso de la gran industria en la que no pocas veces se realiza por una oferta pública de trabajo que puede ser aprovechada por cualquier persona que tenga conocimiento de

(3) en: Derecho mexicano del. . . cit., tomo I, pág. 456.

(4) *Ibidem*, pág. 457.

ella, configurándose no en pocos casos el contrato de "adhesión", cuya naturaleza jurídica es muy discutida.

En el derecho mexicano tenemos una situación, nos sigue explicando, en virtud de la cual, la voluntad del patrono es innecesaria para la formación de la relación y aún es posible que dicha relación se forme en contra de la voluntad del patrono, esta es la cláusula de exclusión de ingreso o cláusula sindical. Por medio de esta figura laboral el patrono está obligado, por así haberse estipulado en el contrato colectivo de trabajo, cuando se produce una vacante en la empresa, a aceptar, salvo que exista causa justificada hecha valer ante las autoridades de trabajo, el trabajador que le mande el sindicato. De esto se desprende, que la posibilidad de que un trabajador ingrese en una empresa, en la que rige un contrato colectivo con cláusula de exclusión de ingreso, depende no de la voluntad del empresario, sino del sindicato de dicho contrato colectivo (5).

Conviene detenerse en una posible objeción que podría argumentarse, diciendo que el patrono dio su voluntad al realizar el contrato colectivo de trabajo con el sindicato, que mediante ese "acuerdo de voluntades" se delega al sindicato la atribución de seleccionar el personal, en resumen, que en el fondo se encuentra un contrato.

Esta postura, pensamos, se encuentra en un lamentable error, por las siguientes razones:

1) Es ignorar las finalidades que persigue la cláusula de exclusión, que son la de robustecer el sindicato, contribuir a la unidad de los trabajadores de la empresa y de la rama profesional, e impedir la entrada a la negociación de personas desleales al interés profesional de los trabajadores.

2) No existe ningún vínculo contractual entre el nuevo trabajador y el patrono, sino que el único acuerdo de voluntades es entre el trabajador con su sindicato, quien es el que lo nombra.

3) No se puede argumentar que el sindicato realizó ese contrato colectivo en representación de los trabajadores que van a laborar en el futuro, porque no se podría explicar el caso de un trabajador que ingrese al sindicato después de haberse celebrado aquel contrato colectivo de trabajo y que ingrese a la empresa con posterioridad, pero con fundamento en esa cláusula.

4) Existen casos en que esa cláusula de exclusión de ingreso se inserta en un contrato colectivo de trabajo no por voluntad del patrono sino por una sentencia colectiva dada por las Juntas de Conciliación y Arbitraje.

(5) Ibidem, pág. 461.

5) En casos de sustitución de patrono, sigue existiendo la obligación de aceptar al trabajador que le designe el sindicato para ocupar la vacante, y sin embargo este nuevo patrono no realizó ningún acuerdo de voluntades, ni siquiera estuvo presente en la celebración del contrato colectivo de trabajo (6).

6) Suponiendo, sin conceder, que tuviera razón en que existe un contrato, sólo vendría a corroborar la teoría de la relación, pues sólo se aplicará el derecho del trabajo en el momento del ingreso y no cuando se celebró el contrato. Así, si se celebra un contrato colectivo de trabajo con la susodicha cláusula sindical el primero de diciembre de 1969 y al presentarse una vacante, el trabajador ingresa el primero de mayo de 1970, se aplicará el derecho del trabajo desde el enrolamiento y no a la celebración del contrato, ya que de lo contrario se llegaría a un absurdo.

7) Es cierto que el patrono solicita el trabajador al producirse la vacante, pero al presentarse el trabajador, que él no escoge sino el sindicato, lo único que puede hacer es comprobar si el trabajador tiene aptitud para desarrollar el trabajo, en caso de que la tenga, entrará a trabajar y el patrono tendrá la obligación de aceptarlo, en caso de que no sea apto, al sindicato le corresponde nombrar otro trabajador. En estos casos no existe un acuerdo de voluntades o contrato entre el patrono y el trabajador, ya que existe la obligación de parte del patrono de dejar enrolar al trabajador competente, designado por el sindicato. Hay que recordar que el acuerdo de voluntades, para serlo, tanto lógica como jurídicamente debe ser espontáneo.

Por lo que se refiere al contenido de la relación de trabajo, vemos que en la mayor parte de los casos no es la voluntad de las partes la que lo determina en las cláusulas contractuales, sino que esa reglamentación depende de la ley, y principalmente y en forma minuciosa en los contratos colectivos de trabajo, que le han imprimido un carácter dinámico a la relación de trabajo.

Las conclusiones a las que llega finalmente el maestro De la Cueva (7), son las siguientes:

(6) Una situación parecida existe en el Brasil, así, nos dice Orlando Gomes: "Esta consecuencia de la distinción entre contrato y relación de empleo llevada hasta su punto de saturación no repugna estructuralmente a una legislación como la brasileña, que admitió la institución de la estabilidad en el empleo. . . El derecho patrio admitió explícitamente, por lo menos, en un caso, la formación de la relación de empleo contra la voluntad del empleador y como consecuencia sin contrato, esta es la hipótesis del empleado que goza de la referida estabilidad sirviendo a una empresa que cambia de propietario; el sucesor está obligando a aceptar a ese empleado, pues ni él, ni el antecesor tiene facultad de despedirlo. . . ya se ve, pues, que en la sistemática actual del Derecho Brasileño del Trabajo, la distinción entre contrato y relación de empleo se lleva hasta sus últimas consecuencias. . ." *Diréito do trabalho* . . . cit., pág. 68.

(7) *Ibidem*, págs. 478-479.

- 1) La relación individual de trabajo no puede ser explicada ni asimilada a ninguna figura del derecho civil.
- 2) Son dos cosas distintas contrato y relación de trabajo, ya que esta última es el conjunto de derechos y obligaciones que derivan para el trabajador y su patrono del simple hecho de la prestación del servicio.
- 3) Para la existencia de la relación es condición sine qua non la voluntad del trabajador en tanto que la del patrono no siempre concurre.
- 4) El aspecto esencial en la vida de las relaciones obrero-patronales es la relación de trabajo, aplicándose el derecho del trabajo cuando exista dicha prestación del servicio, independientemente de lo que las partes hayan estipulado en contra.
- 5) El origen de la relación de trabajo ha perdido el carácter contractual que tuvo en el pasado y sin bien subsiste el acuerdo de voluntades, es en relaciones obrero-patronales de menor jerarquía. La noción de contrato como origen de la relación de trabajo debe ser substituida por la de enrolamiento o enganche.
- 6) El contenido de dicha relación depende menos de la voluntad de las partes y más de los contratos colectivos.
- 7) El contrato de trabajo, en su acepción de relación de trabajo, es un contrato realidad (que como veremos más adelante, fue una figura creada por una tesis de la Suprema Corte de Justicia). Y es además un contrato dinámico, en cuanto está sujeto a todos los cambios del derecho del trabajo.
- 8) Es preferible emplear "relación individual de trabajo" no sólo por lo anterior, sino porque puede usarse lo mismo cuando el origen de la relación es contractual que en aquellos otros, los cuales constituyen la mayoría en la gran industria, en que existe un simple enrolamiento o enganche.

3.—Al contrato de trabajo también se le ha denominado, entre nosotros, "contrato-realidad", feliz expresión que fue utilizada por primera vez por el licenciado Alfredo Iñárritu, ministro de la Suprema Corte de Justicia, en la competencia 133-36, suscitada entre la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje y el juez décimo de lo civil de la ciudad de México para conocer de la reclamación presentada por José Molina Hernández contra la Compañía Mexicana de Petróleo "El Aguila", S. A.

El contrato-realidad no es sino la aplicación de la teoría de la relación de trabajo, por medio de aquella expresión se señala que el contrato de trabajo no existe en el acuerdo abstracto de voluntades, sino en la

prestación real del servicio, ya que es el hecho mismo del trabajo y no el acuerdo de voluntades, el que da razón de ser y sentido a la citada figura del derecho del trabajo (8). Esto es, se dieron cuenta de que el acuerdo de voluntades no puede referirse a situaciones abstractas, no es una transferencia de derechos, sino un acuerdo de voluntades que se complementa con el hecho real de la prestación de un servicio personal subordinado.

El pleno de la Corte en aquella ocasión no se dio cuenta de la trascendencia que tenía esa concepción, siguiendo fiel a la teoría contractualista tradicional; sin embargo, al correr de los años, al presentársele mayores casos, y sobre todo al darse cuenta de la realidad social y jurídica, nuestro máximo tribunal, en últimas fechas ya ha aceptado en parte la teoría de la relación de trabajo en numerosas ejecutorias, de las cuales, creemos que son interesantes las siguientes:

En la ejecutoria de ocho de abril de 1964, amparo directo 742/63, Constructora Daroel, S. A., puede leerse:

“Dada la presunción que se deriva de lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley Federal del Trabajo, no es necesario que los testigos del actor declaren acerca de los pormenores de la contratación, ni que precisen los elementos del contrato de trabajo, bastando para ello, la circunstancia objetiva de que el trabajador **haya prestado servicios** a una determinada persona física o moral y que ésta lo reciba, para tener por acreditada la existencia del vínculo contractual”.

En esta ejecutoria, como se puede apreciar, es la prestación efectiva del servicio y no la forma de contratar la que se toma en cuenta por el derecho del trabajo. Todavía mayor claridad encontramos en la ejecutoria de primero de febrero de 1965, amparo directo 3339/64, Marcelo de la Cueva y Foucade, en la que se señala:

“La existencia de un contrato civil no puede por sí misma excluir la relación jurídica de índole laboral, ni puede impedir que ésta se configure, por lo que, independientemente del acto celebrado entre las partes, debe atenderse a las características que surgen a través de **la prestación de servicio**, para que, si éstas quedan comprendidas dentro de lo previsto por el artículo 17 de la Ley Federal del Trabajo (o sea, en forma subordinada y a cambio de una retribución) se apliquen las disposiciones de este ordenamiento”.

En otras ejecutorias se ha seguido esta directriz que ha marcado la teoría de la relación de trabajo, que se traduce en hacer prevalecer la prestación misma del servicio sobre la voluntad inicial de las partes. En este sentido tenemos la ejecutoria de 18 de agosto de 1965, amparo di-

(8) Cit., por De la Cueva M.: Derecho mexicano del. . . cit., tomo I, pág. 459.

recto 3987/64, José María Blanco Morales y Manuel Arellano Romero, en la que se indica:

“Para determinar si un contrato es de comisión mercantil o establece una relación de tipo laboral, no debe atenderse a la denominación que en el contrato se haya dado a la persona que presta sus servicios personales, sino que debe atenderse tan sólo a los términos **reales en que se efectúa la prestación de servicios**. La comisión mercantil tiene una marcada diferencia con el contrato de trabajo, pues se manifiesta por un acto o una serie de actos que sólo accidentalmente crean dependencia entre el comisionista y el contratante, la que dura sólo el tiempo necesario para la ejecución de esos actos; mientras que el contrato de trabajo se caracteriza por la prestación de servicios personales mediante un salario y conforme a un vínculo de subordinación, sin que la categoría de agente de comercio sea incompatible con la existencia de una relación de trabajo, si existe tal vínculo de subordinación . . .”.

Intimamente ligada a la teoría de la relación de trabajo encontramos el carácter expansivo del derecho del trabajo, esto lo podemos apreciar en la ejecutoria del doce de agosto de 1963, amparo directo 864/59, Miguel Ramírez, que dice que:

“Debe admitirse como un principio general que, salvo prueba en contrario, toda prestación de servicios queda comprendida en el ámbito del derecho del trabajo y debe regirse por las disposiciones de la ley respectiva”.

En fin, podíamos citar otras ejecutorias (9) de la Suprema Corte de Justicia, en las que se corrobora la importancia de la prestación del servicio (relación de trabajo) tiene para el derecho del trabajo y no tanto el acuerdo de voluntades.

4.—Antes de analizar la teoría de la relación de trabajo que acepta expresamente nuestra nueva Ley Federal del Trabajo, es necesario hacer destacar que la idea no es nueva en México, pues no sólo había dominado en la jurisprudencia y en la doctrina, sino que en algunas leyes de los Estados, que reglamentaban el artículo 123 de la Constitución de 1917, expedidas con anterioridad a la Ley Federal del Trabajo de 1931, sin conocer, y, por lo tanto, sin haber aceptado la teoría de la relación de tra-

(9) Por ejemplo, también la ejecutoria de 17 de enero de 1964, amparo directo 2072/63, comercial Fuentes, en donde se señala que: “la naturaleza o carácter de la prestación de servicio debe determinarse atendiendo a las circunstancias, como se realiza y no en función de lo que se diga en el contrato escrito. . .”. Por otra parte, ha sostenido nuestro más alto tribunal, que para precisar la antigüedad de un trabajador se debe tomar la fecha de ingreso del trabajador como punto de partida, o sea, cuando se enrola para prestar sus servicios, en este sentido la ejecutoria de 18 de noviembre de 1965, amparo directo 4803/64, Onix Mexicana, S. A.

bajo que se empezaba a gestar en Alemania y Francia en aquella época, destacaron que el objeto del derecho del trabajo es regular la relación de trabajo y no tanto el contrato; con esto se advirtió desde aquella época cuál iba a ser el sentido que tomaría el derecho laboral.

Así tenemos que en la Ley del Trabajo del Estado de Oaxaca, de 21 de marzo de 1926, se establecía lo siguiente:

"Art. 1o.—La presente Ley reglamenta las relaciones que deben existir entre el trabajador y el capital, tomando como base las preven- ciones definidas en el artículo 123 de la Constitución general.

Art. 2o.—La persona que se obliga a desempeñar una labor material o intelectual, mediante una retribución, en beneficio de otra, se llama trabajador.

La persona física o moral que recibe esos servicios se llama patrono.

Art. 3o.—Las estipulaciones concertadas entre el patrono y el traba- jador reciben, en su conjunto, la denominación de contrato de trabajo.

.....

Art. 10.—La falta de contrato escrito no perjudica los derechos que al trabajador le concede la presente ley" (10).

En igual sentido tenemos a la Ley del Trabajo del Estado de Jalisco, de 3 de agosto de 1923, la cual establecía en su artículo primero que: "Es objeto de la presente Ley la reglamentación de las relaciones entre traba- jadores y patronos", y se definían en el mismo sentido que la ley oaxaqueña al trabajador y al patrono. La ley del trabajo del Estado de Colima de 10 de octubre de 1925, está redactada exactamente igual a la de Jalisco. No se puede sostener que estas legislaciones hayan sido los antecedentes de la postura adoptada por la nueva Ley Federal del Trabajo, lo único que destacamos es el énfasis que hacían de la relación de trabajo, estructu- rando su legislación sobre ella y no en el contrato de trabajo, y que con mayor visión que la anterior Ley Federal del Trabajo de 1931, el concepto de patrono y de trabajador se dio prescindiendo de la idea de contrato.

La primera manifestación y consagración de la teoría de la relación de trabajo en nuestro derecho positivo, la encontramos a raíz de las reformas que sufrió el artículo 123 constitucional en el año de 1960, cuando se creó el apartado B), que se refiere a los trabajadores al servicio del Estado, los cuales desde un punto de vista de la corriente contractualista no había sido posible su incorporación a los beneficios del derecho laboral, per- maneciendo en el derecho administrativo, porque no existiendo contrato entre el trabajador y el Estado, sino un enrolamiento o enganche por medio de un nombramiento o asignación, les era un relación extraña que

(10) Vid. Secretaría de Industria, Comercio y Trabajo: **Legislación del trabajo en los Es- tados Unidos Mexicanos**, Talleres gráficos de la Nación, México, 1928.

no podían explicar. El Derecho Mexicano del Trabajo se dio cuenta de lo práctico de adoptar la teoría de la relación de trabajo al facilitar la incorporación de este importante sector laboral y romper la regulación del derecho administrativo. Y así, concretamente en la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, Reglamentaria del Apartado B) del Artículo 123 Constitucional (D. O. 23 de diciembre de 1963), ya no utiliza la figura del contrato, sino que en el artículo segundo habla de una relación de trabajo, y en el tercero al definir al trabajador, dice que dicha relación tiene como origen un nombramiento expedido o por figurar en las listas de raya de los trabajadores temporales.

En el año de 1964 estaba concluido un trabajo de varios juristas, que serían los mismos que integraron la Comisión que redactaría la nueva Ley Federal del Trabajo, fruto de esos primeros estudios fue un proyecto de Ley Federal del Trabajo, que de aquí en adelante denominaremos "López Mateos", en virtud de que se hizo a promoción de este presidente y preocupación del mismo, al darse cuenta que si bien la Ley Federal del Trabajo de 1931 había cumplido con su cometido, era necesaria una reforma completa que pusiera acorde a nuestra legislación con la jurisprudencia, la doctrina que ya tenía una nueva concepción del derecho del trabajo, y con las conquistas que habían conseguido los trabajadores bien organizados en sindicatos fuertes en los contratos colectivos de trabajo y de las cuales no se beneficiaban los que no habían podido organizarse, o bien, que tenían sindicatos que en el argot mexicano se llaman "blancos".

Desgraciadamente, este proyecto en eso se quedó, ya que no pudo ser mandado al Congreso de la Unión. Sin embargo, muchas de las ideas que estaban consagradas en él, fueron tomadas en cuenta y plasmadas en el proyecto que se convirtió en la nueva Ley Federal del Trabajo, cosa muy natural si tomamos en cuenta que fue la misma Comisión la que elaboró los dos.

En el citado proyecto "López Mateos", se tomó como punto de partida la teoría de la relación de trabajo, la cual fue el cimiento sobre el que se estructuró el derecho del trabajo en su aspecto individual; y así se dijo en la exposición de motivos:

"La comisión aceptó la doctrina de la relación de trabajo y colocó esta idea en la base del proyecto, pues es la única que explica satisfactoriamente la totalidad de los fenómenos de trabajo y es, asimismo, la única que armoniza plenamente con las ideas y principios generales que sirven de fundamento al proyecto: la doctrina de la relación de trabajo consiste, esencialmente, en la idea de que la prestación del servicio personal crea, por sí mismo, un vínculo jurídico y determina automáticamente, la aplicación de las normas de trabajo. La relación de trabajo, según se explicó en un párrafo anterior, adquiere un carácter objetivo, que la independiza del acto que le dio

origen y de la voluntad subjetiva del patrono y aún del mismo trabajador.

Las anteriores ideas explican el contenido del artículo 20 del proyecto, que dice:

“Se entiende por relación de trabajo, cualquiera que sea el acto que le dé origen, la prestación de un servicio personal subordinado a una persona física o jurídica, mediante el pago de un salario” La doctrina se ha planteado una segunda cuestión: ¿la relación de trabajo tiene siempre por origen un acuerdo de voluntades, de tal manera que pueda emplearse el término “contrato” para explicarla o, por el contrario, es independiente de su origen, siendo suficiente el hecho mismo de la prestación de un servicio para que se le apliquen las normas del derecho del trabajo? Largamente controvertida la cuestión, las legislaciones más recientes y una parte cada vez más considerable de la doctrina, se inclinan insistentemente por la segunda solución: es indudable que en multitud de ocasiones hay un acuerdo real de voluntades entre el trabajador y el patrono antes de que se inicie la prestación del servicio, pero la inmensa mayoría de los casos, ese acuerdo de voluntades, o queda reducido a la adhesión del trabajador a las condiciones de prestación de los servicios que rigen en la empresa o establecimiento, o es substituído por un simple enrolamiento o enganche originado en la facultad de que disfruta el sindicato titular del contrato colectivo para, fundado en la cláusula de exclusión, designar a los trabajadores que deben cubrir las vacantes o puestos de nueva creación, sin tomar en consideración la voluntad del empresario. Por otra parte, la relación de trabajo vive independientemente del posible acuerdo de voluntades que le dio origen: en efecto, los trabajadores, por el hecho mismo de la prestación del servicio, adquieren un derecho al ascenso, del que no pueden ser privados y que depende simplemente del transcurso del tiempo. Además, las condiciones de prestación de los servicios, salarios, jornadas y otras prestaciones, se modifican continuamente por las leyes y contratos colectivos, sin que en esa modificación intervenga la voluntad del trabajador y del patrono. La relación de trabajo puede tener orígenes diversos: un acuerdo de voluntades entre el trabajador y un patrono, el simple ingreso del trabajador a la empresa, mediante adhesión al derecho objetivo de la misma, el ingreso del trabajador a la empresa por la aplicación de las cláusulas de exclusión, etc. La comisión no creyó necesaria hacer alguna enumeración de todas estas posibles circunstancias, pues cualquiera que sea la que le dé origen a la relación, ésta tiene, según lo expuesto, vida propia e independiente del acto que le dio origen . . .”.

Esto es muy importante si se toma en cuenta que fue la misma Comisión que hizo este proyecto la que redactó la nueva Ley Federal del Traba-

jo, y que, por lo tanto, aquí nos presentan clara y ampliamente cuáles fueron los motivos para incorporar la teoría de la relación de trabajo a nuestra legislación laboral.

A principios de 1967 se volvió a reunir una Comisión para que estructurara nuevamente un proyecto de Ley Federal del Trabajo; dicha Comisión estuvo integrada por el Lic. Salomón González Blanco, el doctor Mario de la Cueva, y los licenciados María Cristina Salmorán de Tamayo, Ramiro Lozano y Alfonso López Aparicio, quienes después de largas deliberaciones y tomando en cuenta las opiniones y proposiciones del sector obrero y del sector patronal, elaboraron una iniciativa presidencial de nueva Ley Federal del Trabajo, la cual se presentó el día 12 de diciembre de 1968 ante el H. Congreso de la Unión; discutida y aprobada por la XLVII Legislatura en el período ordinario de sesiones correspondiente a 1969, fue publicada en el Diario Oficial con fecha 10. de abril de 1970 y entró en vigor el 10. de mayo de 1970.

En la exposición de motivos de la nueva ley, se hace la distinción entre la postura contractualista, que es la tradicional y la teoría moderna de la relación de trabajo, señalando que esta última es una figura distinta del contrato, puesto que su objeto no es el intercambio de prestaciones sino el de garantizar la vida y la salud del trabajador y asegurarle un nivel decoroso de vida, siendo suficiente para su aplicación el hecho de la prestación del servicio, cualquiera que sea el acto que le dé origen; se concluye en dicha exposición en que:

“No corresponde a la ley decidir las controversias doctrinales, por lo que se consideró conveniente tomar como base la idea de la relación de trabajo, que se define como la prestación de un servicio personal subordinado, mediante el pago de un salario, independientemente del acto que le dé origen, pero se adoptó también la idea de contrato, como uno de los actos, en ocasiones indispensable que pueden dar nacimiento a la relación de trabajo”.

Después de haberse señalado este motivo, es fácil entender la redacción de la nueva ley; así, en el capítulo primero del Título Segundo, que contiene las disposiciones generales sobre la relación de trabajo, se puede leer:

Art. 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 aquél en 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.

Art. 21.—Se presume la existencia del contrato y de la relación de trabajo entre el que presta un trabajo personal y el que lo recibe.

Como se puede apreciar, se define a la relación de trabajo y al contrato de trabajo, a diferencia del proyecto "López Mateos", que sólo daba el concepto de relación de trabajo, esto se debió a varias razones que es necesario precisar para evitar confusión y que resumen lo anteriormente expuesto:

1) Los artículos anteriormente citados de la nueva ley, hablan de una coexistencia entre las dos instituciones, de lo que no se podría argumentar que existe contradicción, ya que sería ignorar la teoría de la relación de trabajo, la cual no niega la existencia de un contrato o acuerdo de voluntades anterior, sino indica que lo principal es la prestación del servicio, que viene a ser el objeto de la reglamentación por parte del derecho del trabajo, esto se puede apreciar mejor en la redacción del artículo 21.

2) La nueva ley consagra como piedra angular del derecho individual del trabajo la teoría de la relación de trabajo, la cual tiene un valor objetivo, armónico con la naturaleza del derecho del trabajo, pues: su existencia deriva de un hecho, la prestación subordinada del servicio, al que la ley hace producir una gama de efectos jurídicos; la cuestión relativa a los orígenes de ese hecho resulta irrelevante para el derecho.

El haber aceptado la teoría moderna de la relación de trabajo es un evidente avance que se traduce en lo siguiente:

a) Es la teoría que mejor explica todas las situaciones que contempla el derecho del trabajo, tanto los trabajos que tienen un origen contractual como los que no lo tienen;

b) Con la teoría de la relación de trabajo ya no se discutirá la naturaleza jurídica del acto que le dio origen, esto es, por ejemplo: si en la mayor parte de la industria y del comercio existe lo que se ha llamado contrato de adhesión, ya no será necesario discutir si es contrato o no lo es, pues bastará el simple enrolamiento o enganche para la aplicación del derecho del trabajo; tampoco tendrá trascendencia que el contrato de trabajo sea nulo; ni mucho menos será necesario recurrir a ficciones de la existencia de un contrato o acuerdo de voluntades, ficciones que son creación y que operan en el campo civilista y mercantil, pero que no se deben utilizar en el derecho que tiene por finalidad garantizar y proteger la dignidad del hombre que trabaja;

c) Evitará que so pretexto de acuerdo de voluntades, se trate de alejar una relación de trabajo de la protección de nuestra disciplina, esto

es, a pesar de que exista el firme propósito de configurar un contrato de comisión, de mandato o cualquier otro, ya sea de naturaleza civil o mercantil, y se haya expresado en su clausulado que no es un contrato laboral, si la prestación de servicios se realiza en forma subordinada y a cambio de un salario se aplicará el derecho del trabajo;

d) Facilitará la extensión o el carácter expansivo de nuestro derecho del trabajo, como lo ha demostrado en los últimos años; de ahora en adelante la discusión será sobre si en la realidad se presta un servicio subordinado o es un trabajo autónomo, y ya no se perderá el tiempo en estudiar la naturaleza jurídica de los contratos, o sea, que ya no se perderán los juristas en situaciones abstractas sino que bucearán en la realidad;

3) Se decidió incluir la definición de contrato de trabajo, como una de las figuras que generalmente acompañan a la relación de trabajo y que en algunas ocasiones condicionan su existencia, porque en ellos encontramos plasmadas, en no pocas ocasiones, mejores prestaciones o condiciones de trabajo por encima de los mínimos garantizados legalmente, los cuales, evidentemente, tendrán aplicación desde el momento del enrolamiento o enganche, esto es, desde que se presta efectivamente el trabajo; en este sentido hemos de recordar la idea de contrato-realidad que ya estudiamos.

Así tomado el contrato individual de trabajo, como el instrumento que después de la ley, de los contrato-ley y de los contratos colectivos de trabajo, se utiliza para hacer avanzar las prestaciones a que tienen derecho los trabajadores, es la razón por la que se le definió en la nueva ley y para señalar que esas nuevas y mejores prestaciones son tan obligatorias como las demás cuando se empieza a prestar el servicio.

Se sigue la idea de que son dos cosas distintas contrato y relación de trabajo, pues una cosa es la prestación personal del trabajo en forma subordinada que se origina en el enganche o enrolamiento y otra cosa distinta es el acuerdo de voluntades mediante el cual se obligan a realizar la prestación del servicio, esto es, desde un punto de vista aristotélico, una cosa es una figura en potencia (contrato de trabajo) que tiene los gérmenes para llegar a ser una figura en acto (relación de trabajo), pero que todavía no lo es.

Ahora bien, el contrato individual de trabajo produce consecuencias en el campo del derecho, así como la realización de un supuesto produce consecuencias jurídicas, dichas consecuencias no son la aplicación del derecho del trabajo, pues dichas normas comenzarán a tener eficacia en el momento de la prestación del servicio, en el enganche o enrolamiento, por lo que se puede decir que el contrato produce las consecuencias que las partes quisieron para cuando se prestara el servicio, pero la obligación de prestar un servicio en forma subordinada a cambio de un salario, que

es el preliminar para que se aplique el derecho del trabajo, tiene su fundamento en el contrato y el incumplimiento de esa obligación trae aparejado consecuencias de derecho.

Por lo anterior, podemos decir que la importancia práctica de haber definido al contrato de trabajo se puede apreciar en el caso de celebrar un contrato un día, por ejemplo: el primero de julio, y que ha de prestarse el servicio en otro momento distinto, por ejemplo: el primero de agosto. En este caso, puede existir incumplimiento de alguna de las partes, esto es, que el trabajador no se presente a trabajar o que el patrono ya no le quiera dar trabajo el día convenido, aquí las consecuencias por incumplimiento son distintas y ambas derivan de la existencia del contrato de trabajo, por lo que hay que considerar las dos situaciones:

A) Si el trabajador es el que no cumple, es decir, es el que no se enrola o engancha en la empresa en la fecha señalada, aquí no se aplicará el derecho del trabajo. No se puede coaccionar al trabajador a enrolarse según se desprende del artículo quinto constitucional, in fine; pero también es de justicia que el patrono pueda exigir el pago de daños y perjuicios que se le haya ocasionado por el incumplimiento, o sea, exigir la responsabilidad civil por un acto ilícito, como lo es el incumplimiento de un contrato.

En la Ley Federal del Trabajo de 1931, se apoyaba la exigibilidad de la responsabilidad civil en el artículo 34 de la citada ley, en el que se decía: "La falta de cumplimiento del contrato de trabajo sólo obligará al trabajador que en ella incurra a la correspondiente responsabilidad civil . . .". Ahora en la nueva ley, el fundamento para exigir dicha responsabilidad está en el artículo 32, en el cual se establece: "El incumplimiento de las normas de trabajo por lo que respecta al trabajador sólo da lugar a la responsabilidad civil, sin que en ningún caso pueda hacerse coacción sobre su persona . . .". Y se aplica este artículo, porque el trabajador no cumple con la norma de trabajo establecida en el contrato individual de trabajo de empezar a laborar un determinado día; y, también, el trabajador viola el tenor del artículo 20 de la nueva ley, que dice que una vez realizado un contrato de trabajo por un trabajador, se encuentra obligado a prestar un servicio subordinado, a cambio de un salario.

B) Ahora veamos el caso en que es el trabajador el que se presenta el día convenido para empezar a prestar el servicio que había prometido en el contrato de trabajo y es el patrono el que le impide laborar, o bien, le dice que ya tiene ocupado el puesto que le había ofrecido. Aquí el trabajador tiene dos caminos a seguir:

El primero consiste en que tomando en cuenta que el trabajador cumple con la obligación derivada del contrato de trabajo y se ha puesto a disposición del patrono para que éste le dé órdenes relacionadas con su trabajo, desde ese momento, en virtud de lo establecido en el contrato de

trabajo y del hecho del trabajador de ponerse a disposición del patrono, se podrá exigir el otorgamiento o asignación del puesto y que el patrono cumpla con todas las obligaciones que derivan del derecho del trabajo, empezando por el pago del salario, para todo ello el trabajador tiene acción para exigirselas ante las Juntas de Conciliación y Arbitraje; adquiriendo, desde el momento del enrolamiento o enganche, los derechos que como trabajador le concede la ley.

La segunda posibilidad que tiene el trabajador es, tomando, también, en consideración que al presentarse a la empresa y ponerse a disposición del patrono, cumple por su parte con el contrato de trabajo al realizar lo que había prometido; por lo que el patrono que no quiera cumplir con su obligación de ocuparlo, al decirle que no desea ya los servicios del trabajador, o bien, que ya ocupó el puesto vacante con otro trabajador, ha configurado una situación muy similar al despido sin causa justificada, por lo que por analogía el trabajador podrá pedir la indemnización constitucional de tres meses de salario y, además, los daños y perjuicios que hubiera recibido por la conducta ilícita del patrono.

Como se puede apreciar, a estas conclusiones no se hubiera llegado, o mejor, hubiera presentado cierta dificultad llegar a ellas, si se hubiera omitido definir al contrato de trabajo. Por lo que con la nueva ley queda precisado que no existe conflicto o que están divorciadas las figuras del enganche o enrolamiento y la del contrato, sino que tienen una perfecta coexistencia en la moderna concepción de la teoría de la relación de trabajo, que es la base del nuevo derecho individual del trabajo.

4) El último párrafo del artículo 20 de la nueva ley, establece que el contrato y la relación de trabajo producen los mismos efectos, con esto se quiso hacer hincapié: primero, que producen los mismos efectos una relación de trabajo que haya sido precedida de un contrato como aquella que no lo haya sido; segundo, que las mejores condiciones o prestaciones a favor de los trabajadores que se estipulen en un contrato, son tan obligatorias como las que se desprenden de la nueva ley y de los contratos colectivos de trabajo, las cuales se aplican al prestar el servicio; y, tercero, se señala un nuevo espíritu que se sustenta en la nueva Ley Federal del Trabajo con diferencia de la de 1931, y que consiste en que mientras para esta última, se presumía la existencia de un contrato de trabajo en toda prestación de servicios subordinado, ahora en la nueva ley, se presume la existencia de una relación de trabajo en todo contrato de trabajo que se celebre, lo cual, como ya vimos en el apartado anterior, produce consecuencias muy importantes.

5) El artículo 21 de la nueva ley, está íntimamente relacionado con la idea que ha sustentado entre nosotros el maestro Mario de la Cueva, en el sentido de que la fuerza expansiva del derecho del trabajo, ha producido una vuelta trascendental: en el pasado, el derecho del trabajo era

un derecho de excepción; existía una presunción de que las prestaciones de los servicios estaban regidas por el derecho civil o mercantil. En el presente, la situación es inversa: el derecho del trabajo tiene a su favor la presunción de que toda prestación de servicios es una relación de trabajo; quien alegue el carácter civil o mercantil de la relación deberá demostrar que la misma no reúne los caracteres del derecho del trabajo. Así se demuestra que el derecho del trabajo está consciente que aún no termina su lucha por extender su manto protector, a pesar de las numerosas victorias que ha conquistado.

La presunción de la existencia de una relación de trabajo entre el que presta un servicio personal y el que lo recibe, no es otra cosa que la expresión de una doble circunstancia: la fuerza expansiva del derecho del trabajo y la categoría actual de derecho común que tiene el derecho del trabajo para regir toda prestación de servicios humanos.

5.—El capítulo IV del Título Segundo de la nueva Ley Federal del Trabajo, siguiendo la teoría de la relación de trabajo, se denomina: "Rescisión de las relaciones de trabajo". Con este nuevo empleo del término rescisión se va en contra de la concepción tradicional que habla sustentado el derecho privado, el que siempre ha hablado de rescisión del contrato, contando con el acuerdo de toda la doctrina precedente e incluso con la legislación y la jurisprudencia. Esto ha dado como consecuencia que se indique que: "es burda la innovación, porque una relación jamás se rescinde; una relación se termina, se concluye, se disuelve o se extingue, pues lo único que se rescinde es el contrato" (11).

Bajo el juego de estas palabras sólo encontramos una postura civilista, la cual, nos atrevemos a sostener, carece de base o fundamento no sólo en el derecho del trabajo, en virtud de la teoría de la relación de trabajo, sino incluso en todo el campo jurídico, como a continuación demostraremos.

Somos de la opinión de que no se puede hacer avanzar al derecho si nos apegamos a lo del "magister dixit" o a la tradición que nos ha precedido, no importando el cúmulo de opiniones y de años que la sostengan y afirmen, ni tampoco conformarnos con el criterio estrecho de "porque así lo dice la ley". Cada vez se hace más necesario precisar los conceptos, pues no en pocos casos ocurre que se está en un error.

Rescindir, según la Real Academia de la Lengua, tiene su etimología en el latín rescindere, de re y sendere: rasgar, y que significa hoy en día: "dejar sin efecto un contrato, obligación, etc.". Aunque lo más correcto debería ser: "dejar sin consecuencias un contrato . . . etc.". En fin, la palabra rescisión se traduce en un **dejar sin**, que muy bien podría reem-

(11) SANCHEZ ALVARADO A., Op. cit., pág. 339.

plazarse por alguno de sus sinónimos: terminar, concluir, finalizar, extinguir, y otros semejantes.

Ahora bien, no es nuestro objeto demostrar que gramaticalmente es la misma rescisión, terminación, conclusión, extinción, etcétera, sino que queremos sostener que jurídicamente lo único rescindible es la obligación o mejor, la relación jurídica que surge del contrato y no el contrato en sí mismo.

La rescisión de una relación es una figura que opera en el ámbito del derecho; vamos a demostrar esta tesis, pero enfocándola desde el campo del derecho civil, ya que es a través de él, y principalmente de su parte relativa a las obligaciones, la que se ha tomado como base y punto de partida de las demás disciplinas jurídicas. Las razones en que apoyamos nuestro punto de vista son las siguientes:

Dividiremos en tres partes nuestra exposición, la primera será la ubicación del tema (qué es una obligación y el contrato como fuente de las obligaciones); la segunda corresponderá a una parte probatoria (en la que se organizarán y tratarán de precisar ideas); y por último, la parte conclusiva.

Ubicación del tema:

1) La obligación ha sido definida tradicionalmente como "**la relación jurídica** que se establece entre una persona llamada acreedor, que puede exigir de otra llamada deudor, una prestación o abstención de carácter patrimonial" (12).

De este concepto de obligación se desprende que descansa en tres elementos fundamentales:

- a) los sujetos (acreedor y deudor);
- b) la relación jurídica; y
- c) el objeto.

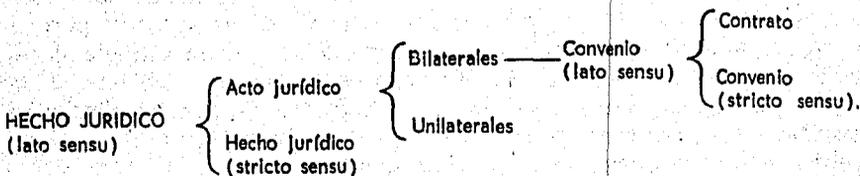
Estos tres conceptos tienen, con respecto a la obligación, importancia semejante a la de los axiomas en las matemáticas, o a la de los principios de identidad, contradicción y exclusión del medio en la lógica. De estos tres elementos de la obligación, el que nos interesa es el segundo. La doctrina no se ha puesto de acuerdo sobre en qué consiste o en qué se apoya dicha relación jurídica, encontrando dos posturas sobre el particular: el sistema francés (de Demogue, y otros), que sostiene que es una relación jurídica porque es protegida por el derecho adjetivo, protección que s

(12) BORJA SORIANO Manual: *Teoría General de las Obligaciones*, 5a. ed., Edit. Porrúa México, 1966, tomo I, pág. 81.

traduce en la facultad que tiene el acreedor de ejercitar una acción para obtener la prestación debida o su equivalente; por su parte, la otra postura, denominada alemana (sustentada por Lévy Ullman, Kohler, Gierke, etc.), se dice que la teoría anterior confunde la causa con el efecto, precisando el segundo al querer definir lo primero, esto es, la relación jurídica se reduce a la facultad que tiene el acreedor de "poder exigir" a su deudor que cumpla, y la situación del deudor de "deber cumplir" la pretensión (esta situación se denomina Schuld), y que sólo en caso de incumplimiento, es cuando se dirigen a tribunales para pedir que se utilice la coacción para que se cumpla (a esta situación la denominan Haftung) (13). De estas dos tendencias, la más aceptable es la alemana, por lo que nos adherimos a ella.

2) La palabra fuente, tiene su raíz etimológica en el vocablo latino "fons, fontis", con el cual se significaba el manantial de agua que brota de la tierra, esta palabra en sentido metafórico se introdujo al campo del derecho, como ha señalado Claude du Pasquier.

Dentro de la parte relativa a las obligaciones se habla de fuentes, queriendo designar con ese término el manantial de donde brotan precisamente los derechos personales. Siendo esta fuente el hecho (lato sensu), éste ha sido clasificado en acto jurídico y hecho jurídico (stricto sensu), según se quieran por la persona las consecuencias o no. Ahora bien, los actos jurídicos se subclasifican en unilaterales y bilaterales, y dentro de los bilaterales tenemos al convenio, que es definido por nuestro código civil en su artículo 1792, como el acuerdo de dos o más voluntades para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones y derechos. Y todavía más, dentro del convenio, tenemos una especie que es el contrato; podemos hacer el siguiente cuadro de la situación del contrato como fuente de las obligaciones:



Parte probatoria:

3) El contrato, por lo tanto, es una de las fuentes de las obligaciones, nuestro código civil lo reglamenta como la principal fuente, siguiendo la corriente latina (14); según se desprende del artículo 1793 de nuestro ordenamiento civil, se puede definir como el acuerdo de dos o más personas para crear o transferir derechos y obligaciones.

(13) Ibidem, pág. 83.

(14) Esto es impropio, como ya lo dejamos sentado en nuestro segundo capítulo.

Para perfeccionar dicho contrato basta el simple consentimiento, obligando desde ese momento a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también, a las consecuencias que, según su naturaleza, sean conforme a la buena fe, el uso o la ley (Artículo 1796).

Esto es, los dos contratantes desde el momento del acuerdo de voluntades están unidos por un vínculo jurídico, que lo podemos denominar relación contractual, que viene a ser las consecuencias (obligaciones) que han resultado de la realización de un supuesto (que es el contrato). De esto se desprende que el contrato existió en un momento jurídico, como acuerdo de voluntades, y que cumplió con su cometido, el hacer surgir una relación entre los dos contratantes, pero lo único que subsiste es ese vínculo, relación jurídica (obligación) que no es el contrato (fuente).

4) La nulidad y la rescisión se distinguen, en términos generales, en que mientras la causa por la que se hace valer la nulidad es un hecho anterior o concomitante con la celebración del acto que da nacimiento a la relación; en cambio, la rescisión opera por una causa superveniente, una vez que el acto original ya se realizó, o sea, después del acuerdo de voluntades, que se sucedió en un momento histórico y ahí quedó. Luego, la rescisión sólo se puede dirigir y opera en la relación contractual y no en el contrato, ya que esto último sería como desenterrar a un muerto para querer matarlo de nuevo.

Parte conclusiva:

5) Por lo tanto, sostenemos que lo único que se puede rescindir es la relación contractual y no el contrato en sí, o sea, dejar sin efecto las obligaciones nacidas de un contrato.

6) Ahora bien, en el derecho del trabajo, como indicábamos, no se puede hablar de relación contractual, entre otros argumentos, porque la mayor parte de su contenido no depende de lo que se estipule libremente por las partes en un contrato, sino en lo que se establezca en la ley, en las convenciones colectivas de trabajo, etc. En nuestra disciplina se sostiene y se fundamenta en la relación de trabajo o laboral, y consecuentemente es la única que se puede rescindir.

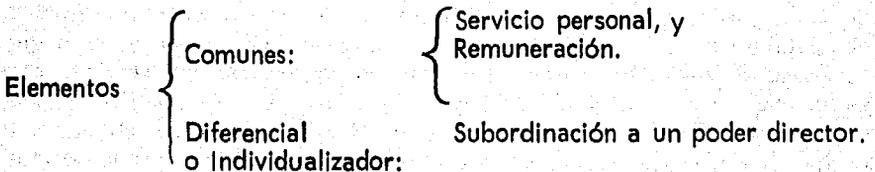
Concluyendo, estamos de acuerdo con la terminología usada en la nueva Ley Federal del Trabajo, no sólo porque se presente como una unidad armónica en terminología, sino por considerarla técnicamente avanzada.

6.—Los elementos de una institución son las distintas nociones que sirven para integrar su individualidad y cuya falta produce la inexistencia de la institución, en otras palabras, aquello que concurre a la formación de un todo, principios en los que descansa una idea y que faltando uno de ellos no la configuran. Estos elementos los podemos clasificar en

comunes y diferenciales, siendo los primeros los que necesariamente encontramos en una institución, pero que también se hallan formando parte de otras; en cambio, el elemento diferenciador es aquel que lo define, lo delimita, que lo distingue de las demás instituciones, siendo por lo tanto el más importante.

En el derecho del trabajo, los elementos integrantes de la relación individual de trabajo, según se ha considerado por la doctrina y la legislación, son: trabajador, patrono, prestación de un servicio personal, estado de subordinación y remuneración.

Los sujetos de la relación de trabajo son el trabajador y el patrono, y decimos que son elementos de la relación de trabajo, porque se necesitan para indicar que necesariamente deben existir dos personas: una persona natural que presta un servicio en forma subordinada, que recibe el nombre de trabajador, y una persona natural o moral, que lo recibe y paga por él un salario, que es el patrono. Sobre este aspecto no existe la menor duda, pero por lo que toca a los demás elementos, es necesario estudiarlos para saber cuál es el más importante, el que individualiza a la relación de trabajo de las demás figuras jurídicas semejantes; con este objetivo, podemos hacer el siguiente esquema:



1) Como elementos comunes tenemos: al servicio y la remuneración, que corresponden, respectivamente, a las prestaciones del trabajador y del patrono. Decimos que estos elementos son comunes porque también los encontramos en otras instituciones que no regula nuestra materia, tal es el caso del mandato (art. 2546 y sig. del código civil vigente), la prestación de servicios profesionales (Art. 2606 y sig. del código civil), los portadores en los contratos de transporte (Art. 2646 y sig. del código civil), la comisión mercantil (art. 273 del código de comercio vigente), los trabajos de los agentes aduanales (art. 690 y sig. del código aduanal) (15) y otras figuras más.

La prestación del servicio que toma en cuenta nuestra disciplina es

(15) El carácter de estos agentes aduanales es muy similar al de los comisionistas, en cuanto se dedican a realizar los mandatos especiales que el público les confiere, convirtiéndose en comisionistas en cuanto gestionan actos de comercio (e). cuando realizan contratos de transporte, seguro, et.c.). En diversas ejecutorias de la Suprema Corte se sostiene que dichos agentes no son trabajadores, sino funcionarios públicos. Véase sobre el particular a MANTILLA MOLINA Roberto: **Derecho Mercantil**, 8a. ed., México, 1965, pág. 164-5.

tanto material, como intelectual o de ambos géneros. Esto lo desprendemos del artículo ocho de la nueva ley, en su segundo párrafo, que dice:

“ . . . 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.”

La distinción que se hace en este artículo sólo se explica por una reminiscencia histórica; en primer lugar no se puede hacer una división tajante o precisa de dónde empieza lo intelectual y dónde lo material; segundo, se hizo esta redacción en las leyes de trabajo atendiendo a que no importa si el elemento preponderante es el material o el intelectual, debido a que en un principio de nuestra disciplina existía una corriente que sostenía que el único trabajo objeto de protección era el material, esta era la época del derecho obrero o industrial, que vino a ser una primera etapa de nuestra evolución; tercero, es la única explicación de esta minuciosidad, ya que hoy en día, es un hecho que a nadie se puede excluir de los beneficios de la legislación de trabajo atendiendo a si un trabajo es intelectual, material o de ambos géneros, sino que el elemento de distinción es la subordinación, como veremos más adelante.

Respecto a la retribución, que en nuestra materia recibe el nombre de salario, es lo que debe pagar el patrono a su trabajador por el trabajo que éste le presta (Artículo 82 de la nueva Ley). Este elemento, es lo que Ludovico Barassi (16) caracteriza como la **onerosidad** del servicio, que es esencial en el derecho del trabajo, de esto resulta que quien da su trabajo no con ánimo de ganancia sino movido por propósitos altruistas o de beneficencia o aún, por espíritu religioso, no queda comprendido dentro de nuestra disciplina.

La relación de trabajo supone el pago de un salario, solución que es consecuencia de la disposición contenida en el artículo 5 de la Constitución, y que deriva, además, de los principios básicos del artículo 123 constitucional.

Se señala que este salario debe ser remunerador y proporcionado a la cantidad y calidad del trabajo (artículo 85 de la nueva ley). Retribuir no quiere decir otra cosa que pagar, esto es, dar uno a otro o satisfacer lo que se debe, de esto se desprende que no hay ninguna causa para restringir este concepto a la cantidad de dinero que en efectivo se paga, sino que pueden y quedan comprendidas dentro del salario otras prestaciones, tal es el caso, en nuestra disciplina, de la habitación, primas, comisiones, de la prestación en especie y en general cualquier prestación que se le entregue al trabajador por su trabajo (Artículo 84 de la nueva Ley). Con este artículo se está tanto etimológicamente como jurídicamente contestando a la doctrina que no aceptaba la citada extensión, estando además

(16) en su Tratado de . . . cit., tomo I, pág. 344.

dicho precepto conforme con la jurisprudencia uniforme que ha sustentado nuestro más alto tribunal (17).

2) El elemento que individualiza y distingue a la relación de trabajo de otras actividades, y en esto están acordes la mayoría de la doctrina, las legislaciones de derecho comparado y la jurisprudencia (18), es la subordinación de la actividad a otra persona.

Su etimología es indiscutiblemente latina: sub, bajo y ordinar, ordenar, por lo que subordinar significa sometimiento o sujeción a poder, mando u orden superior o más fuerte.

Guillermo Cabanellas (19) nos dice que los vocablos subordinación y dependencia se utilizan como sinónimos y cuentan para ello con el apoyo de la Real Academia. Aunque, cuando se quiere diferenciar suele aducirse que el término dependencia resulta ser un vocablo más amplio y flexible, alejado de la inferioridad jerárquica en que se traduce el de subordinación. Otra observación, muy sutil, que utiliza para señalar la diferencia es que la subordinación se entiende como un estado —el del trabajador— sujeto a la potestad patronal, en tanto que el resultado o consecuencia viene a ser la dependencia. Pero a pesar de todo esto, tanto los textos doctrinales como legislativos los emplean indistintamente.

Sin embargo, en el Derecho Mexicano del Trabajo es preferible la utilización del vocablo subordinación en lugar del de dependencia, puesto que, como señala acertadamente el maestro De la Cueva (20), puede dar lugar a confusiones utilizar el de dependencia, en atención al significado de supeditación económica que se le ha dado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia mexicana al interpretar el artículo 17 de la Ley Federal del Trabajo de 1931, en que se habla de trabajo "bajo la dirección y dependencia".

Sin embargo, existen algunos autores que están en contra del elemento subordinación como el diferenciador; es interesante al respecto la postura de Somaré, quien expuso sus ideas en el Primer Congreso Internacional de Derecho Social, y en la que sostiene:

(17) Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, del año 1965, Cuarta Sala, tesis 151, pág. 143.

(18) Así lo ha sustentado nuestra Suprema Corte de Justicia, en múltiples ejecutorias, como la de 5 de junio de 1967, en el amparo directo 2624/66, Holger Miller, en la que se dice: "La simple prestación de servicios, conforme a una retribución específica no constituye por sí sola una relación de trabajo, en tanto que no revista el vínculo de subordinación, denominado en la ley con los conceptos de dirección y dependencia, según el artículo 17 de la ley federal del trabajo".

(19) *En Compendio del Derecho del Trabajo*, Edit. Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1968 Tomo I, pág. 395.

(20) en *Derecho mexicano* .. . cit., tomo I, pág. 487.

"El criterio de la subordinación, a nuestro entender, es vituperable desde el punto de vista ético, puesto que nos parece un resabio de regímenes jurídicos de antaño, ya superados, según los cuales el trabajador y la energía del trabajador eran el objeto del poder jurídico del empleador, constituido mediante el contrato" (21).

Señala además que es un concepto criticable porque es insuficiente para caracterizar ciertos tipos de vinculaciones, como es el caso de las profesiones liberales, que deben regularse. Nos sigue diciendo que:

"... no puede hablarse de subordinación jurídica en una sociedad que pregona y vive la exaltación de las virtudes humanas, que destaca y consagra la dignidad del hombre que trabaja, colaborando incluso por razones de solidaridad, en la gestión de las empresas, tendiendo en conjunto al bienestar colectivo. Los hombres y los grupos que ellos constituyen, colaboran, pues, en el esfuerzo común, para consolidar el bienestar general y de tal manera, al par que ejercitan un derecho, cumplen con una obligación.

"Como el derecho social se nutre y vive de realidades, debemos tender en todo momento a ser realista y manejanos con ellas . . ." (22).

No compartimos las ideas de este jurista, ya que esta postura se puede criticar fácilmente:

- a) Su enfoque lo realiza desde el campo de la ética y no desde el punto de vista jurídico;
- b) Confunden dos cosas distintas, una situación es la del trabajador servil de la antigüedad y otra cosa distinta la prestación de un servicio en forma subordinada que es de la que habla nuestro derecho del trabajo;
- c) La subordinación no es un término insuficiente, sino todo lo contrario, es el elemento diferenciador, ya que sólo cuando existe, cuando se da la relación de trabajo, es cuando surge la aplicación del derecho del trabajo, y en las profesiones liberales sólo cuando existe dicho elemento, es cuando cobra importancia para nuestra disciplina;
- d) La sociedad que pregona es una concepción ideal, que no se ha dado ni se da en la realidad, y tan no se da, que es la causa por la que existe el derecho del trabajo;
- e) Señala, con acierto, que el derecho social (del trabajo) se nutre y vive de realidades, pero es el primero en contradecirse al querer hacer valer una concepción ideal sobre la realidad.

(21) Cit. en RUPRECHT A.: *El contrato de trabajo*, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1960, pág. 48.

(22) *Ibidem*, pág. 49.

Es necesario señalar que la inmensa mayoría de la legislación y de la doctrina comparada están acordes en ver el elemento substancial y diferenciador en la subordinación, aunque es un concepto escurridizo, equívoco, que se resiste a ser aprisionado en una noción precisa que sea aceptable, ya que no es susceptible de una determinación apriorística general válida para todas las innumerables formas que puede revestir en la relación de trabajo, pero esto solamente nos revela la importancia que tiene.

En cierta forma, la subordinación responde a ¿qué debe hacer el trabajador? En la doctrina se ha discutido mucho cuál debe ser el criterio para poder caracterizar a la subordinación, dándose tres posturas que son las siguientes:

A) **La subordinación económica**, que es la que resulta de la desigualdad social y de la división de clases, atendiendo a que son trabajadores económicamente débiles, que viven principalmente del producto de su trabajo, y que, por lo tanto, se encuentran supeditados económicamente a la retribución que les dé el patrono a cambio de su trabajo, esto es lo que se ha llamado la dependencia económica, y en la que se ha querido ver la esencia de la subordinación.

Esta tesis fue la más antigua y casi unánimemente ha sido abandonada como criterio esencial. Y esto se debe a que —como dice Erwin Jacobi (23) a pesar de que se encuentra frecuentemente, no acompaña necesariamente a la relación de trabajo, es sintomático, pero no de carácter esencial (24). Finalmente, esta dependencia económica también puede existir en los contratos de obra y aun en el trabajo libre.

B) **La subordinación técnica**, que resulta de las necesidades organizativas de la empresa o de la posesión de ciertos conocimientos; el trabajador obedece las órdenes que le da el patrono en la ejecución de su trabajo, que le señala el modo y la forma de realizarlo. Esta subordinación no se presenta en forma absoluta sino racional, puesto que, por lo general, el trabajador tiene iniciativa en la manera de ejecutar su tarea, por lo que la dirección técnica varía en su intensidad, siendo en algunos casos muy leve; tampoco dicha dirección técnica podemos tomarla como elemento esencial, porque en algunas relaciones de

(23) Cit. en DE LA CUEVA M., Derecho mexicano del. . . cit., tomo I, pág. 484.

(24) Este criterio ha sido sustentado por nuestro máximo tribunal en múltiples ejecutorias, como la de 17 de Enero de 1964, en el amparo directo 2072/63, Comercial Fuentes, en la que señala: "No es necesario la dependencia económica absoluta para que exista la relación obrero-patronal". Todavía es más categórica la importante ejecutoria de 10. de Febrero de 1965, en el caso de Marcelo De la Cueva y Foucade, que vamos a analizar posteriormente, y en la que se indica: "Para que exista la relación laboral, no es necesario que quien presta sus servicios dedique todo su tiempo al patrono ni que dependa económicamente de él. . ."

trabajo llega a faltar, tal es el caso de ciertas relaciones laborales de profesionistas, o bien, de personal técnico o altamente calificado (25).

- C) **La subordinación jurídica**, es la postura aceptada actualmente en la doctrina y en la jurisprudencia. Efectivamente esta relación de subordinación, como indica Barassi, crea un estado jurídico y no de hecho, porque la relación de trabajo tiene su origen en un acto jurídico y porque existen en él la facultad de mandar y el deber de obedecer.

Las definiciones que da la doctrina varían, entre las más importantes tenemos las siguientes:

Para Colín: "Por subordinación jurídica enténdese un estado de dependencia real, producido por un derecho, el derecho del empleador de dirigir, de dar órdenes, de donde surge para el empleado la obligación de someterse a sus órdenes. . . . Trátase de un derecho general de fiscalizar la actividad de otro, de interrumpirla o hacerla cesar a su voluntad, de trazar sus límites sin que sea necesario controlar continuamente el valor técnico de los trabajos efectuados" (26).

Ramírez Gronda señala que: "La subordinación jurídica consiste cabalmente en el derecho patronal de dar instrucciones y en la correlativa obligación del trabajador de acatarlas; el patrono dispone y fiscaliza, entonces como acreedor de una prestación contractual. Esta subordinación, además, no está encajada en un ámbito físico o temporal determinado de validez. Ella consiste, para el dador del empleo en algunos casos, en dar órdenes, en otros en la sola posibilidad de darlas o de hacerlas cesar, y siempre en la posibilidad de substituir su voluntad a la del trabajador, cuando lo creyere conveniente" (27).

El maestro Mario de la Cueva, por su parte, nos dice que: "por subordinación se entiende el deber jurídico del trabajador de prestar el servicio de conformidad con las disposiciones vigentes en la empresa y con las ins-

(25) Así lo ha considerado la Suprema Corte de Justicia, por ejemplo, en la ejecutoria de 8 de octubre de 1964, en el amparo directo 8280/63. Aserraderos "La Victoria" S. de R. L., en la que al referirse al trabajo de los profesionistas subordinados, se indica: ". . . De manera que cuando exista una relación continua y permanente de prestación de servicios profesionales que se retribuyan con un sueldo u honorario mensual, cualquiera que sea la intensidad, calidad e importancia económica o monetaria del trabajo desarrollado, el profesionista adquiere el carácter de asalariado, pues aun cuando podría faltar la dirección técnica, dada la naturaleza de los servicios, BASTA CON LA POSIBILIDAD JURIDICA DE QUE EL PATRONO pueda en un momento dado disponer de la energía del trabajo, aunque de hecho no ejerza dicha dirección técnica, para que se configure el contrato de trabajo". En este mismo sentido puede verse la ejecutoria de 26 de noviembre de 1964, en el amparo directo 9065/63, Jesús Hernández Pimentel".

(26) Cit. en RAMÍREZ GRONDA J.: *El Contrato de trabajo*, Buenos Aires, 1945, pág. 188.

(27) *Ibidem*, pág. 192.

trucciones que en cualquier tiempo dicte el empresario, siempre que en éste último caso no se contravenga los mandamientos legales ni se agrave la condición del trabajador" (28).

De estas definiciones, podemos nosotros desprender la siguiente concepción: La subordinación es una situación jurídica en una relación de trabajo, por la que una persona, llamada patrono, tiene el derecho de disponer o fiscalizar en cualquier momento la energía de trabajo para el mejor desarrollo de las actividades de la empresa; y frente a este derecho existe el correlativo deber jurídico de parte del trabajador de obedecer, prestando el servicio debido, o sea, el trabajo que se ha comprometido realizar.

En los términos subordinación y relación de trabajo no se puede señalar que el primero produce al segundo ni viceversa, sino que son ideas que se confunden, que están íntimamente unidas de tal modo que no los podemos comprender aislados, no es posible hablar de la subordinación jurídica si no es en una relación laboral, ni tampoco es posible hablar de relación de trabajo si no existe dicha subordinación. Por lo que se refiere a la disposición y a la fiscalización que utilizamos, ni son sinónimas ni en ese sentido las empleamos, sino que tratamos de distinguir dos situaciones: cuando el patrono dispone del trabajo, es una dirección activa, en la que se hacen patentes, actuales y constantes las órdenes del patrono, esta situación la encontramos sobre todo en los trabajos no calificados; por lo que respecta a la fiscalización, lo utilizamos en el sentido de Colín, o sea, como la posibilidad jurídica que tiene uno de ellos de controlar, vigilar e inquirir cuando lo crea necesario, aquí es potencial la actitud del patrono, esto ocurre con los trabajos de profesionales, técnicos o trabajadores altamente calificados. La obediencia del trabajador es limitada a la labor debida, lo cual se precisa en la definición del maestro De la Cueva citada.

Antes de seguir adelante, debemos precisar lo siguiente respecto a la subordinación:

Primero: a pesar de que consideramos que es el criterio de la subordinación jurídica el concepto que la define y la distingue, presentándose en toda relación de trabajo, no por eso excluimos los demás criterios, es más, pensamos y en esto estamos de acuerdo con Alberto Sidaoui (29),

(28) Síntesis del Derecho del. . . cit., pág. 44.

(29) "A nuestro entender, nos dice, la subordinación tiene tres matices: personal, técnica y económica. Cuando el trabajador observa puntualmente las órdenes recibidas, el reglamento de la empresa sobre horas de trabajo, días y lugares de pago, de limpieza etc.; y las demás normas de la negociación, se subordina personalmente (jurídicamente) al patrono; cuando realiza el trabajo conforme a las reglas de ejecución que se le han señalado, está en el caso de subordinación técnica; y cuando estima como fuente de sus ingresos y base de su patrimonio el salario que recibe, se subordina económicamente", en *Teoría general de las obligaciones en el Derecho del Trabajo*; México, 1946, pág. 51.

que en gran parte de las relaciones de trabajo encontramos los tres elementos, o sea, el aspecto económico, el técnico y el jurídico, siendo el único imprescindible el tercero para la existencia de una situación de derecho del trabajo.

Segundo: La subordinación de ninguna manera es una situación de hecho en la que el trabajador pierda iniciativa y libertad, desarrollando una actividad totalmente dirigida, esto es, no afecta la idea filosófica, social y jurídica de la libertad humana. Desde los primeros años de la Independencia, con los decretos de José María Anzorena y de Miguel Hidalgo y Costilla, aboliendo la esclavitud, se señaló el sendero por el que deberían de transitar las nuevas generaciones, el de buscar la consagración en los textos legales de las libertades que tiene el hombre por naturaleza; garantizándose la libertad del hombre como trabajador en la Constitución de 1857 (Artículo quinto), y que se reafirmó en nuestra Constitución vigente, en el artículo quinto, principalmente en el tercer párrafo:

"El Estado no puede permitir que se lleve a efecto ningún contrato, pacto o convenio que tenga por objeto el menoscabo, la pérdida o el irrevocable sacrificio de la libertad del hombre, ya sea por causa de trabajo, de educación o de voto religioso . . ."

Este límite constitucional debe ser respetado siempre, como nos dice Ferrari: "La subordinación no puede llevar al empleador a sustituir totalmente la voluntad del asalariado por la de él y obligarlo a cumplir actos cuya licitud el trabajador cuestione o lo deprima por ser violatorios de las reglas morales" (30). La subordinación, no es otra cosa que la posibilidad jurídica de poder disponer o de disponer efectivamente del servicio cuando lo crea necesario, que se traduce en la dirección y limitaciones a la actividad ajena, pero solamente en el trabajo debido.

Tercero: Estamos de acuerdo con Ludovico Barassi (31) en el sentido de que la subordinación y la exoneración del riesgo son elementos que se integran y justifican recíprocamente en las relaciones económico-jurídicas. Y esto se debe a que como los demás se subordinan en la empresa a la dirección del patrono y como suya es la utilidad que se obtiene, a su cargo deben ser las pérdidas.

Cuarto: La subordinación que se manifiesta en la posibilidad de disponer o de disponer efectivamente del servicio debe tener el carácter de continua, en razón de que se estima que la intermitencia de ella no crea un verdadero vínculo de subordinación; y además, debe ser permanente, porque se considera que los servicios accidentales u ocasionales no bastan para establecer ese vínculo.

(30) en *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Facultad de Derecho, Montevideo, 1961, tomo I, pág. 370.

(31) en su *Tratado de Derecho*. . . cit., tomo I, pág. 340.

La nueva Ley Federal del Trabajo, a diferencia de la ley de 1931, ya no habla de dirección y dependencia, sino que utiliza los conceptos de "trabajo personal subordinado"; así tenemos el artículo 20, en el que se dice:

"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 . . ."

Ahora bien, esta subordinación personal no es omnímoda, sino que se encuentra limitada, por lo que este artículo se debe relacionar con el 134 de la nueva ley, en el que al hablar de las obligaciones del trabajador se establece en su fracción tercera:

"Desempeñar el servicio bajo la dirección del patrón o de su representante, a cuya autoridad estarán subordinados en **todo lo concerniente al trabajo**".

Esto es muy importante, porque no se trata de una obediencia ciega, sujeta al capricho del que manda, sino que la dirección es funcional, o sea, para unificar, coordinar las actividades a fin de realizar los propósitos de la empresa, sin poder ir en contra de los mínimos legales que se establecen para la condición de la prestación del servicio.

Nuestra Suprema Corte de Justicia se ha preocupado desde hace tiempo de precisar lo que debemos entender por subordinación; de las múltiples ejecutorias, una de las más importantes es la de primero de febrero de 1965, en el amparo directo 3339/64, Marcelo de la Cueva y Foucade, en la que se señala:

"Para que exista relación laboral, no es necesario que quien presta sus servicios dedique todo su tiempo al patrono ni que dependa económicamente de él. El verdadero criterio que debe de servir para dilucidar una cuestión como la presente es el concepto de subordinación jurídica establecida entre el patrono y el trabajador, a cuya virtud aquél se encuentra en todo momento en posibilidad de disponer de la fuerza de trabajo, según convenga a sus propios fines. Así pues, no se requiere la utilización efectiva de la energía y de la fuerza de trabajo. Correlativo a este poder jurídico es el deber de obediencia del trabajador a las órdenes del patrono. La facultad de mando presenta un doble aspecto: jurídico y real. En cuanto al primero, el patrono está siempre en aptitud de imponer su voluntad al trabajador y él está obligado a obedecer acomodando su actividad a esa volun-

tad. En cuanto al segundo, debe tomarse en cuenta que, precisamente porque los conocimientos del patrono no son universales, existe la necesidad de confiar numerosas fases del trabajo a la iniciativa propia del trabajador, siendo más amplia esta necesidad cuando se trata de un técnico, de tal manera que la dirección del patrono puede ir de un máximo a un mínimo. Por consiguiente, para determinar si existe relación de trabajo, debe atenderse menos a la dirección real que a la posibilidad jurídica que esa dirección se actualice a través de la voluntad patronal . . .”.

Esta importante ejecutoria que precisa lo que debe entenderse por subordinación, tiene como ponente al ministro Manuel Yáñez Ruiz, quien recogió las ideas doctrinales, sobre todo, las del maestro Mario de la Cueva, las cuales transcribe en varios párrafos de dicha ejecutoria (32).

El concepto de subordinación es una figura elástica, así ha sido comprendido por la Suprema Corte de Justicia, señalando en diversas ejecutorias los grados y situaciones peculiares a las que puede dar origen (33).

Nuestro más alto tribunal también ha sostenido en diversas ejecutorias, que la continuidad y la permanencia deben presentarse en la prestación del servicio en forma subordinada, este criterio lo encontramos, por ejemplo, en la ejecutoria de 8 de octubre de 1964, en el amparo directo 8280/63, Aserraderos "La Victoria", S. de R. L., se indica:

“ . . . De manera que cuando exista una relación continua y permanente de prestación de servicios profesionales que se retribuyan con un sueldo u honorario mensual, cualquiera que sea la intensidad, calidad e importancia económica o monetaria del trabajo desarrollado, el profesionista adquiere el carácter de asalariado, pues aún cuando podría faltar la dirección técnica, dada la naturaleza de los servicios basta con la posibilidad jurídica de que el patrono pueda en un momento dado disponer de la energía de trabajo, aunque de hecho no ejerza dicha dirección técnica, para que se configure el contrato de trabajo” (34).

7.—Hemos señalado que la expansión del derecho del trabajo es tan profunda, que se han incorporado relaciones que antes estaban muy ale-

(32) Cfr. Derecho mexicano del. . . cit. tomo I, págs. 496-497.

(33) Así se sostiene en la ejecutoria de 13 de marzo de 1964, en el amparo directo 5324/63, Guadalupe de la Rosa y otros, que: “La circunstancia de que la clientela de un negocio ordene al trabajador la forma en que daba realizar su trabajo, no excluye la subordinación de dicho trabajador con relación al dueño del negocio, máxime si está sujeto a un horario y a cumplimentar las órdenes relativas al buen funcionamiento de la empresa dictados por el propietario de la misma”.

(34) Vid. en el mismo sentido la ejecutoria de 26 de noviembre de 1964, amparo directo 9065/63, Jesús Hernández Pimentel.

judas de nuestra disciplina y que ahora son reglamentadas en forma especial por las peculiaridades que presenta. Podemos decir que las nuevas relaciones de trabajo que se han incorporado en los últimos años a los beneficios de nuestra legislación, se deben a los caracteres: expansivo y concreto y actual que tiene el derecho del trabajo.

La legislación del trabajo tiene un sentido universal y está regida, según se ha expresado a menudo, por el principio de igualdad; pero la aplicación de este principio está condicionado por la diversidad o igualdad de situaciones: a situaciones iguales debe aplicarse la misma norma, pero cuando ellas son distintas, las normas tienen que ser por lo mismo, diferentes.

Especial es lo singular o lo particular, o sea, algo que comparamos y diferenciamos de lo común, de lo ordinario o de lo general. Ahora bien, en qué consiste esa reglamentación especial en la relación de trabajo, cuál va a ser la diferencia con la común y general.

Para el tratadista argentino Krotoschin (35), el objeto de esas regulaciones particulares, en realidad, no obedece a ninguna necesidad intrínseca, sino que es el producto de la evolución histórica que se ha realizado paso a paso, en forma esporádica, como consecuencia de la falta de legislación de fondo adecuada sobre el contrato de trabajo en general. "El día en que se haya legislado correspondientemente sobre el mismo contrato de trabajo, muchas de esas regulaciones particulares llegarán a ser prescindibles, o bien la regulación de las peculiaridades propias de cada profesión o industria, etc., quedará confiada a las convenciones colectivas de trabajo, tal como también ocurre ya a menudo en la actualidad" (36).

Disentimos de la opinión de este autor, y parece desalentador que una primera afirmación que hagamos al querer precisar lo que individualiza a los trabajos especiales, sea la negación de que en la realidad exista un trabajo común que sea diferenciable con los especiales, esto principalmente por el carácter concreto y actual que tiene el derecho del trabajo, que impide que se llegue a formar un contrato de trabajo en general, que es lo que propone Krotoschin (37). Dentro de lo que podríamos llamar

(35) **Tratado práctico de Derecho del Trabajo**, Edit. De Palma, Buenos Aires, 1955, Vol. I, pág. 590.

(36) *Ibidem*.

(37) En este sentido tenemos también a Francisco Consentini, ya que dice: "¿Es decir eso, que no requieren legislación especial, y que se les podría aplicar aquí las reglas adoptadas en general para el contrato de trabajo? No. . . Toda forma de trabajo tiene sus caracteres, sus circunstancias y sus exigencias propias; cada una debe por consiguiente tener una reglamentación especial. Se ha podido constatar en la aplicación del contrato de trabajo que la Ley se adaptaba a una clase de trabajadores más que a otra, a una región más que otra". **La reforma de la legislación civil y el proletariado**, trad. A Aguilera y Arjona, Edit. Beltrán, Madrid, 1921, pág. 498.

relaciones comunes o generales, según sea la actividad a que se dediquen, es diferente la regulación a la que están sometidos cada uno de los trabajos, sobre todo por la minuciosidad de los contratos colectivos de trabajo, así tenemos que es diferente el régimen jurídico y las condiciones de trabajo entre: cañeros, petroleros, trabajadores de la construcción, trabajadores textiles, los de la industria eléctrica y otros trabajadores; e incluso, dentro de una misma actividad existen regulaciones especiales de trabajo, debidas a los contratos colectivos ordinarios que hayan realizado los sindicatos de las empresas con el patrono.

Pero a pesar de haber sentado la relatividad de la distinción entre la relación común y las relaciones especiales de trabajo, ya que estimamos que en gran parte un trabajo general no existe, ya que todos los trabajos tienen un algo o un mucho de especial, se plantea como exigencia científica la de señalar si dentro de las diversas relaciones posibles, hay un vínculo de generalidad, algún rasgo común que califique con cierta especialidad compartida ciertos tipos de relaciones de trabajo, pues, pese a todo lo dispuesto, es evidente que en esas relaciones tiene que haber algún rasgo característico o individualizador que precisamente haga que se hable de trabajos especiales.

Estamos de acuerdo con Bayón Chacón (38), en el sentido de que la llamada relación de trabajo común y su diferencia con la especial, consiste en que en aquella se aplican plenamente los principios rectores del derecho del trabajo, esto es, se aplican las normas sobre condiciones de trabajo: jornada máxima, salario mínimo, forma de remuneración, participación en las utilidades, estabilidad en el empleo, habitación y otras prestaciones más; en cambio, en los trabajos especiales, dichas instituciones sufren diversas modalidades en su aplicación. En consecuencia, frente a la relación de trabajo común, que rechazábamos desde el punto de vista pluralidad de profesiones, existen relaciones especiales cuya razón no depende de diferencias profesionales, sino de la ausencia o de las particularidades que se observan respecto a los requisitos generales que señalamos y que encontramos en el tipo común de relación de trabajo. Aquí es donde podemos hablar de trabajos especiales, o mejor, de relaciones de trabajo sujetas a un régimen especial.

Por lo tanto, concluimos con Bayón Chacón en el sentido de que: "Vemos por todo ello que la especialidad de los contratos de trabajo (trabajos especiales) no nace del distinto tipo de actividad profesional, sino de la inadecuación o insuficiencia de los requisitos exigidos por la legislación para una cierta clase de contratos de trabajo que por ser el más general se considera como tipo" (39).

(38) **Contratos especiales de trabajo, Concepto**, en "Catorce lecciones sobre contratos especiales de trabajo", pub. por la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, 1965, págs. 15 y slg.

(39) *Ibidem*, pág. 19.

En este sentido es en el que se habla en la doctrina de trabajos especiales, o mejor, relaciones de trabajo sujetas a un régimen especial. Así, para Guillermo Cabanellas: “. . . son aquellos que, por sus particularidades, se regulan, en la totalidad de su contenido o en parte de sus instituciones, en forma distinta del contrato tipo, regulación que no obedece a acuerdos de los interesados en la actividad profesional sino a necesidades específicas de esa actividad tenidos en cuenta por el legislador . . .” (40).

Ahora bien, sostuvimos en el primer capítulo, siguiendo al maestro De la Cueva, que el derecho del trabajo debe ser una fuerza viva al servicio de la democracia, esta idea se traduce en manifestaciones de libertad y de igualdad, que son las que impulsan la mayor intervención de los trabajadores en la creación y aplicación de las leyes.

Como una manifestación de la anterior idea, tenemos la declaración de la igualdad de todos los trabajadores, hombres y mujeres, obreros y empleados; como consecuencia de esta declaración, no se podrán establecer diferencias entre ellos; pero, también, no se puede ignorar que existen situaciones especiales en ciertos trabajadores y en algunos grupos de actividades, que exigen reglamentaciones particulares. Estas modalidades no son diferencias de tratamiento, ni descansan en la suposición de inferioridad de unos grupos de trabajadores con respecto a otros, sino la creación de normas distintas para situaciones diversas: así, por ejemplo, el caso de los trabajadores domésticos, el de los agentes de comercio, trabajadores de autotransporte, deportistas profesionales y otros más. En todos estos casos, debe entenderse, que sus reglas particulares son la adecuación de los principios generales a situaciones determinadas.

Ha sido preocupación de los legisladores del moderno derecho del trabajo el elaborar una adecuada regulación de los trabajos sujetos a un régimen especial, llegándose, incluso a exageraciones, tales como las del “Anteproyecto de Código del Trabajo”, presentado el 31 de marzo de 1963 por Evaristo Moraes Filho, ante el Ministro de Trabajo del Brasil, ya que había un Título dedicado a los trabajos especiales con cuarenta y cinco reglamentaciones especiales (41), olvidándose, a nuestro modo de ver,

(40) **Los contratos del Derecho Laboral**, en Revista “Gaceta del trabajo”, Bibliográfica Omeba, Nos. 5-6, Buenos Aires, 1963, pág. 422.

(41) Había capítulos especiales, incluso para: los empleados de los servicios de telefonía radiotelegrafía y radiotelefonía; de los servicios de mecanografía y taquigrafía; de los operadores cinematográficos; de los profesores; de los químicos; de los periodistas profesionales; del trabajo de minas del subsuelo; de los servicios frigoríficos; de los bibliotecarios; de la profesión de masajista; del ejercicio de la profesión médica y del salario profesional del médico y del cirujano dentista; del ejercicio de la enfermería; de los farmacéuticos; del ejercicio de la profesión de economista; de los contadores y de los guardalibros; de la profesión de abogado; de los médicos veterinarios; de los asistentes sociales; de los motoristas profesionales; de los cabineros de elevadores, y otros trabajos más. VID. MORALES FILHO, Evaristo de: **Anteproyecto do código de trabalho**, Rio de Janeiro, 1963.

que como hemos sostenido, todos los trabajos son especiales y que su reglamentación adecuada se debe dejar a los propios interesados por medio de los contratos colectivos de trabajo y los contratos-ley, aunque esta apreciación es justa cuando los sectores de trabajadores cuentan con una organización sindical poderosa y homogénea, con fuerza en todo el sector y con la facilidad para obtener a través de la contratación colectiva, la satisfacción de sus legítimas aspiraciones, por lo que no se puede aplicar, en cambio, en aquellos casos en que no se dan estas condiciones, siendo ésta una de las razones que motivan al legislador a darle una regulación especial. Las otras razones que los motivan a dar un régimen jurídico especial para una relación de trabajo, como ya lo dijimos, son: que la prestación del servicio presente peculiaridades tan importantes que llamen la atención del legislador (carácter concreto y actual del derecho del trabajo); o bien, que sea necesaria una declaración expresa del legislador para disipar definitivamente dudas sobre la naturaleza jurídica de alguna prestación de servicios (fuerza expansiva del derecho laboral).

En nuestra nueva Ley Federal del Trabajo, se consagra un Título completo a los "Trabajos especiales"; el artículo 181, que se encuentra colocado en las disposiciones generales del citado título, señala:

"Los trabajos especiales se rigen por las normas de este Título y por las generales de esta ley en cuanto no las contraríen".

En la exposición de motivos de esta ley, se precisa cuál fue el origen y lo que se tomó en cuenta para redactar el artículo citado:

"Para redactar esta disposición (art. 181) y las reglamentaciones especiales se tomaron en consideración dos circunstancias principales: primeramente, que existen trabajos de tal manera especiales, que las disposiciones generales de la ley no son suficientes para su reglamentación; en segundo lugar, se consideró la solicitud de los trabajadores y aún de las empresas, para que se incluyera en la ley las normas fundamentales sobre esos trabajos especiales.

Es cierto que en los contratos colectivos podrían establecerse algunas de estas normas, pero la ventaja de incluirlas en la ley consiste en que las normas reguladoras de los trabajos especiales son el mínimo de derechos y beneficios de que deban disfrutar los trabajadores de los respectivos trabajos".

Los trabajos especiales que se regulan en la nueva Ley Federal del Trabajo son los siguientes: trabajadores de confianza (arts. 182-186); trabajadores de los buques (arts. 187-214); trabajo de las tripulaciones aeronáuticas (arts. 215-245); trabajo ferrocarrilero (arts. 246-255); trabajo de autotransportes (arts. 256-164); trabajo de maniobras de servicio público en zonas bajo jurisdicción federal (arts. 265-278); trabajadores del campo (arts. 279-284); agentes de comercio y otros semejantes

(arts. 285-291); deportistas profesionales (arts. 292-303); trabajadores actores y músicos (arts. 304-310); trabajo a domicilio (arts. 311-330); trabajadores domésticos (arts. 331-343); trabajo en hoteles, restaurantes, bares y otros establecimientos análogos (arts. 344-350); y por último, industria familiar (arts. 351-353).

En comparación con la Ley Federal del Trabajo de 1931, se puede apreciar la gran cantidad de relaciones de trabajo sujetas a un régimen especial que se creyó conveniente incorporar a la nueva Ley Federal del Trabajo y que demuestra la cada vez mayor fuerza expansiva del derecho del trabajo. De las susodichas relaciones, vamos a hacer el estudio de las modificaciones sufridas en la nueva Ley en la situación y condiciones de trabajo de los trabajadores domésticos; por lo que toca a las relaciones que se han incorporado al articulado de la Ley Federal del Trabajo, a pesar de que todas son importantes, sólo estudiaremos a: los agentes de comercio y otros similares; a los trabajadores actores y músicos; a los deportistas profesionales; al trabajo en hoteles, restaurantes, bares y otros establecimientos análogos; al trabajo de autotransporte y, por último, cuál fue la razón para suprimir el aprendizaje.

ALGUNOS TRABAJOS ESPECIALES

“El viajante de comercio, personaje desconocido en la antigüedad ¿no es una de las figuras más curiosas creada por las costumbres de la época actual?”.

Balzac.

IV

LOS AGENTES DE COMERCIO

1.—La figura del agente de comercio; 2.—El agente de comercio como sujeto del derecho del trabajo en la doctrina extranjera; 3.—Su situación en México: doctrina y jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia; 4.—Su reglamentación en la nueva Ley Federal del Trabajo; 5.—Observaciones del sector privado y su crítica.

En todo el mundo es conocida la soberbia figura del hidalgo Don Quijote de la Mancha. Entre los cultivadores del derecho nadie puede dejar de admirar y de querer al simpatiquísimo loco, porque, el gran manchego es sobre todo, hombre de derecho. Es verdad, que, sale lanza en ristre y armado caballero en busca de aventuras; pero, también es verdad, que va en busca de las mismas, en su nobilísimo afán de servir al derecho, pues es desfacedor de agravios, enderezador de entuertos, sostén de los que van a caer y luchador incansable por los causas nobles. El inédito caballero usa la fuerza como un medio o instrumento al servicio de la justicia y la razón, Don Quijote es hombre de derecho. Y como no hay disciplina jurídica que no realice esas actividades, se puede hablar sin exageración de las quijoterías del derecho (1).

Se preguntará por qué traemos al hidalgo manchego cuando hablamos del derecho del trabajo, y esto se debe, a que, consideramos que nuestra disciplina es una especie de Quijote de los tiempos modernos, ya que se asemeja al caballero andante que con denodado esfuerzo defiende al trabajador desvalido y explotado, teniendo en mente y como único

(1) MONTENEGRO BACA, José: *El Derecho del Trabajo en “El Quijote”*, Homenaje al I Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo, Madrid, 1965, pág. 56.

propósito luchar por la verdad y la justicia, o sea, por el imperio del Derecho.

Y es precisamente en el problema objeto de estudio en este capítulo, en donde nos podemos dar cuenta de lo que afirmamos; la cuestión de la naturaleza jurídica de los agentes de comercio es de las más discutidas, se había pensado que era un punto ya resuelto, mas sin embargo, al presentarse el proyecto de ley federal del trabajo ante el Congreso de la Unión, volvió a ser objeto de debate y discusión; empezaron a surgir los viejos obstáculos en el camino de Don Quijote, por lo que tuvo que tomar de nuevo su lanza y escudo, pero con la seguridad de volver a vencer.

I.—La palabra "agente" no tiene una significación fija en las leyes ni en el lenguaje comercial. En su sentido más amplio abarca todas las personas que actúan en favor de un comerciante (agente, de agere: hacer, obrar). El llamado agente de comercio es una persona habitualmente dedicada, por cuenta de una empresa, a realizar operaciones mercantiles fuera de la misma, tratando de colocar los productos de su empresario, esto es, proveyéndole clientes.

La actividad mercantil es muy antigua; el derecho mercantil está significado con una sola frase, así como está definido el comercio diciendo que es la negociación de los productos de la naturaleza y de la industria con objeto de obtener alguna ganancia, así la naturaleza del derecho mercantil consiste en la obtención del lucro o en el propósito de obtenerlo.

La figura del agente de comercio es un progreso en el desarrollo de las actividades mercantiles, para comprenderla debemos remontar nuestro pensamiento en alas del recuerdo a los días aquellos en que apenas era conocida como única forma de comerciar la del judío encerrado en su pequeña tienda, que atendía por sí mismo y servía las peticiones de sus escasos clientes, o fijemos nuestro recuerdo en el campesino que recogiendo en la madrugada los frutos de un huerto, los llevaba al romper el día al mercado de la ciudad más próxima para venderlos: estas eran las manifestaciones primitivas y elementales del comercio, en las que, como se puede apreciar, hacían que su desarrollo fuera muy escaso, falto de horizontes y de porvenir. Sin embargo, al transcurso del tiempo, al presentarse otras clases de necesidades, no encontraron en aquellas primeras manifestaciones comerciales su satisfacción adecuada, fue entonces cuando se empezó a desenvolver el espíritu mercantil fuera de los estrechos moldes que lo habían aprisionado. Acertadamente se señala por el jurista español J. M. Manresa y Navarro:

"¡Qué diferencia y qué maravilla! Los nietos del oscuro israelita que pesaba escrupulosamente las joyas y los metales sobre el mostrador carcomido de una covachuela infecta, son hoy dueños de flotas poderosas, árbitros del alza y baja en las bolsas del mundo y guardan

en sus depósitos amontonados objetos bastantes para surtir de traje y adorno a una población numerosísima" (2).

En efecto, el agente de comercio es una figura nueva, es una creación del siglo XIX. No es, ciertamente, un producto nacido espontáneamente, sino el resultado del prodigioso desenvolvimiento de las transacciones que han seguido a la supresión de los obstáculos que las corporaciones antiguas habían producido. Además, su desenvolvimiento fue singularmente favorecido, como ocurrió en todo el comercio, por el advenimiento del maquinismo y la organización de los medios de comunicación.

El primer ordenamiento jurídico que plasmó la institución de los agentes de comercio, aunque contempló el fenómeno en sus inicios, fue el código de comercio alemán de 1898, el cual los definía en su artículo 84, de la siguiente manera:

"Quien, sin ser empleado, está encargado permanentemente de proporcionar negocios para la empresa de un tercero o de contratar en su nombre, debe, en la ejecución de su encargo, defender los intereses del principal con la atención de un comerciante cuidadoso" (3).

(2) Vid. los comentarios citados en LOZANO, Antonio de J.: **Código de comercio de los E.U.M.**, Librería madrileña de Juan Boxo, México, 1899, pág. 174.

(3) Es necesario señalar, puesto que gran parte de la doctrina lo ignora, que este artículo se modificó por la Ley de Alemania Occidental de 6 de agosto de 1953, llamada: "Ley sobre los representantes de Comercio" (Handelvertretergesetz), la cual también reformó varios artículos del código de comercio. Las reformas indiscutiblemente son a favor del derecho del trabajo, ya que se hace la distinción en el nuevo artículo 84 entre auxiliares independientes de comercio y los representantes dependientes y ya no se habla de agentes de comercio. El nuevo artículo 84 está dividido en dos partes dedicadas:

a) Al representante independiente.— El artículo 84 del código de comercio, que antes fijaba las funciones del agente, define ahora, en su primer párrafo, primera frase, la noción de representante independiente de comercio, manifestando: "Es representante independiente de comercio, quien esté encargado permanentemente de mediar negocios **para otro empresario**, o concluirlos en nombre de éste". Y en su segunda frase de este mismo párrafo, se aclara lo que se entiende por independiente en el sentido de la primera: "Es independiente, quien esencialmente (im Wesentlichen) puede desenvolver libremente su actividad y fijar libremente sus horas de trabajo".

b) Al representante dependiente.—En el mismo párrafo, párrafo segundo, se define la figura del "representante dependiente de comercio", equiparándolo al trabajador: "Pasa por empleado quien, sin ser independiente en el sentido del párrafo primero, esté encargado permanentemente de mediar negocios **para su empresario**, o concluirlos en nombre de éste".

La nueva doctrina alemana ha discutido la cuestión, sobre todo si el desenvolvimiento libre de su actividad, y la fijación libre de su horario, por el propio representante, son los únicos criterios en favor de su independencia, concluyendo que el nuevo texto admite otros criterios, como son: el correr con todos los gastos y los riesgos de su empresa; tener su propia oficina instalada; representar a varias empresas; no residir en la ciudad donde se encuentra la sede de la administración de la empresa

Como se desprende de la doctrina alemana (4), se le contempló como un comerciante autónomo, y no podía ser de otra manera, ya que el agente de comercio en Alemania es propietario de una empresa y, en consecuencia, patrono de sus empleados. Sin embargo, dadas las desigualdades de los medios donde actúan, así como por las divergencias de usos mercantiles que varían en los distintos países, por lo que también bajo el nombre de agentes de comercio, se conocen a personas, y son la mayoría, que no tienen empresa, realizando su actividad en una forma subordinada y que, por lo tanto, no hay inconveniente en encontrar una relación de trabajo, aunque sujeta a un régimen especial.

La doctrina al contemplar la institución de los agentes de comercio se dividió; mientras que muchos mercantilistas por contemplar el fenómeno solamente desde ese aspecto y por ignorar el derecho del trabajo o porque, quizá, era la única realidad existente en el momento que la contemplaban, afirmaron y sostuvieron, con más fundamentos teóricos que prácticos, que agente de comercio era sinónimo de trabajo autónomo y que, por lo tanto, excluía toda reglamentación laboral. Pero la realidad es cambiante y el derecho debe seguirla, fue así como surgió un pensamiento más acorde con la institución que contemplamos en la actualidad, y que sin afirmaciones a priori, penetró en la realidad.

Surge así la pregunta ¿los agentes de comercio son trabajadores?

2.—Es necesario señalar cuál ha sido el pensamiento que constituye la avanzada en la solución del problema, no dudamos que las situaciones que contemplan en algo puede variar de un país a otro, pero en todas ellas encontramos que prevalece el sentido proteccionista del derecho del trabajo, ya que éste es un fenómeno universal. Nos interesan principalmente los siguientes países:

representada, sino de otra ciudad lejana y ser completamente libre. Los criterios a favor de la dependencia están considerados en atención a la obligación del representante de cumplir con instrucciones del representado sobre el desarrollo de su actividad, así se toma en cuenta: si existe un plan detallado sobre su trabajo y horario, fijado por el representado; si hay un plan sobre su ruta de viaje, fijado por el representado; si tiene la obligación de rendir cuenta en lapsos relativamente breves y si está sujeto a controles o inspecciones. No es característica de la dependencia que tenga un representado único, como lo había sostenido la jurisprudencia alemana, pues con las reformas de 1953 se creó la noción de "representante de una sola empresa" (Einfirmenvertreter), el cual puede ser jurídicamente independiente, aunque económicamente dependiente. Vid. KATZ, Ernesto R.: **Los representantes de comercio, según la nueva Ley de Alemania Occidental**, en "Derecho del trabajo", tomo XVIII, Buenos Aires, 1958, págs. 407 y sigs.

- (4) Así tenemos a: Behm, Inmerwahr, Jakusiel, Schmidt-Rimpler Y Wüstendörfer, quienes al señalar las características del agente de comercio, lo contemplan como un verdadero empresario independiente, Vid. a RODRIGUEZ RODRIGUEZ J.: **Concepto de los agentes de comercio en el derecho comparado con especial consideración del derecho español y del mexicano**, en Revista "JUS", No. 14, México, sept. 1939, págs. 188 y sig.

- a) Francia, por ser el primer país que consideró trabajadores a los agentes de comercio;
- b) Italia y España, por ser los países que en materia mercantil han influido grandemente en la formación de las diversas instituciones de nuestro código de comercio; y
- c) los países sudamericanos, que se han hecho eco de la corriente moderna que considera al agente de comercio como trabajador.

En Francia:

No encontramos en su código de comercio, como ocurrió en Alemania, una definición de la figura que analizamos, esto era natural, ya que su ordenamiento mercantil data de 1808, época en que todavía no se configuraba el agente de comercio.

El maestro Mario de la Cueva (5) señala cómo se fue formando en la doctrina y legislación francesa la idea de protección a los agentes de comercio. En un primer momento, vemos los esfuerzos de la jurisprudencia francesa para extender a los agentes viajeros, que son una especie de los agentes de comercio, los beneficios de la ley de 9 de abril de 1898 sobre accidentes de trabajo. Pero no fue sino hasta la ley de 12 de abril de 1906 que extendió la ley de accidentes de trabajo a las explotaciones comerciales, solucionando el problema a favor de los agentes de comercio. Sin embargo, era necesario extender la protección a los demás agentes de comercio y que ese carácter tuitivo fuera más completo. Así fue como se presentó un segundo momento: en la ley de 18 de julio de 1937, fecha en que se añadió los artículos 29-K y 29-L al código francés de trabajo (6). Desde este momento, los agentes de comercio son sujetos de un

(5) Derecho mexicano del. . . cit., tomo I, pág. 561.

(6) "Art. 29-K: Los convenios celebrados entre industriales y comerciantes de un lado y agentes de comercio (placiers) del otro, son contratos de trabajo, si los agentes viajeros, representantes o agentes de comercio trabajan por cuenta de una o varias negociaciones, son remunerados por participaciones proporcionales o sueldos fijos, ejercen de manera exclusiva y constante su profesión, no realizan ninguna operación por cuenta propia y estén ligados a la negociación que representan por un contrato que indique la naturaleza de las mercancías por vender, la región en donde deben ejercer su actividad y el monto de las remuneraciones, comisiones o participaciones proporcionales que deben serles pagadas". El artículo 29-L, establece que estos contratos deben ser escritos, que pueden ser de duración fija o por tiempo indeterminado, y que en este último caso se debe establecer un preaviso de despido (délat congé) que no podrá ser menor de un mes y como máximo de tres meses, calculándose según la antigüedad; que en caso de encontrarse fuera de Francia se debe tomar en cuenta el viaje de regreso para el preaviso de despido; y por último, que puede establecerse un período de prueba que no podrá ser superior a tres meses. Ya con anterioridad se habían considerado a los agentes de seguros como trabajadores, a este respecto nos dicen Georges Ripert y Marcel Planiol que: "La jurisprudencia, por tanto, se ha dividido en cuanto a la calificación que haya de darse al contrato

contrato de trabajo por primera vez. De dichos artículos se desprenden las siguientes características:

- 1.—Trabajan a nombre de una o varias negociaciones.
- 2.—No pueden trabajar por su cuenta y nombre.
- 3.—Están en una relación de permanencia.
- 4.—Existe un vínculo de subordinación, porque se le señalan:
 - a) la naturaleza de las mercancías por vender, así como la manera de realizar dicha venta;
 - b) la región donde debe ejercer su actividad;
 - c) la tarifa de la remuneración o comisión que le corresponden como sueldo.

Los dos primeros incisos se refieren a una cierta dirección de carácter técnico.

Como se desprende de las características señaladas, se contempla a las personas que carecen de una empresa o establecimiento mercantil abierto al público, esto es, aquellos que realizan, y son los más, su actividad bajo las órdenes y bajo la dirección de otra persona.

André Rouast, André Vitu y Paul Durand señalan que este movimiento en beneficio de estos trabajadores es cada vez más intenso y que es un acierto el considerarlos asalariados, cuando reúnan las condiciones de los mismos.

En Italia:

Dentro de su doctrina, merece especial atención: Tullio Ascarelli, quien con gran visión contempló el problema; nos dice que en el lenguaje corriente se designa con el nombre de agentes o representantes de comercio: "aquellos auxiliares del comerciante que se encargan de sus intereses en diferentes plazas, o viajando por determinadas zonas, ya procurando negocios, ya estimulando la propaganda, etc." (7). En algunas ocasiones, sigue diciendo, dichos agentes pueden concluir contratos en nombre del principal, pero generalmente están desprovistos de esa representación, limitándose a señalar al comerciante determinados negocios, siendo éste el que decide si se celebra o no.

que media entre el agente de seguros y la compañía. Parece que la cuestión se resuelve por la Ley de 16 de Diciembre de 1927 que, sin pronunciarse expresamente sobre la naturaleza del contrato, concede a los agentes de seguros, los beneficios de las disposiciones del artículo 1780 del código civil, lo que supone la existencia de un contrato de trabajo". Tratado práctico. . . cit., Tomo XI, pág. 19.

(7) en su **Derecho Mercantil**, trad. Felipe de J. Tena, Porrúa, México, 1940, pág. 75.

Sin desconocer que existen agentes de comercio que tienen una empresa propia y autónoma, eventualmente con empleados a sus órdenes, y con carácter de comerciantes, no deja Ascarelli de reconocer que:

"Cuando el agente de comercio está ligado por un vínculo de subordinación al principal, pertenece a la categoría de los empleados y su relación con el que le da el cargo se halla disciplinada por la ley sobre empleo privado y por los contratos colectivos. Si su tarea consiste entonces en viajar por determinadas zonas, a fin de visitar los clientes, entra en el número de los dependientes viajantes" (8).

Por su parte Lorenzo Mossa, aun cuando contempla al agente de comercio como aquel que posee una empresa, considera que por lo que se refiere a la representación fuera de la empresa, se tiene que distinguir entre dos situaciones, ya que: "es necesario decir que se tiene representación basada en el mandato genuino, cuando el representante es autónomo, corre riesgos y frecuentemente compensaciones personales o profesionales, en una palabra, no subordinado a la empresa, con la cual trabaja. El derecho mercantil es el que regula su relación por entero. En cambio, cuando la representación para un grupo de negocios, o para cada negocio, está subordinada a la empresa, no es autónoma e independiente, el representante no es mandatario genuino, sino un empleado auténtico, cuyos derechos regula la ley sobre el contrato de empleo" (9).

El tratadista Luigi de Litala, con gran sentido, pone de relieve que rige el derecho del trabajo en la prestación de servicios y que sólo por excepción escapa a su regulación: "a excepción de aquellos que sean simplemente mandatarios o gestores ad negotia, esto es, de aquellos que estén vinculados por expreso mandato a tratar sólo determinados asuntos o que como gestores útiles traten los asuntos ajenos, y a excepción de aquellos que tratan asuntos para todas las firmas con una oficina suya propia y con absoluta autonomía respecto de la casa representada, esto es, que ejercen exclusivamente por cuenta propia, todos los representantes deben considerarse, por expresa voluntad del legislador: empleados" (10). Y esto no podía ser de otra forma, ya que:

"No sería justo excluir a toda una categoría de los beneficios concedidos por la ley relativa al empleo, cuando también los representantes, al igual que los empleados, dedican la propia actividad profe-

(8) *Ibidem*.

(9) **Derecho Mercantil**, trad. Felipe de J. Tena, Uteha Argentina, Buenos Aires, 1940, tomo I, págs. 64-65. Y decimos que lo contempla desde un solo punto de vista, ya que dice: "Se distingue de la relación de empleo, en razón de la autonomía profesional del agente, quien puede operar por varias casas, o representarlas" (Op. cit. pág. 67).

(10) **El contrato de trabajo**, trad. Santiago Sentis Melendo, Edit. López Etchegoyen, Buenos Aires, 1946, pág. 43.

sional al servicio y con función de colaboración en favor de los establecimientos" (11).

En España:

Han dejado de tener importancia las discusiones anteriores a 1962, año en que se consagró legislativamente a los agentes de comercio como trabajadores.

En España, la primera norma que abordó el problema fue una reglamentación de trabajo del comercio (5 de abril de 1948), en la que por medio de una interpretación, comprendía al que trabajare a comisión representando a una sola empresa.

Poco después, en el Reglamento de la agrupación sindical de representantes de comercio los definía como: "los que ofrecen o realizan ventas de mercaderías por cuenta ajena con carácter permanente a comisión".

En el año de 1960, hubo una orden del Ministerio de Trabajo (27 de junio), en la que se declararon laborales las pretensiones que ejerciesen todos los representantes de comercio y, por tanto, se les consideró con calidad de sujetos del proceso laboral. Sin embargo, esta orden era ilegal, ya que se apartaba del artículo 1 de la ley del código de trabajo, pues sólo se debería referir a los que prestasen un servicio en forma subordinada y no hacerlo extensivo a todos, así fue como razonó el Tribunal Central de Trabajo por sentencia del 27 de noviembre de 1962. Pero no se podía dejar fuera del ámbito jurídico una relación de trabajo tan importante, por lo que se tuvo que hacer reformas legislativas.

Fue así como el 21 de julio de 1962 se reformó el artículo 6 de la ley del contrato de trabajo, considerando definitivamente a los representantes de comercio como trabajadores (12).

Jerónimo Saavedra (13), hace hincapié en que dos notas o requisitos para admitir a los agentes de comercio como trabajadores se desprenden de dicho artículo 6:

(11) Ibidem.

(12) Dice actualmente el artículo 6: "Se consideran trabajadores por cuenta ajena, sujetos a la relación laboral que regula la presente ley": segundo párrafo: ". . . Son también trabajadores, aunque no se hallen sujetos a jornada determinada o a vigilancia de su actividad, las personas naturales que intervengan en operaciones de compraventa de mercancías de los mismos, siempre que dichas operaciones exijan para su perfeccionamiento la aprobación o conformidad del empresario y no queden personalmente obligados a responder del buen fin o de cualquier otro elemento de la operación. Su situación laboral será regulada específicamente por el gobierno, a propuesta del Ministerio de Trabajo, previo informe del de Comercio y oída la organización sindical.

(13) en **Contrato de trabajo de los representantes de comercio**, en "Catorce lecciones sobre contratos especiales de trabajo" cit., pág. 195.

- a) Que no puedan perfeccionar operaciones sin la conformidad del empresario (dependencia).
- b) Que no queden personalmente obligados a responder de la operación ni de sus resultados (ajenidad).

Manuel Alonso García, después de señalar las características del agente de comercio como trabajador autónomo: como aquel que no depende de ninguna empresa, actuando como comerciante, con establecimiento abierto al público y trabajando por cuenta propia. Sin embargo, también nos señala que existen otras situaciones, como la del:

“... viajante, agentes de ventas, representante de comercio (cualquiera que sea la denominación que se le dé) cuyos trabajos son realizados por cuenta de la persona o personas (no importa que sea más de una) a cuyo servicio trabaja, es claramente, un trabajador por cuenta ajena, y laboral, por consiguiente, la naturaleza del vínculo que le liga con éstas” (14).

En los países sudamericanos:

Encontramos que muchos de sus juristas han abordado el problema, coincidiendo la gran mayoría de ellos en ver una relación de trabajo en los agentes de comercio que no tienen establecimiento y que realizan su actividad con habitualidad. Llegando, inclusive, algunos países a legislar en este sentido.

En Colombia, su Código Sustantivo del Trabajo de 1951 establece que los agentes colocadores de pólizas de seguros, los representantes, los agentes vendedores y agentes viajeros son sujetos del derecho del trabajo, cuando realicen su actividad en forma subordinada (15).

(14) Curso de Derecho del. . . cit., pág. 299.

(15) Textualmente dice el artículo 94, inciso 1: “Hay contrato de trabajo con los agentes colocadores de pólizas de seguros, que tengan carácter general o local, cuando dichos trabajadores se dedican personal y exclusivamente a esta labor en compañía de seguros, bajo su continuada dependencia, mediante remuneración y no constituyan por sí mismo una empresa comercial”. Art. 98 (modificado: Decreto 3129 de 1956, art. 3) “Hay contrato de trabajo con los representantes vendedores y agentes viajeros, cuando al servicio de personas determinadas, bajo su continuada dependencia y mediante remuneración, se dediquen personalmente al ejercicio de su profesión y no constituyan por sí mismos una empresa comercial. Estos trabajadores deben proveerse de una licencia para ejercer su profesión, que expedirá el Ministerio de Fomento”. Pero ya con anterioridad se les había considerado como trabajadores, en la Ley óa. de 1945, se estableció en el artículo 72, que: “Se entiende que existe contrato de trabajo entre las compañías de seguros y sus agentes colocadores de pólizas, con carácter general o local, cuando dichos agentes se dediquen exclusivamente a esta labor en tales compañías”; y se reglamentaron a estos trabajadores en el Decreto 1787 de 1946. Vid. BARON SERRANO Campo E.: *Legislación del trabajo*, 4a. ed., Bogotá 1948, págs. 487 y 489.

De los preceptos legales se señalan tres características en la actividad que realizan, éstas son:

- a) "bajo su continuada dependencia", o sea, en forma subordinada;
- b) "mediante remuneración"; y
- c) "que no constituyan por sí mismos una empresa comercial", aquí lo que se quiso señalar es que no sea empresario o dueño de una empresa comercial, pues no puede ser por sí mismo empresa comercial, ya que faltarían algunos elementos reales que no son personales.

Carlos M. Londoño Mejía, al comentar estas reformas expresa que las diferencias entre un agente viajero y el agente vendedor o de comercio con el que permanece dentro del establecimiento son muy tenues y accidentales, por lo que concluye: "De aquí que las prestaciones que se han reconocido a esta clase de trabajadores no son concesión graciosa del legislador, sino un imperativo de justicia" (16).

Respecto al derecho argentino, nos interesa la opinión de Ernesto Krotoschin (17), quien al referirse a los representantes del comercio, hace la distinción entre el trabajador autónomo y con empresa y el que aparentando independencia personal, en realidad es "dependiente" de otros empresarios, porque no sólo trabaja por cuenta de éstos, sino que también depende de ellos económicamente; para comprobar dicha dependencia se tiene que analizar si el desempeño del cargo es en forma controlada, si tiene la obligación de cumplir órdenes directivas e instrucciones, la determinación de la mayoría de la clientela por el principal, el deber de informar con puntualidad sobre las visitas realizadas, resultados obtenidos y otros, la asignación de una zona determinada; la provisión de talonarios de ventas y de sobres con el membrete de la casa, etc.

El 29 de septiembre de 1958 se sancionó la ley 14/546 en Argentina, en la cual se regula a los viajantes de comercio, una de las especies de los agentes de comercio (18), en la misma, nos dice Rodolfo A. Napoli

(16) Derecho individual del. . . cit. pág. 284.

(17) **Tratado Práctico de Derecho del Trabajo**, Roque De Palma Editor, Buenos Aires, 1955, tomo I, págs. 132-134.

(18) Se señala en el artículo 2 de la citada ley: "Dentro de las especificaciones genéricas de viajante a que se refiere el artículo 1, se encuentran comprendidos los distintos nombres con que se acostumbra a llamarlos, como son: viajantes, viajante de plaza, placistas, corredores, viajantes o corredoras de industria, corredores de plaza interior, AGENTES, representantes, corredores domiciliarios o cualquier otra denominación que se les diera o pretendiera imponerle para su calificación". . . Nos dice Guillermo Cabanellas: "La posibilidad de que el viajante de comercio se convierta en representante impone la necesidad de precisar hasta dónde alcanza el contrato de trabajo y desde dónde empieza el de comisión mercantil. También es posible la distinción entre

que las características de los viajantes subordinados que se desprende de la ley son: a) que venda a nombre o por cuenta de su o sus representados, b) que vende a los precios y condiciones de venta fijados por las casas representadas, c) que reciba como remuneración: sueldo, viático, comisión o cualquier otro, d) que se realice la actividad en forma habitual y personalmente, e) que realice su prestación de servicios dentro de zona o radio determinado o de posible determinación, f) que los riesgos estén a cargo del empleador.

En el derecho brasileño, también se han dado cuenta del problema y las soluciones son acordes con la doctrina general aquí expuesta. Así, José Martins Catharino comenta:

"En cuanto a los agentes, representantes, corredores, etc. son, en general, trabajadores autónomos, pero no siempre; cuando estuvieran, realmente, sujetos al control por la casa de comercio a la cual prestan su servicio, sufriendo una fiscalización aunque menos intensa, discontinua o indirecta, pero de cualquier forma bajo un régimen de subordinación, en virtud de las condiciones materiales mismas en que trabajan. Esto no se da, no obstante, cuando las relaciones recíprocas son entre personas jurídicas" (19).

Las mismas ideas son sustentadas por Nelio Reis, para quien queda al intérprete judicial, solucionar en la práctica, sin hacer distinciones puramente teóricas, sobre si existe un vínculo laboral con todas las características de subordinación y dependencia, o bien, si es un trabajo autónomo o por cuenta propia. Para esto, "no será la simple denominación la que alejare al vendedor del campo de protección de la legislación laboral. Serán antes: las condiciones en que el trabajo es prestado, sin fiscalización, sin libro que marque las faltas, horario, frecuencia, sin itinerario, ni exclusividad, etc., serán esas condiciones las que, entre otras, señalen si estamos frente a un trabajador autónomo o a un verdadero empleado" (20).

el viajante de comercio y el agente mercantil o corredor de comercio (sic). El agente comercial (corredor), a nuestro juicio, no es trabajador subordinado, ni realiza un contrato de trabajo. Siempre que el agente, representante o viajante tenga autonomía en sus determinaciones, no reciba órdenes concretas (que en este caso substituyen a la subordinación) y actúe con independencia, su contrato será mercantil, si presta sus servicios con vínculo de subordinación, recibe instrucciones concretas y actúa en relación de dependencia con respecto a su principal o patrono, el nexo jurídico será laboral"; en su **Contrato de trabajo**, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1964, tomo IV, pág. 153.

(19) **Contrato de emprego**, Salvador, Bahía, 1962, pág. 43.

(20) **Contratos especiais de trabalho**, Livraria Freitas Bastos, Río de Janeiro, 1955, pág. 316.

En Venezuela, Víctor M. Álvarez ha sustentado el mismo criterio en su "Contrato de trabajo y sus diversas figuras" (21).

Por razón de que los agentes de comercio son beneficiarios de la legislación laboral, se ha tendido a cierta unificación en las normas legales protectoras de esta clase de trabajadores. En tal sentido, señala Guillermo Cabanellas (22), y con fundamento en la importancia que en el desarrollo comercial y económico ofrece la actividad de los representantes de comercio, se ha propuesto crear un "Estatuto Internacional de Representación Comercial" por la Confederación Internacional de la Representación Comercial de la Comunidad Europea, destinado a: "proteger a los representantes de la comunidad inscritos por todas las naciones participantes y enviado a los servicios competentes de la Comunidad Europea". El tratado de Roma, del 25 de marzo de 1957, contiene una serie de normas reguladoras de la figura de los agentes o representantes de comercio.

Como se desprende de la doctrina y legislación expuesta, no se niega que pueda existir agentes autónomos, pero si se señala que la gran mayoría son trabajadores subordinados, los cuales tienen las siguientes características:

- a) Se les señala lineamientos fijos en el desempeño de su gestión, que es lo que constituye la subordinación;
- b) Deben prestar su servicio en forma habitual o con permanencia;
- c) Carecen de negociación o empresa propia;
- d) Obran en nombre y por cuenta ajena;
- e) No quedan personalmente obligados a responder de las operaciones ni de sus resultados;
- f) Pueden prestar sus servicios indistintamente a varios comerciantes;
- g) Reciben por los servicios realizados una remuneración consistente sueldo, comisión o ambos;
- h) No es necesario que esté en un mismo sitio, generalmente, actúa en otras plazas.

(21) En su obra nos dice: "Nosotros conceptuamos que no se puede generalizar en uno y otro sentido y sostener a priori que la actividad de los agentes de comercio encaja o escapa a la legislación de trabajo, sino que para llegar a una conclusión importa ponderar y examinar cada caso en particular, pues indudablemente en la práctica se presentan situaciones en que dichos agentes actúan en su propio nombre y generan relaciones de índole mercantil; mientras que en otros casos desempeñan una representación subordinada que configura un contrato de trabajo" (en: Contrato de trabajo. . . cit., Empresa El Cop, Caracas, 1964, pág. 99).

(22) en: Contrato de trabajo cit., tomo IV, pág. 154.

Por lo que se refiere a México, en el código de comercio de 1889, no se contempló la figura del agente de comercio por desconocerse; más adelante, al introducirse a la vida mercantil, se presentó la discusión sobre su naturaleza jurídica y, consecuentemente, su distinción con los demás auxiliares mercantiles, principalmente con el comisionista, así fue como se planteó el problema.

3.—Los agentes de comercio son una especie de los llamados por la doctrina mercantilista como "auxiliares mercantiles", que son las personas que ejercen una actividad con el propósito de realizar negocios comerciales ajenos o facilitar su conclusión. Estos se pueden dividir, según la función que desempeñan, en auxiliares dependientes del comerciante y los auxiliares independientes; o como los denomina Mantilla Molina (23): auxiliares del comerciante y auxiliares del comercio, respectivamente, mientras que para Rafael De Pina cree que es mejor hablar de auxiliares dependientes y auxiliares autónomos (24). Con esta terminología lo único que se quiere señalar cumplidamente es el carácter distintivo que tienen los auxiliares mercantiles respecto de otros, puesto que, mientras que unos se encuentran subordinados respecto al principal, los otros no guardan esa relación, siendo al contrario autónomos.

Dentro de los auxiliares del comercio o autónomos, tenemos a los corredores titulados, los corredores libres, los comisionistas y los contadores públicos. Por lo que se refiere a los auxiliares del comerciante o subordinados, tenemos a: los factores o gerentes (25), los contadores privados, los dependientes o mancebos, los agentes de comercio (con sus varias figuras: los viajantes, agentes de ventas, de seguros y en general, los demás impulsores de ventas) y los demás trabajadores de una negociación.

Colocamos a los agentes de comercio como auxiliares subordinados, por la sencilla razón de que en su gran mayoría se encuentran en esa situación, aunque no por eso dejamos de reconocer que es una de las figuras que, siguiendo a Deveali, se encuentra en las "zonas grises" del derecho del trabajo, y esto es, porque existen situaciones en que su trabajo lo realiza en forma autónoma, estos son los casos en que, a pesar de que realiza su actividad en forma habitual representando al comerciante fuera de la empresa, tiene un establecimiento de su propiedad, lo que le facilita para realizar su actividad con autonomía.

En México una primera postura fue la de considerar a todos los agentes

(23) Op. cit., pág. 154.

(24) Op. cit. pág. 152.

(25) La jurisprudencia de la Cuarta Sala de la Suprema Corte, consultable bajo el número 511, en la página 963 de la compilación de 1955, indica que: "Los gerentes son trabajadores, en aquellos casos en que no sean parte integrante de la empresa y no estén vinculados a los resultados económicos de ella".

de comercio como comerciantes autónomos, el principal impulsor de esta idea en nuestro medio, fue el mercantilista J. Rodríguez Rodríguez, siguiéndole en esta postura Mantilla Molina y otros destacados mercantilistas.

Nuestro código de comercio de 1889 no pudo contemplar esta institución porque todavía no aparecía en la vida jurídica mexicana, a pesar de eso se le quiso introducir en el ordenamiento jurídico mercantil, para tal efecto se hizo una especie de interpretación "integracionista" del artículo 73 fracción X, en la que se establece que se consideran actos de comercio: "Las empresas de comisión, de agencias, de oficinas de negocios comerciales y establecimiento de ventas en pública almoneda" (26). También se quiso argumentar que los agentes de comercio son comerciantes y que por tener ese carácter no pueden ser trabajadores, esto se deducía de como en las leyes fiscales (27) se referían a ellos caracterizándolos en que habitualmente u ocasionalmente ejecutaren actos de comercio, y como el artículo 3o., fracción I, del código de comercio, se define al comerciante como: "la persona que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, hace de él su ocupación ordinaria"; por lo que el agente de comercio es comerciante y por lo tanto no puede estar sujeto a una relación de trabajo.

No estamos de acuerdo con estas consideraciones, no se pueden "integrar" normas jurídicas para señalar que sí se regula una realidad posterior a la fecha en que se legisló, esto es, nuestro código de comercio no conoció al agente de comercio por lo que no lo pudo comprender en su ordenamiento. Suponiendo sin de ninguna manera conceder, que tuviera razón, como se puede desprender de una sana interpretación, se refiere a las empresas (28), esto es, a los actos realizados por las empresas de suministros, de agencias, de ventas, etc., por lo que no contempla a la gran mayoría de agentes de comercio, que son aquellos que no tienen una empresa o establecimiento para realizarlos, sino que presta un servicio en forma subordinada a una empresa.

Por lo que se refiere a considerar que todos los agentes de comercio son comerciantes porque así se desprende de la legislación fiscal, el mismo Rodríguez Rodríguez se dio cuenta de las objeciones que se le harían y que destruirían su afirmación, ya que se insiste en la doctrina que el ejercicio del comercio debe ser en nombre propio y según se desprende de

-
- (26) El jurista J. Rodríguez Rodríguez es el que señala que la posibilidad de insertar a los agentes de comercio en el precepto indicado no presenta el menor obstáculo en el código de comercio. Op. cit., pág. 202 y sig.
- (27) Después de estudiar diversas leyes fiscales de su época (1939), llega a las siguientes conclusiones: "1) Los agentes de comercio tal como se les configura en las leyes fiscales examinadas, realizan habitualmente actos de comercio; 2) No son empleados, es decir, dependientes y 3) La Interpretación oficial de las leyes, los llama negociantes". Ibidem, pág. 207.
- (28) Es digno de señalar el error en la redacción, las empresas citadas no se pueden reputar actos de comercio.

dichas leyes fiscales, actúa siempre en nombre y por cuenta de la empresa, luego no ejercen el comercio en nombre propio. Las leyes fiscales por otro lado, nada más, en este caso, le señalan la característica de ser sujeto pasivo, pero sin querer darle la calidad de comerciante que sólo se la da el código de comercio.

Por otro lado, estamos de acuerdo con el maestro De la Cueva, en el sentido de que: "El doctor Rodríguez estudió el problema en relación al derecho mercantil, pero ignora el derecho del trabajo; y no se da cuenta de que una relación puede ser compleja y que la naturaleza mercantil de los actos que constituyan el giro de una negociación no excluye que las relaciones entre el principal y sus dependientes sean de trabajo" (29). Este mismo razonamiento ha sido sostenido por nuestra Suprema Corte de Justicia, así tenemos en la ejecutoria de 20 de julio de 1964, amparo directo 1680/63, Manuel Ortiz Martínez, en la que se sostiene:

"Comerciantes y trabajadores, ambas calidades no se contraponen.—El hecho de que un trabajador declare que además de prestar servicios a determinado patrono, es a la vez comerciante, no es obstáculo para considerarlo como trabajador, ya que esta calidad y la de comerciante no se contraponen".

Antes de profundizar sobre la institución que nos ocupa y ver su reglamentación en la nueva Ley Federal del Trabajo, es necesario diferenciar dos situaciones que responden, además, a realidades diferentes y encuadran, por consiguiente, en figuras jurídicas distintas que es necesario precisar, ya que muchas veces, con nombres diversos se designan realidades idénticas, y otras, con una misma designación, se nombran realidades desiguales.

3.—En la práctica mexicana se trató de excluir al agente de comercio de los beneficios del derecho del trabajo argumentando que son comisionistas, sin darse cuenta que son dos figuras jurídicas distintas que comprenden fenómenos diversos y que los agentes de comercio son trabajadores y no comisionistas; por lo cual, como primer problema, se hace necesario distinguir entre las dos instituciones.

En nuestro código de comercio se define a la comisión mercantil como: "el mandato aplicado a los actos concretos de comercio", llamándose comitente al que confiere la comisión mercantil, y comisionista al que la desempeña (art. 273).

Por su parte, el código civil explica al contrato de mandato como aquél "por el que el mandatario se obliga a ejecutar por cuenta del mandante los actos jurídicos que éste le encarga" (art. 2546), más adelante se precisa lo que puede ser objeto de este contrato: "pueden ser objeto del man-

(29) Derecho mexicano del. . . cit., tomo I, pág. 567.

dato todos los actos lícitos para los que la ley no exige la intervención personal del interesado" (art. 2548). Esto se puede decir también de la comisión, ya que ésta es el mismo mandato pero cuando se realizan actos jurídicos concretos de carácter mercantil (30).

En el año de 1899, al expedirse nuestro código de comercio que en líneas generales siguió al español, cita J. M. Lozano el siguiente comentario sobre la institución que estamos estudiando:

"... El comisionista podrá obrar en nombre de su comitente o en nombre propio; pero gestiona siempre por cuenta de aquél. Debe, pues, ajustarse en absoluto a lo que aquél le prescriba. Su voluntad no es más que una especie de prolongación de la voluntad de su mandatario. Si éste hubiera podido atender por sí mismo **al negocio** que se le encomendó; si éste hubiera podido gestionarlo, lo habría hecho; el comisionista viene sólo a suplir su ausencia o la imposibilidad en que se halla de practicar en persona **ciertas** gestiones. El comisionista por tanto, debe proceder conforme a lo que su comitente le diga" (31).

Ya desde entonces se hacía hincapié en que su realización se limitaba a ciertos actos, siendo, por lo tanto, una relación temporal u ocasional la que se establecía entre comitente y comisionista.

De todo lo anterior se desprenden las siguientes características especiales, inconfundibles, que delimitan a la comisión, éstas son:

- a) Que el cumplimiento del contrato se manifiesta mediante un acto o una serie de actos, que solamente de manera accidental crean dependencia entre el comitente y el comisionista, lo que quiere decir que los contratos de comisión mercantil se celebran para llevar a cabo una operación precisa y determinada, realizada la cual, concluye el convenio;
- b) Que la duración está limitada al tiempo que es necesario emplear para la ejecución de los actos;

(30) Se distingue el mandato de la comisión, no solamente por su campo de acción, o sea, mientras que ésta se refiere a la ejecución de actos de comercio y el mandato a los civiles; sino que también es nota distintiva, como señala Jorge Barrera Graf, la de que mientras la comisión es de naturaleza especial, ya que se aplica a "actos concretos de comercio", el mandato, en cambio, puede ser general o especial (art. 2554 del código civil), de esta distinción deriva que cuando el mandato es general, aunque confiera facultades para realizar actos civiles y mercantiles, debe ser contemplado como un contrato civil, regulado por el derecho común. Si se quisiera dar una representación general mercantil nos concretaríamos y nos referiríamos al factor o gerente, es decir, al representante general de la empresa. Cit., en *La representación voluntaria en el derecho privado*, Instituto de Derecho Comparado México, 1967, pág. 108.

(31) En sus comentarios al Código de Comercio. . . cit., pág. 189.

- c) Que los actos verificados por el comisionista deben ser precisamente actos de comercio (32).

Precisado lo anterior, tanto el Seguro Social como nuestra Suprema Corte de Justicia, han establecido las diferencias con la relación de trabajo regulada por nuestro derecho del trabajo, las cuales se encuentran en múltiples decisiones a casos planteados.

El Instituto Mexicano del Seguro Social sobre el particular dictó un oficio (No. 6574 de 4 de agosto de 1951) a consulta del jefe del Departamento de Afiliación, en el que se establecen las siguientes diferencias:

"Agentes a comisión.—La subdirección técnica del Instituto fijó las bases que deben tenerse en cuenta para resolver en qué casos son afiliables los agentes a comisión; la solución será afirmativa cuando los agentes se encuentren en cualquiera de estas hipótesis:

- a) Estar obligado a dedicar determinado número de horas al día al servicio de la empresa;
- b) Tener obligación de permanecer en las oficinas de la empresa, o en otro local señalado por ésta, durante determinado tiempo;
- c) Tener obligación de realizar un mínimo de negocios en períodos especificados, ya sea que el mínimo se refiera al número de operaciones por realizar, o al importe de las mismas;
- d) Cuando independientemente de sus comisiones disfruten de una remuneración fija;
- e) Cuando estén obligados a visitar personas, ciudades o regiones que les fije la negociación; y
- f) Cuando se les prohíba dedicarse a otra clase de actividades" (33).

Por lo que se refiere a nuestra Suprema Corte de Justicia, se ha sustentado en jurisprudencia firme, el siguiente criterio:

"La comisión mercantil tiene una marcada diferencia con el contrato de trabajo, pues en tanto que aquélla se manifiesta por un acto o una serie de actos, que sólo accidentalmente crean dependencia entre comisionistas y comitentes, que duran sólo el tiempo necesario para la ejecución de esos actos, en el contrato de trabajo esa dependencia es permanente, su duración es indefinida o por un tiempo determinado, pero independientemente del necesario para realizar el acto materia

(32) Este es el criterio que se sostiene por nuestro más alto tribunal. Vid.: Quinta época, tomo I, pág. 982, Cía Petróleos de México, S. A.

(33) Cit. en: RODRIGUEZ O. Agustín: *Situación de los agentes de comercio*, en: "Revista mexicana de trabajo", 5a. época, Tomo II, Núms. 3-4, México, Marzo-abril, 1955, pág. 47.

del contrato, siendo la característica esencial de este último contrato la dependencia económica que existe entre la empresa y el trabajador. De modo que si el comisionista sólo puede ocuparse de los asuntos del comitente, sin poder prácticamente, ocuparse de otros, se encuentra en una sujeción y dependencia que da su contrato las características de un contrato de trabajo" (34).

Todavía para fijar de un modo más claro la situación jurídica de un trabajador con respecto al comisionista, nuestro máximo tribunal ha sustentado en la tesis jurisprudencial 61 (35), lo siguiente:

"Cuando en el contrato celebrado por una empresa mercantil y uno de sus empleados, se establece, como base para la remuneración, un tanto por ciento determinado, sobre las operaciones que ese empleado realice, y se estatuye que la persona debe emplear todo su tiempo en atender los intereses del patrono con quien contrata y se le prohíben otra clase de actividades, es incuestionable que el contrato reviste las características de un verdadero contrato de trabajo, máxime si al mismo se le da una duración o plazo fijo".

Como se desprende de las tesis jurisprudenciales y de la teoría de la relación de trabajo, para determinar si un contrato es de comisión mercantil o establece una relación de tipo laboral, no debe atenderse a la denominación que se le haya querido dar al contrato o que se diga que es "esencialmente mercantil", ni el nombre que reciba la persona que presta sus servicios personales, sino que debe atenderse tan sólo a los términos reales en que se efectúa la prestación de servicios (36). La comisión mercantil tiene una marcada diferencia con el contrato de trabajo, pues se manifiesta por un acto o una serie de actos que sólo accidentalmente crean dependencia con el contrato de trabajo, o sea, que sólo accidentalmente crean dependencia entre el comisionista y el comitente, la que dura sólo el tiempo necesario para la ejecución de esos actos; mientras que la relación de trabajo se caracteriza por la prestación de servicios, mediante un salario y en forma subordinada; esto es, si el considerado como comisionista desempeña en realidad una labor dependiente y subordinada a la empresa, siguiendo instrucciones y reglas precisas para el desempeño de sus tareas, exigiéndoles una determinada intensidad en su trabajo, actuando dentro de un grupo de vendedores, bajo las órdenes de un jefe y encuadrados en la organización de la empresa, en estos casos no se les puede considerar como comisionistas, sino que tienen el carácter de trabajadores.

(34) Apéndice al "Semanario Judicial de la Federación", publicación de 1965, quinta parte, Cuarta Sala, Página 192, TESIS No. 204.

(35) Ibidem, pág. 73.

(36) En este sentido, véase: 5a. época, tomo XL, pág. 777, Cía. Singer de máquinas de coser; también la ejecutoria de 15 de julio de 1964, en el amparo directo 1415/64, de Miguel Campos Macías.

"No debe tomarse en cuenta que existe alguna manifestación fiscal en que se considere a dicha persona como comisionista, pues tal manifestación sólo implica que existe una situación determinada en cuanto al pago del impuesto, pero no puede destruir la situación jurídica que deriva de los hechos conforme a los cuales se prestaron los servicios personales" (37).

Ahora bien, precisadas las diferencias entre la comisión y la relación de trabajo, veamos ahora cómo contempló el problema de los agentes de comercio y cómo lo solucionó nuestra Suprema Corte de Justicia, para tal efecto, nos interesa la ejecutoria de 7 de junio de 1965, en el amparo directo 7401/64, de Roberto Gálvez Monroy, en la que se establece:

"Agentes de comercio, caso en que tienen el carácter de trabajadores.

El derecho del trabajo es el derecho común para las prestaciones de servicios y sus normas alcanzan a proteger a los agentes de comercio que no tienen agencia establecida, ni son empresarios, ni cuentan con capital alguno. En otras palabras el agente de comercio es trabajador y se encuentra protegido por la Ley Federal del Trabajo, si se da el elemento esencial de la relación de trabajo que es la subordinación (dirección y dependencia) a otra persona o una empresa, sobre todo si se tiene en cuenta que, aún cuando en los orígenes de tal actividad dichos agentes tenían libre actividad e independencia económica, en la actualidad prácticamente las han perdido y ello es índice de que estamos ante una transformación de esa institución que nos coloca frente al derecho del trabajo en virtud de la situación de subordinación y de dependencia económica en que desempeñan su función" (38).

Nada hay que agregar a esta ejecutoria, en ella encontramos plasmada, con acierto, la postura actual que se debe tomar ante los agentes de comercio. Así estaban las cosas cuando vino a poner coto a toda discusión sobre su naturaleza jurídica la nueva Ley Federal del Trabajo.

4.—En la nueva Ley Federal del Trabajo, se comprende a los agentes de comercio en su Título Sexto, sobre: "Trabajos especiales", capítulo IX, titulado: "agentes de comercio y otros semejantes" (artículos 285 al 291).

Las razones para su inclusión, como se desprende de la exposición de motivos, están basadas en la Jurisprudencia de la Suprema Corte, en la doctrina y en un número importante de legislaciones extranjeras que así lo establecen; respecto a la transformación que ha sufrido dicha institución, en la exposición se dice: ". . . pues, si en el siglo pasado y en los

(37) Vid. la ejecutoria de 18 de agosto de 1965, en el amparo directo 3987/64, J. Ma. Blanco Morales y Manuel Arellano Romero; en esta ejecutoria se sustenta el criterio expuesto.

(38) Vid. los precedentes: Vol. LXX, quinta parte, pág. 9; Vol. XCVIII, quinta parte, pág. 23. También en el mismo sentido tenemos la ejecutoria de 12 de agosto de 1963, amparo directo 864/59, Miguel Ramírez.

primero años de éste, los comisionistas se asimilaban a los llamados profesionales liberales, en el curso de los últimos años nació una situación nueva, consistente en que algunas personas se dedican de manera exclusiva o principal, sujetos a instrucciones más o menos precisas, a la venta de productos o efectos de comercio por cuenta de alguna empresa". Después de todo esto es fácil comprender la redacción del artículo 285:

"Los agentes de comercio, de seguros, los vendedores, viajantes, propagandistas o impulsores de ventas y otros semejantes, son trabajadores de la empresa o empresas a las que presten sus servicios, cuando su actividad sea permanente, salvo que no ejecuten personalmente el trabajo o que únicamente intervengan en operaciones aisladas".

Como se puede desprender de la lectura, acogió las directrices marcadas por nuestra Suprema Corte de Justicia, señalando un requisito más para que pueda considerarse que existe una relación de trabajo, consistente en que el trabajador ejecute personalmente el trabajo, con esto se excluye al agente autónomo, o sea, al no subordinado, que es el dueño de una empresa y por lo tanto patrono de trabajadores, que son los que, consecuentemente, realizan la actividad mercantil.

En el citado artículo se establece, también, que por ser el agente de comercio trabajador, puede, y no hay obstáculo, servir a diferentes patronos, ya dijimos en el capítulo anterior que la característica de la dependencia económica no es un dato que necesariamente se presente en todos los casos.

En estos casos vemos que tiene un límite, que es el de no trabajar colocando productos, mercancías o pólizas de seguros de otra empresa que sea competidora de la suya, ya que sería una falta de probidad u honradez, por lo que se podría rescindir la relación de trabajo, de acuerdo con el artículo 47, fracción II; esta disposición es aplicable de acuerdo con el artículo 181, en él se establece que pueden regir a los trabajos especiales cualquier norma de la ley, en cuanto no se oponga a las disposiciones especiales.

Ahora bien, se ha considerado como un trabajo especial o relación de trabajo sujeta a un régimen especial, por las siguientes variantes respecto a las relaciones de trabajo en general:

1) En relación a la jornada de trabajo, no es posible fijarla, ya que siendo su función colocar mercancías entre el público, o bien, celebrar contratos de seguros, sus horas son variables y no pueden, por lo tanto, quedar señalados de antemano.

Con esto, queremos decir que el tiempo que la ley establece como máximo para la jornada normal de trabajo, que es de ocho horas, lo pueden realizar gran parte de los agentes de comercio haciendo las visitas propias de su función en las horas más pertinentes para la localización de las per-

sonas que debe ver, y cuando ocupe más de ocho horas en la prestación de servicios, no será necesario el derecho al cobro del tiempo extraordinario, por otra parte muy difícil de fijar, supuesto que a mayor jornada, las posibilidades de mejores ingresos van aumentando.

2) Sobre el salario, en las disposiciones de la nueva ley se señalan algunas reglas especiales sobre lo que comprende y la forma de fijarse, así como para determinar el monto del salario diario.

Se utiliza el término "prima" en los artículos que forman el capítulo de los agentes de comercio, como sinónimo de porcentaje o participación acordada a favor del trabajador por las operaciones procuradas, tratándose de desterrar el de "comisión", con objeto de evitar confusiones, ya que cuando se hablaba de "comisionista", no se sabía si se refería a la figura mercantil, o bien, al que recibía una comisión como salario.

Dicha prima a favor del trabajador puede calcularse sobre:

- a) el valor sobre las mercancías vendidas o colocadas;
- b) el pago inicial o sobre los pagos periódicos; o
- c) con la combinación de los anteriores (art. 286).

El momento en que nace el derecho de los trabajadores a percibir las primas se establece en el artículo 287, cuyo tenor es el siguiente:

I.—Si se fija una prima única, en el momento en que se perfeccione la operación que le sirva de base, y

II.—Si se fijan las primas sobre los pagos periódicos, en el momento en que éstos se hagan.

(En vista de que la prima viene siendo el pago por el servicio prestado por acercar al comerciante o empresa con el cliente, resulta el agente de comercio ajeno al cumplimiento de la obligación, esto es evidente, porque el vínculo jurídico resultante de la operación mercantil se establece entre la empresa o comerciante (acreedor) y el cliente (deudor), esto se debe a que el agente actúa a nombre y por cuenta de la empresa, pagándosele no tanto por la operación realizada sino por la prestación del servicio que se realiza a favor de la empresa y que se traduce en la operación que se celebra. Por esta razón es por lo que no se podrán retener ni descontar las primas si posteriormente se deja sin efecto la operación que le sirvió de base (art. 288).

Ahora bien, surge una pregunta ¿cómo se determina el monto del salario diario?, sobre todo para calcular las indemnizaciones por riesgos de trabajo (art. 484), así como para la indemnización por despido injustificado, etc. La nueva ley contesta que: "se tomará como base el promedio que resulte de los salarios del último año del total de los percibidos si el trabajador no cumplió un año de servicios" (art. 289).

Una situación muy anómala que se repetía con frecuencia, era aquella en la que después de que un agente de comercio en una zona a la que se le había adscrito, llegaba a conocer perfectamente la clientela, aumentando, por ello sus ingresos, no era bien visto en la empresa, por lo que lo cambiaba de adscripción con el subterfugio de ampliar las operaciones a otros lugares, en esta situación el agente tenía que volver a empezar de nuevo. En estos casos sería inoperante el derecho que tiene el trabajador establecido en el artículo 134, fracción IV, de la nueva Ley Federal del Trabajo, interpretado a contrario sensu, en el sentido de que no se debe ejecutar el servicio fuera del lugar convenido, porque generalmente no se delimita en los contratos la zona de actividad o se establece una cláusula, en la que se deja a la empresa decidir el lugar con posterioridad según sus intereses (39). A esto se debe la redacción del artículo 290:

“Los trabajadores no podrán ser removidos de la zona o ruta que se les haya asignado sin su consentimiento”.

Por último, se establece en el artículo 291 una causa especial de rescisión de las relaciones de trabajo basada en el principio de que “a lo imposible nadie está obligado”, y en vista de que una empresa no se le puede obligar a seguir teniendo trabajadores que no ocupa, se establece como causa de rescisión, la de que se haya disminuido en forma “importante y reiterada” el volumen de las operaciones; en el último párrafo señala como salvedad: aquellas situaciones en que concurren circunstancias justificativas para esa disminución. Pensamos que las circunstancias justificativas a que se refiere la parte final del artículo comentado, son aquellas por las que a pesar de que bajan las operaciones, son por causas transitorias o accidentales y por lo tanto temporales, por las que no se deben rescindir las relaciones de trabajo.

La situación en la que disminuyen las operaciones en forma “importante y reiterada”, no queda a criterio del patrono establecerla, sino en última instancia les corresponde a las Juntas de Conciliación y Arbitraje señalar si se ha dado esa situación objetiva.

5.—Desde que se anunció el proyecto de iniciativa de Ley Federal del Trabajo y durante toda su discusión, el sector empresarial empezó a hacer observaciones en lo que no estaba de acuerdo, sobresaliendo entre otras, el especial interés en tratar de excluir a los agentes de comercio y similares

(39) Es claro que si se establece en el contrato de trabajo la zona, se podría hacer valer el artículo 134 fracción IV, incluso en contra de la reducción de la zona de su trabajo, así ha sido interpretado por nuestro más alto tribunal, en la ejecutoria de 22 de julio de 1959, A. D. 5604/57, Louis Marrase Merle, en la que se dijo: “La reducción de zona de trabajo es por parte del patrono un incumplimiento del contrato individual, si no existe el colectivo, y el actor puede ejercitar la acción de incumplimiento del contrato para obligar al patrono a concederle la zona de trabajo contratada, sin recurrir a la rescisión del contrato por causa imputable al patrono”.

de los beneficios de la Ley Federal del Trabajo. Cuando vieron que sus intentos no fructificaron, quisieron reformar algunos artículos que por la redacción que tenían los consideraron inaceptables. Es interesante el estudio de sus reflexiones, porque nos ayudarán a corroborar el acierto de la nueva Ley Federal del Trabajo.

En las "Observaciones al anteproyecto de ley federal del trabajo que presentan la Confederación de Cámaras Nacionales de Comercio, la Confederación Patronal de la República Mexicana, la Asociación Mexicana de Instituciones de Seguros y la Confederación de Cámaras Industriales de los Estados Unidos Mexicanos", de 15 de mayo de 1968, se hacen las siguientes críticas:

A.—No están de acuerdo con la inclusión de los agentes de comercio en el anteproyecto porque no son trabajadores, señalando que incluso los redactores se dieron cuenta de su error al decir: "serán considerados como trabajadores". Además pedían que se les señalara expresamente que serán trabajadores" cuando estén sujetos a la dirección o dependencia económica y cuando cumplan los términos del artículo 20".

Crítica: era necesaria su inclusión porque, como se ha demostrado por la doctrina y la jurisprudencia al contemplar la realidad, son trabajadores cuando realizan sus servicios en forma subordinada. En la nueva Ley Federal del Trabajo ya se corrigió el error en la redacción, ya no se dice "serán considerados . . .", ahora la afirmación es categórica, son trabajadores. Por lo que se refiere a la última observación, consideramos que es innecesaria porque eso ya se establece en el artículo 20 en el capítulo de disposiciones generales; por otro lado, hay que recordar que el derecho del trabajo tiene la presunción de regir todas las relaciones de prestación de un servicio y que corresponde al que quiera negarles la calidad de trabajadores, el probar que no son sujetos que prestan un servicio subordinado.

B.—Hacen especial hincapié en que los agentes de seguros no son trabajadores, argumentando, entre otras:

- a) Que se encuentran regidos por la ley que reglamenta a las instituciones de seguros y al contrato de seguro;
- b) La contratación del agente de seguros debe hacerse con la intervención de un "tercero": La Comisión Nacional de Seguros, que debe autorizar el contrato respectivo;
- c) Deben llenar características y requisitos que sólo a ellos se les exige;
- d) Su autorización puede ser revocada por causas especialísimas consignadas en el Reglamento de agentes;

- e) En el contrato de agente no se establece ni jornada de trabajo ni salario fijo;
- f) No se les exige que se dediquen "hábitualmente" a la colocación de seguros, pues pueden hacer de otra profesión su ocupación habitual y vender seguros sólo en forma excepcional;
- g) No se encuentra bajo ninguna relación de subordinación ni dependen económicamente de la compañía en donde prestan sus servicios; y
- h) Citan algunas tesis de la Suprema Corte y la opinión de los mercantilistas Rodríguez y Rodríguez y Mantilla Molina, en el sentido de que no son trabajadores.

Crítica: No se estuvo de acuerdo con los puntos sostenidos ni con las observaciones hechas, incluso en algunos de ellas denotan falta de conocimiento del derecho del trabajo; las objeciones que se le pueden hacer son las siguientes:

a) Sobre este punto olvidan que la ley laboral, así como el código agrario, son leyes sociales que se desprenden de la Constitución, esto es, no solamente son reglamentarias de un precepto sino algo más, no señalan límites sino bases para lanzarse a mejorar las condiciones del trabajador y del campesino. Según el artículo 133 de la Constitución, las leyes emanadas de la Constitución, y una de ellas es la Ley Federal del Trabajo, privan sobre la legislación ordinaria, por tanto, es de mayor jerarquía la ley laboral sobre la Ley de Instituciones de Seguros. A mayor abundamiento, no se puede argumentar diciendo que están regidas por la Ley de Instituciones de Seguros por lo que no pueden ser trabajadores, aún suponiendo que existiera una disposición que así lo expresara, sería inconstitucional, pues contrariaría el Art. 123, apartado A, en el que se dejó la puerta abierta para regular toda relación de trabajo, siempre y cuando realice su trabajo en forma subordinada.

b) No importa que intervenga en la contratación un "tercero" (Comisión Nacional de Seguros) para autorizarla, ya que esta modalidad en la contratación carece de trascendencia en el derecho del trabajo; hemos sostenido que lo único que le interesa a nuestra disciplina es que la prestación de servicios se realice en forma subordinada, para aplicarse toda su legislación protectora. Esto no es otra cosa que la teoría de la relación de trabajo que es la piedra angular de la nueva Ley.

c) Es muy natural que se les exijan algunos requisitos y características sólo a ellos y no al que no sea agente de seguros. En la misma forma que se les exige ciertos "requisitos y características" a los profesionistas subordinados (ej. a un médico del Seguro Social), a los trabajadores de autotransportes, a los trabajadores artistas, a los trabajadores portuarios,

a los de hoteles, etc., que no se les piden a los que no lo son y que no se dedican a esa actividad. Aquel argumento en el inciso c), no era válido.

d) Si lo consideramos como trabajador al agente de seguros, se le aplicarán las disposiciones de la Ley Federal del Trabajo. Además, las revocaciones por causas especialísimas que se consignan en el Reglamento de Agentes de Instituciones de Seguros (D.O. de 29 de septiembre de 1955), en el artículo 18, se refieren a una revocación de carácter funcional por causas normales, como la terminación del trabajo, o bien, por actos delictuosos; en el primer caso se revocan por causas obvias, pues ya no hay razón para que se le permita colocar seguros si ya terminó su contrato; por lo que respecta al segundo supuesto, es una sanción por haber cometido un delito por el cual se considera que no debe pertenecer a la organización de Instituciones de Seguros.

e) Dijimos que era una relación de trabajo de carácter especial porque no se le puede establecer exactamente una jornada de trabajo, pero que esto no obsta para que se le deje de considerar como trabajador. Respecto a que no tiene salario fijo el agente de seguros, no puede ser de ninguna manera una característica que lo aleje del derecho del trabajo. Ignoraron el artículo 83 del entonces proyecto, ahora de la nueva Ley Federal del Trabajo, que establece: "El salario puede fijarse por unidad de tiempo, por unidad de obra, **por comisión**, a precio alzado o de cualquier otra manera".

f) La habitualidad a la que se refiere el precepto de la nueva ley, no es en el sentido de que la prestación de servicios la realicen para una sola empresa, ya que incluso legalmente, la pueden realizar para varias, lo que se trata de señalar es que la prestación del servicio del agente de seguros no sea esporádica, con lo cual se convertiría en un comisionista, sino que la realice en forma habitual o con permanencia para una empresa. En la práctica, es claro que esto sucede, e incluso en el mismo Reglamento de Agentes de Instituciones de Seguros, en el art. 15, podemos desprender que su actividad se realiza con habitualidad o cierta permanencia, dice el citado artículo: "En el ramo de la vida, dentro de los términos del contrato que celebran con la institución, se respetarán al agente sus derechos por todo el tiempo que estén en vigor los contratos de seguros celebrados con su intervención".

g) Respecto a la dependencia económica desde hace más de 30 años que ya no constituye la característica diferenciadora o necesaria para una relación de trabajo; respecto a la subordinación sí existe, ya que observan estrictamente las reglas de la compañía, se les fija el territorio o zona en donde deben trabajar, se les exige cuota mínima de suscripción de pólizas; la empresa se reserva el derecho de aprobar o no esos seguros; se tienen que presentar continuamente a rendir informes, etc.

La existencia de una subordinación en la prestación de los servicios,

está expresamente declarada en el artículo 57 de la Ley General de Instituciones de Seguros, donde se dice que: "las instrucciones de carácter general que las instituciones aseguradoras den a sus agentes, relacionadas con su actividad . . .". Por lo que, sin lugar a dudas, las empresas tienen la potestad de dar instrucciones generales y que los agentes están obligados a acatarlas.

Además, se quiso excluir la subordinación alegando que eran comisionistas, lo cual no es cierto, puesto que el artículo 1o. del Reglamento de Agentes de las Instituciones de Seguros, señala que: ". . . se entiende por agente de seguros la persona física que gestione seguros a nombre de una institución autorizada", o sea, que no están considerados como mandatarios, pues no hay ejecución de actos jurídicos, sino una simple gestión de actos no jurídicos y, en consecuencia, no están dentro de la hipótesis de la comisión como mandato para la realización de actos jurídicos.

h) La gran mayoría de las ejecutorias y la jurisprudencia de nuestro más alto tribunal ya están acordes, en la actualidad, en considerar a los agentes de comercio como trabajadores. Respecto a los dos autores que citan, contemplan a los agentes de seguros desde un punto de vista mercantil sin meterse al aspecto laboral; además ignoraron, los del sector empresarial en sus observaciones, gran parte de la doctrina, que está acorde en considerar a los agentes de comercio, y los agentes de seguros son una especie de ellos, como trabajadores.

Es interesante hacer observaciones a los comentarios, que ya estando en la Cámara para su discusión la nueva Ley Federal del Trabajo, publicó la Confederación Patronal de la República Mexicana, bajo el título de "Comentarios sintéticos en torno a la iniciativa de nueva ley federal del trabajo", en los que respecto al artículo 285, se decía que era un punto "inaceptable" de la iniciativa, porque:

"Se considera sumamente inconveniente el caso de la expresión 'otros semejantes', ya que las leyes deben ser precisas. Surgirán muchos conflictos cuando se desee encuadrar en 'otros semejantes' a diversos sujetos que en realidad no sean trabajadores.

Por lo que respecta a los agentes de seguros, no pueden darse a éstos el mismo trato que a los comisionistas (SIC). El agente de seguros es contratado por un tercero como es la Comisión Nacional de Seguros y la naturaleza del servicio que presta reviste características totalmente distintas a las de los trabajadores. No hay dirección ni dependencia económica de la empresa, no se dedican 'habitualmente' a la colocación de seguros y no se encuentran subordinados a la compañía".

Respecto al segundo párrafo, no creemos necesario volver a repetir lo antes dicho.

Por lo que se refiere al primer párrafo, queremos solamente señalar

que estamos frente a un precepto enunciativo y no limitativo, y no podía ser de otra forma, ya que el derecho del trabajo, como señala el maestro De la Cueva, es una ley social en la cual no se señalan los límites sino las bases para la conquista y expansión del derecho laboral. Se tiene que dejar las puertas abiertas para reglamentar nuevas situaciones que surjan en la vida práctica. Además, tal redacción está acorde con el artículo 123, apartado A y con la teoría de la relación de trabajo en la que se apoya la nueva Ley Federal del Trabajo.

Respecto a la preocupación final, pueden dormir tranquilos, ya que si en realidad no son trabajadores las nuevas prestaciones de servicios que vayan surgiendo, no van a ser comprendidos dentro de la ley, ya que existe un artículo 20 y aún el párrafo final del artículo 285, que excluye al trabajador autónomo, o sea, al dueño de una empresa, o bien, aquél que sea comisionista, entendida ésta como el mandato aplicado a los actos concretos de comercio.

Estos ataques del sector privado afortunadamente fueron infructuosos, quedando dentro de la legislación protectora del derecho del trabajo: los agentes de comercio; una vez más, la justicia pudo brillar sobre los intereses económicos de una minoría.

“Contra la escuela idealista que diría: inventamos la realidad; contra la escuela realista que diría: soportamos lo real, el análisis del pensamiento científico responde: estudiaremos la realidad”.

J. Ullmo.

V

LOS TRABAJADORES DOMESTICOS

1.—Desenvolvimiento del servicio doméstico a través de la historia; 2.—Caracteres y naturaleza jurídica; 3.—Su reglamentación en la legislación civil; 4.—Derecho comparado del trabajo y el servicio doméstico; 5.—Legislación del trabajo en México y el servicio doméstico, tesis de la Suprema Corte de Justicia al respecto; 6.—Los trabajadores domésticos en la nueva Ley Federal del Trabajo.

Cuando la comunidad tribal primitiva se escinde, dando lugar a la aparición de las clases sociales, de los poseedores y desposeídos, de los amos y de los esclavos, el servicio doméstico empieza a perfilarse como una imposición, como un sometimiento de los vencidos hacia los vencedores. Las guerras de conquista y las deudas, que abren por igual el portillo de la esclavitud, permiten el reclutamiento de un gran número de servidores domésticos, de cuyo trabajo y cuidado se benefician los amos. La afición a la buena mesa y la inclinación al sibaritismo, por ejemplo: entre los romanos, hizo florecer el arte culinario y acrecentó el número de los “criados” domésticos.

Desde aquellas lejanas épocas hasta hace poco tiempo, los trabajadores domésticos aparecían como una especie de “parias”, olvidados, y aún, repudiados por las leyes. La sociedad les negaba el nombre mismo de trabajadores, llamándoles “domésticos”, “criados”, “servidumbre”, “mozos”, “lacayos”, etc., manteniéndolos en la misma condición que tuvieron durante muchos siglos anteriores al nuestro.

Se les excluía de la protección del derecho del trabajo argumentando

que son personas que se dedican al servicio del hogar, que viven en el seno de una familia, que dentro de ella no pueden existir intereses distintos y que los domésticos necesitan disfrutar de la más absoluta confianza de los jefes de familia, se completaba la argumentación expresando que en las empresas los patronos persiguen un lucro, en tanto en los hogares se busca la paz, la tranquilidad y la armonía, y que la sola posibilidad de que los domésticos reclamaran la aplicación del derecho del trabajo haría que se les perdiera la confianza y que la paz del hogar se rompería.

Pero la conciencia democrática contemporánea rechaza esa argumentación, que es producto de una época en la que se tenía como institución legal la "servidumbre" de los hombres. Los domésticos son trabajadores que prestan un servicio en forma subordinada y que necesitan de la protección del derecho del trabajo. Resulta una violación flagrante del pensamiento democrático el abandono del doméstico, sobre todo cuando es víctima de un accidente de trabajo o se le despide por un simple capricho de un miembro de la familia, o la negativa a concederle un período de vacaciones y un día de descanso a la semana. En todos estos casos, la indiferencia ante ellos produciría un daño a la idea de la dignidad de la persona humana.

En la época actual, si bien los trabajadores del servicio doméstico han mejorado sus condiciones sociales ganando algo en el camino de su dignificación y libertad; en cambio, no han conquistado todavía un tenor de vida acorde con el grado de civilización alcanzado al presente. Su inferioridad social y hasta una pretendida inferioridad de raza —pese a haber sido superados todos los prejuicios raciales—, hacen de este sector laboral, el menos protegido, haciendo falta que se le otorgue una adecuada y amplia protección legal.

1.—En sus orígenes, vemos que la institución objeto de nuestro estudio se confunde principalmente con la esclavitud en la época antigua y con la servidumbre durante el feudalismo (1). Ni las predicaciones del cristianismo pudieron alcanzar nada, pues si bien se logró la elevación de las condiciones morales del siervo, en el orden material siguió existiendo la sujeción.

Durante el período feudal se distinguió entre los siervos, según que se dedicaran al servicio doméstico (*servus ministerialis* o *famuli* o *pueri vassi*) o bien, al trabajo del campo (*servus rusticus*). Los primeros eran considerados de un rango superior a los otros, y alcanzaban a disfrutar, de hecho, algunas prerrogativas como las de los hombres libres o semi-libres, pudiendo estar inscritos en la milicia, seguir a su patrono a la guerra, con la posibilidad de llegar a ocupar cargos públicos del Estado.

(1) No es necesario repetir aquí lo que dijimos en el primer capítulo sobre estas dos instituciones.

Además, tenían un tribunal propio, llamado: "Oficina de los Juzgadores" (Ufficio dei Sindicatori) (2).

Y es precisamente en la Edad Media, dada la estructura de la sociedad feudal, que produjo una gradual nivelación que se verificó de la clase del hombre libre con aquella del siervo, donde aparece la figura típica del "famulatus", que era el hombre libre que se obligaba a prestar un servicio doméstico y que su relación se gobernaba principalmente por la costumbre.

Nos dice Luigi de Litala sobre esta figura que:

"Famuli se llamaban aquellas personas que se obligaban en una relación de trabajo doméstica, y como "feudum" se definía al salario. El famulus no podía interrumpir la prestación de un servicio antes de que expirara el término de la relación, y con este objeto debía de prestar una caución "de estando", que servía para garantizar la observancia del término del contrato. Tal caución, sin embargo, no liberaba al famulus de sanciones penales muy severas, sobre todo en el caso de inobservancia al vínculo establecido (prisión, fustigación, multa).

Evidentemente, con el famulatus los intereses del amo se encontraban excesivamente protegidos, hasta tal grado que, en el contrato en cuestión, el incumplimiento no determinaba el "id quod interest", como en el caso de la resolución de la ordinaria locación de obra del derecho romano, sino que determinaba sanciones de carácter penal, que consistían en limitaciones a la libertad individual" (3).

Y es en el famulatus donde vemos configurarse con más o menos cierta consistencia al trabajador doméstico de la actualidad, o mejor, consideramos que representa la época de transición entre un sistema en donde imperaba la esclavitud y la servidumbre, o sea, el vínculo de derecho real sobre las personas y que se va transformando en un servicio libre, en donde se va dejando a la libre voluntad de las partes el elegirse mutuamente como sirviente o señor, aunque a decir verdad, esta es una diferencia sutil, ya que el trabajador doméstico nunca ha ido por voluntad sino por necesidad a prestar esa clase de servicios, pero evidentemente, fue uno de los primeros avances, que los empezaron a liberar de las cadenas con las que habían cargado durante tanto tiempo.

Mas, sin embargo, no hay que olvidar que precisamente en las postimerías de la Edad Media y que continúa en la Edad Moderna, vuelve a surgir la esclavitud, ya no de europeos, sino de africanos y americanos,

(2) Cit. en DE LITALA Luigi: *Il contratto di lavoro domestico*, en "Trattato di diritto del lavoro" de Borsi-Pergolesi, 2a. ed., Edit. CEDAM, Padova, 1953, tomo II, pág. 329.

(3) Ibidem, pág. 330.

volviendo a preponderar en las relaciones de servicio doméstico el vínculo servil. Cita Bayón Chacón (4), que en el mundo hispano de aquel entonces eran abundantes las escrituras notariales de "compraventa" de esclavos de "color membrillo cocido" que se destinaban en gran parte al servicio doméstico; gozando en España, de gran confianza de sus amos, como se refleja en las comedias de Lope de Vega, en que aparecen criadas mulatas en los papeles de confidente e incluso hay esclavos que prestan servicio doméstico en las conventos religiosos.

La necesidad de regular esta clase de relación se fue haciendo sentir por su importancia, así en el mundo hispano desde las Partidas, la Novísima Recopilación, etc., y en las Leyes de Indias se consagran diversas disposiciones sobre "criados"; entre ellas sobresale la prohibición para contratar al trabajador doméstico por período de tiempo superior al de un año, que se le diera: doctrina, comer y cenar, y los que de ellos se sirvieran, se les cure de sus enfermedades, y entierren si mueren; y que no podría servir en casa de español la mujer casada cuyo marido no trabaje o vaya a dormir con ella. También existieron limitaciones al número de "criados" que se podía tener, siendo norma general la prohibición de más de dos lacayos o mozos de mulas, cifra que se amplía a cuatro escuderos para las mujeres (5).

Aunque dada la repetición que se encuentra constantemente en las disposiciones reales y municipales e incluso dentro de la Novísima Recopilación, demuestran la falta de cumplimiento de las mismas (6). Sobre las restricciones al número de criados que debía tener un señor, no obedecen tanto a razones de carácter sustantivo como a razones fiscales, ya que de lo que se trataba era de limitar el número de exentos y de evitar la disminución de las huestes necesarias para la guerra y para la repoblación de los territorios reconquistados; esto, sin hacer de lado la escasez de los mismos por las grandes epidemias que asolaron a España en aquella época (7).

Es así como vemos que se presenta el servicio doméstico con dos caras claramente diferenciadas: la del trabajo forzoso, hereditario, en el cual no existe contrato sino relaciones señoriales propias del feudalismo; y aquella en que son trabajadores libres los que se comprometen a realizarlo.

Con la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, que modificaron las estructuras anquilosadas, operaron un importante

(4) En *La autonomía de la voluntad en...* cit., pág. 238.

(5) Cfr. COLOMBO RIZZOLO, Agustín: *El contrato de trabajo doméstico y los descansos remunerados*, en "Derecho del trabajo", Buenos Aires, 1949, pág. 457; BAYON CHACON G., *La autonomía de la voluntad...* cit., pág. 239.

(6) BAYON CHACON G., *La autonomía de la voluntad...* cit., pág. 239.

(7) *Ibidem*.

cambio en la prestación del servicio doméstico, ya que se condena a la esclavitud y a la servidumbre a desaparecer, dice el artículo primero de la susodicha declaración:

“Los hombres nacen y viven libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden estar fundadas en la utilidad común”.

Sin embargo, al trabajador doméstico, más que a ningún otro, no se le reconoció a la mayoría su libertad y no se le trató como un igual, llegándose al extremo de establecer tanto en la Constitución de Cádiz, como en las “Bases y Leyes Constitucionales de la República Mexicana” de 1836, y en las “Bases de Organización Política de la República Mexicana” de 1843, que se les suspenderían los derechos del ciudadano a aquellas personas que estuvieran en un “estado de sirviente doméstico”, no podía ser más palpable la violación a los derechos del hombre y del ciudadano.

Como se puede apreciar, el desenvolvimiento de esta institución está llena de infamias y penurias para estos trabajadores del hogar, incluso ya en el siglo XX, en algunas partes siguen siendo objeto de discriminación y explotación.

A partir de la primera guerra mundial por las innúmeras transformaciones que significó, debido a la movilización industrial de las mujeres en Europa, el servicio doméstico empezó a declinar numéricamente, intensificada después y que para muchos presagia su no lejana desaparición. Guillermo Cabanellas (8) señala que las causas concretas que han originado o impulsado ese fenómeno en todas partes, son: la mecanización del hogar, que hace más llevaderas las tareas domésticas a las propias amas de casa; la expansión industrial, con salarios más tentadores que los caseros y una mayor independencia personal; la evolución de la vida familiar con tareas que se prestan por ciertas empresas, como las lavanderías, agencias enceradoras, restaurantes y otros; el mayor desarrollo cultural, que abre perspectivas de otros trabajos. A todas estas, Francisco De Ferrari (9) agrega las siguientes: el desprecio que se tiene actualmente por esta clase de actividades, debido a su carácter servil; la circunstancia de ser considerada esta ocupación como propia de personas desprovistas de toda inteligencia y preparación y la falta de un estatuto legal que los proteja debidamente.

2.—Según nos señala la Real Academia, el adjetivo “doméstico-ca” proviene del latín *domesticus* (de *domus*: casa). Su primera acepción es “perteneciente o relativo a la casa”. Esto es muy importante como veremos más adelante, por coincidir en lo sustancial dicho significado con la realización de la actividad en la vida real.

(8) En su *Compendio de Derecho*. . . cit., tomo I, pág. 902.

(9) en sus *Lecciones de Derecho del*. . . cit., tomo II, pág. 43.

Entre las diversas acepciones con que se les conoce sobresale el de criados o sirvientes, en cuanto a la voz servicio, podemos decir que proviene del latín *servitium*, derivado de *servus*, o sea, de "siervo", cuyo primer significado castellano es esclavo (10). El uso de este término está íntimamente vinculado con el origen de esta forma de actividad humana y explica, en cierta forma, el marcado sometimiento y la obligación de cumplir deberes a veces irreconciliables con la dignidad humana.

Las tareas que el trabajador doméstico realiza son en y para el hogar, esto es muy importante y sobresale en cualquier definición, ya sea que se centre sobre las actividades o tareas, o sobre las personas o sobre la relación jurídica, veremos que todas centran el asunto en torno de los menesteres inherentes a la vida familiar, con lo cual se coincide con su significado etimológico. Así, por ejemplo, la mayoría de los autores dan dos definiciones que se han convertido en punto de partida para el estudio del trabajador doméstico, éstas son las siguientes:

Giorgio De Semo, señala que el contrato de trabajo doméstico puede definirse como el acuerdo de voluntades "mediante el cual, una parte se obliga a suministrarle a la otra ciertas prestaciones específicas o genéricamente indicadas, de carácter prevalentemente material y dirigidas a satisfacer las exigencias de los establecimientos domésticos y entidades similares, y la otra parte, titular del establecimiento, se obliga a una retribución en dinero (salarios, paga, sueldo), a la cual normalmente se agrega el alojamiento y la comida" (11).

Por su parte, Luigi De Litala nos dice que es un acuerdo de voluntades "por el cual un padre de familia o un particular, titular de un establecimiento de tipo doméstico, como un internado, una comunidad religiosa, asume al servicio de la familia o del establecimiento mismo la actividad, de carácter predominantemente manual del otro contratante, para el normal funcionamiento de la vida interna de la familia o de la comunidad" (12).

A pesar de las críticas que se les pudieran formular a estas defini-

(10) Con sutileza jurídica, Pothier señaló una distinción, que no carece de interés, entre criado doméstico y servidor: "Se llaman servidores a la gente que tenemos a sueldo, para que nos preste todos los servicios que le pedimos, aún cuando esté sujeta principalmente a cierta especie de servicios", puede ocurrir que uno sea "servidor sin ser criado o doméstico; tales son el jardinero o el guardabosque que un hombre domiciliado en una ciudad tiene en su casa de campo o en sus contornos. Estos, en verdad, no son domésticos suyos, puesto que no viven con él y no se sientan a su mesa, pero son servidores, ya que los tiene a sueldo y puede mandarles, cuando esté en sus tierras, todos aquellos servicios que resulten de sus cargos". El mismo autor caracteriza a los domésticos o criados como aquellos "que viven en nuestra casa y comen de nuestro pan". Cit. en CABANELLAS Guillermo, Compendio del Derecho del. . . cit., tomo I, pág. 904.

(11) Cit. en COLOMBO RIZZOLO Agustín A.: Op. cit, pág. 459.

(12) en *II contrato di lavoro*. . . Op. cit., tomo II, pág. 332.

ciones, por ejemplo: por ser demasiado largas, de contenido civilista, de comprensión muy amplia, etc. y teniendo en cuenta que no son válidas para cualquier país, puesto que el régimen jurídico varía de uno a otro, son muy significativas porque hacen énfasis en que el sitio de actuación normal del trabajador doméstico es el domicilio de la familia o establecimiento familiar a cuyo servicio se encuentra (13). Pero esto no debe entenderse con un criterio estrecho, es decir, no queda desvirtuada la naturaleza del mismo por realizarse una parte de sus funciones fuera de los límites físicos del hogar. Esta salida al exterior para el desempeño de actividades domésticas es susceptible de tener una continuidad esporádica o muy reiterada; desde las simples compras en el comercio que suele realizar una cocinera, pasando por las estancias más o menos prolongadas en parques o jardines cuidando los hijos menores, hasta llegar al trabajo normalmente en la calle que es usual en un conductor de automóvil, hay una amplia gama de desplazamientos laborales fuera de los estrictos límites del hogar. Es por todo esto que estamos de acuerdo con Miguel Hernainz Márques (14), en el sentido de que más que trabajo en el hogar se trata de trabajo para el hogar, aunque con cierta frecuencia se realizan fuera del mismo.

Y se debe principalmente a esta característica —la de realizar las faenas de conservación de la casa y asistencia a las personas, realizadas dentro de la esfera familiar— por lo que se presenta muy tímida, por lo general, la actuación del legislador.

Ahora bien, los caracteres con que se nos presenta el trabajo de los domésticos, según la doctrina, son los siguientes:

a) **Se trata de tareas inherentes al hogar.** Esto no necesita mayor explicación por lo señalado con anterioridad.

b) **La convivencia.** En la relación de trabajo de carácter doméstico se da casi siempre la convivencia del trabajador con el patrono. En la doctrina italiana, como se puede desprender de las definiciones de Luigi De Litala y de Giorgio De Semo, se hace extensivo el campo de aplicación a otras "convivencias" o comunidades que no son propiamente familiares, por ejemplo: conventos, asilos, cárceles, cuarteles, casas de huéspedes, etc. en estos casos, el que presta un trabajo de limpieza o asistencia está conviviendo con ellos. En este aspecto, estamos de acuerdo con Juan Ramírez

(13) Nos dice Francisco De Ferrari: "El servicio, no es doméstico por su naturaleza (tareas de limpieza, de atención, de asistencia, de cocinar, etc.), es doméstico por esas circunstancias pero, además, por el lugar de la prestación del servicio. Si estas mismas actividades se desarrollan, no en el hogar, sino en un sanatorio o en un hotel, el servicio deja de ser doméstico porque su prestación no está vinculada a una comunidad familiar. En sus Lecciones de Derecho del. . . cit., tomo II, pág. 48.

(14) **Aportación a una teoría jurídica del servicio doméstico**, en "Revista de Derecho privado", Madrid, Julio-agosto 1959, pág. 628.

Gronda (15) en el sentido de que todo, o en la generalidad de los casos, el trabajo doméstico se realiza en relación de convivencia, pero no toda convivencia constituye un trabajo doméstico; y corresponde al legislador decidir con carácter general si la disciplina por él adoptada se extiende más allá de la vida hogareña de la familia, y puede regular también aquellas otras "convivencias" que de algún modo procuran imitarla.

c) **La carencia de un fin de lucro en la relación de trabajo.** Es de destacarse que la persona que aprovecha los servicios no es un empresario y que la actividad del trabajador doméstico no se realiza dentro de alguna empresa industrial o comercial, sino en la intimidad del hogar, en aquel estado de convivencia del cual ya hablamos, por lo que sobresale como corolario la falta de interés lucrativo en el aprovechamiento del servicio.

El jurista argentino Guillermo G. Lascano considera que no es importante esta característica como una nota distintiva de esta relación especial de trabajo, así nos dice:

"Cuando el trabajo es en el hogar de quien contrata al doméstico y para concurrir a las tareas del normal funcionamiento de la vida interna de un núcleo familiar existe un contrato de trabajo de servicio doméstico; si por el contrario la relación laboral no se lleva a cabo en aquel ambiente, nos encontramos en presencia de un contrato de empleo privado o de trabajo de tipo común o general, sin que tenga importancia señalada la existencia de un fin de lucro por parte del principal, pues la ausencia de esa causa no varía la esencia de la vinculación . . ." (16).

Nos parece que este jurista hace un mal planteamiento, no se trata de sostener que la una o la otra la caracterizan, o sea, no se presenta una disyuntiva, sino que tanto la una como la otra la configuran, esto es, en forma conjunta. Hemos de mencionar que la falta de lucro, por sí sola, no es suficiente para configurar a la relación de trabajo doméstico, pues aquella es también una característica propia del denominado trabajo familiar, donde los integrantes del núcleo trabajan con el ánimo de acrecentar el patrimonio familiar, "affectionis benevolentiae causa" en beneficio común. Además, el señalar la falta de propósito lucrativo por parte del patrono, es importante no sólo desde un punto de vista doctrinal, sino que tiene mucha relevancia en el aspecto de derecho positivo, como veremos más adelante al estudiar nuestra legislación laboral.

d) **La benevolencia y la confianza (Fiducia).** Se ha destacado la importancia de esta característica principalmente en la doctrina italiana, so-

(15) Régimen de los trabajadores del servicio doméstico, en el Tratado de Derecho del Trabajo dirigido por Mario L. Deveali, edit. La Ley, Buenos Aires, 1965, tomo III, pág. 657.

(16) El contrato de trabajo de servicio doméstico y contrato de trabajo doméstico, en

bresaliendo en ella Ludovico Barassi (17), quien incluso llega a señalar que en vez de subordinación se debería de hablar de un elemento de confianza (18), debido a que el trabajo se realiza en el ámbito familiar y en una situación de convivencia, por lo que es menester —nos dice— no olvidar que el manejo y la guarda de la casa suele dejarse en manos de estos trabajadores, constituyendo este hecho una muestra de confianza.

Francisco De Ferrari se muestra contrario a esta idea, en su gran obra hace una distinción entre el contrato (relación) de trabajo y la locación de servicio, siendo la primera la que corresponde a la regulación proteccionista del derecho del trabajo, en cambio la segunda se refiere a la concepción antigua del arrendamiento romano; tomando en cuenta lo anterior nos señala lo siguiente: "Si muchas veces la convivencia mantenida durante largos años suele generar tales sentimientos, tal cosa ocurre también muchas veces en las grandes empresas industriales entre el principal y algunos de sus colaboradores más antiguos. Pero debe advertirse que esto tiene que ver con la parte anecdótica del contrato y no con su naturaleza jurídica, que, por ser en este caso la de la locación, debe llegarse a la conclusión opuesta, porque, como se sabe, el arrendatario concede a una de las partes el goce temporario de una cosa o de una persona o de su actividad, pudiendo crear, por lo tanto, entre los contratantes situaciones incompatibles con la dignidad humana" (19).

Por su parte, Juan Ramírez Gronda expresa que los caracteres son propios de la relación fáctica pero no del aspecto jurídico, es así como nos dice:

"Benevolencia y confianza son, pues, elementos sobre los cuales se asienta el vínculo, es decir, constituyen un presupuesto necesario sobre los cuales se podrá tratar la relación jurídica, esto es, el contrato. Insistiremos en esta distinción por sus posibles defectos, o, dicho de otro modo, por las consecuencias prácticas y no meramente teóricas. La falta del elemento benevolencia confianza puede motivar la nulidad o rescisión de un contrato de compraventa porque el colchón . . . no tiene lana. Pero lo que no se puede exigir, con probabilidades de éxito, es el pago por la compraventa del colchón, si éste fue dado en préstamo, alquiler o donación. Cada contrato —como cada figura delictiva en el campo del derecho penal— tiene sus notas

(17) Nos dice en su Derecho del Trabajo: "El carácter esencial del trabajo doméstico reside en el elemento que se suele llamar benevolencia (benevolenza), que se traduce en la cordialidad y casi intimidad que deriva de la convivencia con la familia y que existe siempre, en mayor o menor grado, a diferencia de otros trabajos en que el obrero se mantiene absolutamente extraño a la familia del patrono". Cit., en De la Cueva M.: Derecho mexicano del. . . cit., tomo I, pág. 853.

(18) COLOMBO RIZZOLO A., Op. cit., pág. 455.

(19) Op. cit., Tomo II, pág. 54.

típicas, y a ellas debe necesariamente atenderse el intérprete o el juez para resolver o no la actuación de las normas" (20).

Por nuestra parte, estamos de acuerdo con Ramírez Gronda en el sentido de que se trata de un presupuesto sine qua non que existe en el trasfondo de toda relación de trabajo doméstica, pero que de ninguna manera sustituye a la idea de subordinación (21).

En este sentido, casi un siglo antes que la doctrina italiana con Ludovico Barassi sostuviera que no existía la subordinación sino que se había substituido por un elemento de confianza, un italiano, Pasquale Del Giudice, al hablar de las relaciones de los domésticos, decía:

"... Así, en efecto, la dependencia en que se encuentra la servidumbre con relación al jefe de la familia, en virtud de lo cual este último tiene hasta cierto punto el derecho de mandar y aquélla el deber de obedecer, así como la confianza que es inherente a estas mutuas relaciones, son notas características de la vida familiar. La ley considera los servicios domésticos cual obligaciones originadas en el contrato, limitándose a procurar que semejantes obligaciones no se lleguen a transformar en servidumbre personal; pero dejando, en todo lo demás, que se regulen por el uso corriente y los convenientes particulares" (22).

Esto es, hasta desde un punto de vista iuscivilista, se sostiene que sí existe subordinación jurídica como se entiende en derecho laboral, con la facultad de una de las personas de mandar y la obligación de la otra de obedecer.

Se han señalado, además de los caracteres anteriores, otros como el de:

e) **Continuidad en el servicio;** esto se debe a la carencia de un horario, ya que desde la mañana hasta la noche suele el trabajador doméstico estar a las órdenes del dueño de la casa, con pequeños intervalos y ciertas salidas. Esto sucede principalmente en los países latinos, en los cuales el trabajador doméstico se encuentra a disposición del patrono a lo largo de todo el día.

(20) En Condición Jurídica del servicio. . . cit., pág. 661.

(21) Esto también se desprende del Derecho Mexicano del Trabajo, en donde se establece que no existe la obligación de reinstalar al trabajador doméstico, esto es, se puede dar por terminada una relación de trabajo pagando la indemnización correspondiente, pero de ninguna forma se puede obligar a convivir con una persona a quien no se le tiene confianza (art. 49, fracción IV de la nueva Ley).

(22) Enciclopedia jurídica para uso de las cátedras, trad. Alvaro Lope Orriols, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1885, pág. 178.

Guillermo Cabanellas (23) hace mención de otros rasgos accesorios que se presentan muy a menudo en la relación de trabajo que estamos estudiando, como son: el predominio de las prestaciones femeninas, y dentro de éstas de las solteras y de las jóvenes; donde existen razas, desempeño por la menos apreciada, como los negros en los Estados Unidos de Norteamérica, y las indígenas en América Latina; la variación e indeterminación de las tareas, singularmente en las domésticas que se toman "para todo servicio", a diferencia de las especializadas o calificadas (un chofer particular).

Ahora bien ¿cuál es la naturaleza jurídica del servicio doméstico? ¿Se trata de una relación de trabajo o se le debe de excluir de la regulación laboral?

Existen dos posturas en la actualidad sobre este tema, debido principalmente a su carácter muy especial: una corriente que sostiene que no se trata de una relación de subordinación y por lo tanto, que no se le aplica la legislación del trabajo; por otro lado, la inmensa mayoría que pide una regulación laboral más o menos completa.

Los representantes de la primera posición son principalmente: la doctrina italiana, la española y la brasileña, incluso llegando a establecer en su legislación la evolución del servicio doméstico de la regulación laboral (24).

Dentro de los autores italianos que señalan que el trabajador doméstico no debería de ser protegido por el derecho del trabajo, sobresale principalmente Luigi De Litala, quien nos señala que está tan fuertemente conectado al mecanismo íntimo de la vida familiar, que sería completamente

(23) Compendio de Derecho del. . . cit., tomo I, pág. 902.

(24) Así tenemos, por ejemplo, que en Italia, antes de la Ley de 2 de abril de 1958, Núm. 339, se excluía al trabajador doméstico de la mayor parte de la regulación laboral, tanto de la del contrato colectivo (art. 2068-2o. Código civil), como de las leyes relativas al trabajo de las mujeres y niños, a la maternidad, a la jornada máxima de trabajo, al descanso semanal, etc., Aunque se le otorga en el mismo Código civil (arts. 2240 y sigs.) algunas normas sobre derecho a la manutención, al alojamiento y asistencia médica, indemnizaciones por antigüedad, etc.

En España, la Ley del Contrato de Trabajo de 1944, excluye expresamente de su regulación al servicio doméstico (artículo 2, inciso c), entendiéndose como tal, "aquel que se presta mediante jornal, sueldo o salario o remuneración de otro género o sin ella, y que sea contratado, no por un patrono, sino por un amo de casa que no persiga fin de lucro para trabajar en una casa o morada particular al servicio exclusivo del contratante, de su familia o de sus dependientes, bien se albergue en el domicilio del amo o fuera de él". En Brasil, en la "Consolidación de Leyes del Trabajo" (Decreto-ley No. 5452 de 1 de mayo de 1943), establece en su artículo 7 inciso a), que los preceptos de la consolidación, salvo cuando existe norma en contrario, no se aplican a los empleados domésticos, considerados, en forma general, como aquellos que prestan "servicios de naturaleza no económica a persona o a familia en el ámbito residencial de éstas".

te dañoso hacer salir tal relación de dicho ámbito, pues agravaría en vez de facilitar dicha relación, además señala que:

"... no se ha considerado que los trabajadores domésticos (sic), desde el punto de vista económico, social y moral, tengan necesidad de la tutela concedida en las varias leyes de naturaleza social al operario, ya que los trabajadores domésticos, por lo general, obtienen con la prestación del trabajo, la alimentación y la habitación, y a veces también el vestido, por lo que, con respecto a ellos, queda reducida casi al mínimo la preocupación de deber proveer a los propios medios de subsistencia, y siente casi nada las repercusiones de la vida económica, mientras dicha preocupación es grave, para quien, como el operario, casi siempre desprovisto de medios de fortuna, debe únicamente con el salario proveer a todas las necesidades de la vida" (25).

De la misma opinión encontramos en España a Juan Menéndez Pidal, quien coincide con el anterior en el sentido de que las relaciones nacidas entre amos y criados vienen a ser materia, en su mayor parte, del derecho privado común y esto se debe a que:

"En el servicio doméstico se establece un vínculo jurídico, pero tal vínculo tiene unos caracteres propios que lo alejan del típico vínculo laboral, por ahora y tal como en la actualidad se desarrollan las relaciones entre amos y criados claramente intro-familiares, que deben permanecer en su condición de intimidad borrando las condiciones propias del contrato de trabajo de profesionalidad y dependencia laboral, resultando imposible, sin destruir la inviolabilidad del domicilio particular, establecer e inspeccionar la jornada de trabajo, horas extraordinarias y tantas otras disposiciones propias del derecho social, lo que no quiere decir que al excluir al servicio doméstico del derecho social lo sea sólo debido a dificultades prácticas que su regulación pueda presentar, sino por su esencia y caracteres íntimos, familiares, domiciliarios, hogareños de carácter paternalista y no patronales, de ayuda y no para obtener ganancias o lucros, y, en fin, profundamente humanos debidos a la formación cristiana de las familias, en una convivencia afectiva, ordenada más de forma reverencial que disciplinaria entre ascendientes, descendientes y servidores" (26).

(25) En su: **Contrato de trabajo**, op. cit., pág. 425.

(26) **Derecho social**. . . cit., tomo II, pág. 80. Hace poco tiempo se sestuvo con una interpretación positivista que: "El contrato de servicio doméstico, aún dándose en él la nota de dependencia, y pese a que su estructura interna-objetiva o propia es igual a la que da base al contrato de trabajo común, no es, pues, en el Derecho español, un contrato de trabajo. . . En conclusión, el contrato de servicios domésticos retribuidos (porque se admite el servicio sin retribución), es un arrendamiento de servicios; o lo que es lo mismo, está sometido a la liberal y mínima regulación jurídica propia del arrendamiento de servicios". BORRAJO DACRUZ, Efrén: **El régimen jurídico del servicio doméstico**, Academias Profesionales Universitarias, Memorias y Lecciones de la apertura de curso 1959-1960, Madrid, págs. 45-46.

Por lo que respecta al Brasil, vemos que esta corriente ha fructificado, así tenemos que María Luisa Doria Bittencourt, nos dice:

"La suavidad de las costumbres y de los hábitos debidos a la larga permanencia en el trabajo por parte del sirviente, establecen una familiaridad, que actualmente persiste, entre el empleado doméstico y la familia a que sirve, permitiendo que el nivel de vida no sea rudo y las prácticas de reposo semanal y descanso sean más o menos respetadas, agregándose a la remuneración pequeña que en dinero perciben, las prestaciones en especie (residencia, vestuario de trabajo, alimentación) permitiendo con ello que las condiciones de vida del doméstico no sean tan miserables" (27).

Y no sólo la doctrina anterior, sino que también sufrieron dicha influencia algunos autores argentinos, entre los que sobresalen Guillermo Cabanellas (28) y Agustín Colombo Rizzolo (29).

Sin embargo, la gran mayoría de las legislaciones avanzadas en materia del trabajo, así como la doctrina en general, han visto en la prestación del servicio doméstico, una relación de trabajo, la que, por lo tanto, debe ser regulada ampliamente por el derecho laboral, aunque sujetándose a un régimen especial por sus características. Y es precisamente el hecho de la convivencia familiar el que permite la dirección, control y vigilancia más permanente y constante que en aquellas actividades que se realizan en la industria o en el comercio. Y en todo caso, si no existe subordinación, se está ante un trabajador autónomo, lo que tratándose del trabajador doméstico sería un absurdo. En conclusión: dicha convivencia hace que la subordinación genérica que se presenta en toda relación individual de trabajo, sea más rigurosa tratándose del servicio doméstico.

El trabajo doméstico siempre ha tenido más importancia como hecho social que como operación jurídica; en este aspecto estamos de acuerdo con De Ferrari (30) en el sentido de que: "desde el punto de vista social

(27) Cit. en SUSSEKIND A.—MARANHÃO D.—SEGADAS VIANNA J.: *Instituições de direito do trabalho*, 4a. ed., Livraria Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1966, tomo II, pág. 451. De la misma opinión es Cesarino Junior quien sostiene que a la legislación social no le interesa tal relación, porque no existe ahí realmente conflictos entre el capital y el trabajo, Op. cit., tomo II, pág. 476.

(28) Señala que: "... el servicio doméstico se presta al dueño de la casa sin un vínculo de carácter contractual laboral. Cuando los servicios o el trabajo se prestan fuera de la vida ordinaria de la familia el vínculo es laboral, y nos encontramos en presencia de un contrato de trabajo comprendido dentro de las normas legales establecidas para éstos. . . en el servicio doméstico no existe, como ya dijimos, un relación de dependencia; pues la función es puramente familiar, y, además, falta el interés especulativo que debe existir entre lo pagado por el patrón en razón del trabajo y lo producido por la venta o especulación efectiva sobre éste". En su Tratado de Derecho. . . cit., tomo II, pág. 881.

(29) Op. cit., pág. 455.

(30) Lecciones de Derecho . . . cit. tomo II, pág. 44.

tanto su existencia como su actual desaparición, crearon verdaderos problemas. En cambio, como relación jurídica, el servicio doméstico careció, en general de relevancia, porque el servidor a quien no alcanzaban en general las leyes que protegen a los trabajadores, no era, en realidad un centro de interés como sujeto de derecho". Los legisladores se han presentado muy tímidos para regular esta relación de trabajo, sobre todo por los caracteres antes citados.

Respecto a los argumentos que se sostienen por la doctrina italiana, española y portuguesa, principalmente, no los consideramos válidos, pues aceptarlos sería considerar tanto a la esclavitud como a la servidumbre como instituciones buenas, ya que en ellas vemos que los amos les proporcionaban habitación, alimento y en algunos casos vestido; y por otro lado, es falso en la mayor parte de los casos esa "suavidad" o "pseudopaternalismo" con que se les trata, ya que debido principalmente al origen de los trabajadores domésticos en la actualidad, la baja extracción de las personas que componen esa clase social, las formas humillantes a que dio siempre lugar, etc., provocan con frecuencia el desprecio del doméstico de parte de los demás miembros de la sociedad. En los últimos estudios que se han realizado se ha visto que el servicio doméstico no constituye una clase de actividades ontológicamente innobles y que las tareas y conocimientos que incluía no justificaban la desconsideración que habían motivado.

Sin embargo, hasta la actualidad no se les ha reglamentado como debe ser, en realidad pocas legislaciones les dan la mayor parte de las prestaciones a que tienen derecho, siendo hoy en día una reminiscencia de la concepción clásica romana de la locación o arrendamiento de servicios y no de la teoría moderna de la relación de trabajo. Y debemos concluir con De Ferrari en sentido de que: "cuando no se establezca más en los textos legales ninguna discriminación entre el servidor y el asalariado, cuando las leyes del trabajo sean aplicables indistintamente a unos y otros, cuando este proceso de equiparación termine, el servidor doméstico será un trabajador como los demás y su contrato (relación), un contrato de trabajo" (31).

3.—El trabajo doméstico fue la primera actividad asalariada que motivó una regulación expresa, aunque poco beneficiosa, a la parte débil y necesitada. Casi todos los códigos civiles, siguiendo al de Napoleón, al estudiar el arrendamiento de servicios —que pasó luego a ser contrato de trabajo y después relación de trabajo— se referían al trabajador doméstico, pero la mayoría se encontraban influidos por el más puro individualismo burgués.

En el código civil francés de 1804, se reguló pobremente esta rela-

(31) *Ibidem*, pág. 57.

ción, dejando a la autonomía de la voluntad el fijar todo el contenido de las obligaciones y derechos de las partes. Correspondía a la parte obrera, según el citado código, el probar todas sus afirmaciones, lo cual, como era de suponerse, resultaba muy difícil, por ejemplo: siempre era creído el amo, salvo prueba en contrario, sobre el salario devengado y no cobrado por el sirviente (art. 1781).

En el mismo sentido encontramos en las Concordancias de Florencio García Goyena al proyecto español de código civil de 1851, en las que la carga de la prueba correspondía al llamado "criado", y se decía: "los criados y trabajadores asalariados se han confiado a la buena fe del amo; al menos ésta es la presunción. Por otra parte, no está en práctica que se pidan recibos de los salarios que se les pagan. Se hace por lo tanto preciso que se difiera el juramento a alguno, y debe deferirse al amo porque es el demandado . . ." (32). Y más adelante se precisan cuáles son los motivos por los que se dictan normas sobre vigilancia e higiene o moral, esto es, porque: "No puede, en efecto, desconocerse que esta materia, aunque de justicia bajo ciertos aspectos, cae en gran parte, si no en su mayor, bajo el dominio de la policía" (33).

El primer código civil que reglamentó con más o menos extensión al servicio doméstico fue el portugués (promulgado el 1 de julio de 1867), el cual le dedicó veinte artículos. En este ordenamiento se definía al servicio doméstico como aquél que se presta temporalmente a cualquier individuo por otro que vive con él, mediante una cierta retribución (art. 1370); prohibía el contrato de por vida de uno de los contratantes y se dejaba a la libre voluntad su regulación, con excepción de algunos casos, como, por ejemplo: la falta de convenio relativo a emolumentos, pues en este caso se observaban las costumbres del país, tomando en cuenta sexo, edad y trabajo realizado (art. 1374); el doméstico que prestaba su servicio para un tiempo determinado no podía ausentarse o despedirse sin los justos motivos antes de la expiración del tiempo convenido (art. 1376); en caso de que el doméstico se separe sin causa legítima antes de vencer el tiempo convenido perdía el derecho a su sueldo, tanto los no vencidos como los no pagados (art. 1379); el patrono no podía, sin justo motivo, despedir a su doméstico antes de la expiración del tiempo convenido (art. 1380); el doméstico estaba obligado a obedecer en todo lo que no sea ilícito o contrario a las condiciones del contrato, a desempeñar el trabajo con interés, a velar por las cosas de su patrono y responder de las pérdidas o daños que el amo sufra por culpa de ellos (art. 1383); dentro de las obligaciones del patrono resalta la de ayudar y hacer atender a su doméstico, pagándole su sueldo, en el momento que se encontrara enfermo

(32) GARCIA GOYENA F.: *Concordancias, motivos y comentarios del código civil español*, Madrid, 1852, tomo III, pág. 480.

(33) *Ibidem*.

y no pueda atenderse él mismo, o si no tiene ni familia ni domicilio propio (art. 1384); en la acción de pago de sueldos vencidos y no pagados, en caso de dificultades, salvo prueba en contrario, será resuelto por el juramento del patrono (art. 1387); se podía retener el sueldo por los patronos para pagarse a título de indemnización los daños que le hubiese ocasionado el doméstico (art. 1388). Como se puede apreciar, a pesar de que era extensa su regulación, la influencia del liberalismo y la preponderancia del principio de la autonomía de la voluntad se encuentran a lo largo del articulado (34).

Es importante el código civil portugués porque de él se inspiraron la gran mayoría de los que le sucedieron; así tenemos el Código Federal de las Obligaciones Suizo de 14 de junio de 1881, que en términos generales lo siguió. En lo que varió respecto a su antecesor, fue en que al patrono se le obligó a tomar las medidas de seguridad propias y a suministrarle el dormitorio en buenas condiciones (art. 350), se establecía un período de prueba dentro de los dos primeros meses, salvo estipulación en contrario, durante el cual se puede rescindir la relación con aviso de tres días de anticipación, por lo menos (art. 350).

El código civil español de 1888, también sufrió la influencia del ordenamiento portugués, a pesar de que son pocas las normas que se refieren a los "criados" que se mezclan con las de los trabajadores asalariados. En él encontramos también la presunción de decir verdad a favor del amo sobre los salarios y que toca al criado probar lo contrario (art. 1584).

Por lo que se refiere a nuestra legislación civil, encontramos que nuestro código civil de 1870 también estuvo influido por el portugués, en su exposición de motivos se señalaba que la comisión redactora reunió: "los preceptos que le han parecido más equitativos de los códigos modernos, ampliándolos y complementándolos en lo que ha juzgado conveniente". Entre las prestaciones que se le agregaron con respecto al lusitano se encuentran, por una razón manifiesta de equidad, que cuando el sirviente trabajara en un lugar que diste más de 20 leguas de su domicilio, el que recibía el servicio debía pagar un mes de salario para su traslado, salvo pacto en contrario (art. 2561); en la exposición de motivos se dice sobre esto que: "serían graves los perjuicios que se seguirían al doméstico de encontrarse a larga distancia de su domicilio, teniendo que emplear en medios de transporte lo que apenas bastaría acaso para su alimentación". También se impone la obligación al que recibe el servicio a "socorrer o mandar curar por cuenta de su salario, sobreviniéndole enfermedad y no pudiendo el sirviente atenderse por sí o no teniendo familia o algún otro recurso (art. 2570-4o.), y esto se funda: "en una razón de humanidad y tiende a establecer la costumbre de que los domésticos, mientras no cometan graves

(34) Cfr. *Code Civil Portugais*, trad. Fernand Lepelletier, A. Durand et pedone Laurent Edit., París, 1894; este código fue sustituido por el de 25 de noviembre de 1966.

faltas, son considerados como miembros de la familia del que recibe sus servicios". Por último se establece que se observará lo que se determine por los reglamentos de policía.

Respecto al código civil de 1884, no hace otra cosa sino repetir literalmente lo que se establecía en el código civil de 1870. Y en el código civil vigente que data de 1928, se estableció que mientras se expedía la ley reglamentaria del artículo 123 Constitucional, se seguirían aplicando las disposiciones del código civil de 1884 en lo que no contraviniera el precepto constitucional. Y el servicio doméstico se debía excluir de la reglamentación civil porque, como se sostiene en la exposición de motivos del código civil vigente, "afectan no sólo los intereses de los contratantes, sino los de la colectividad y que la autoridad debía de intervenir en su celebración, para atenuar, en lo posible, la desigualdad en que se encuentran colocados los contratantes".

4.—Aquellas nuevas concepciones e ideas sociales que a principios de siglo harían posible el crecimiento del frondoso árbol de la legislación laboral, no lograron que esa reparadora sombra se extendiera al servicio doméstico, es por ello que en las primeras leyes del trabajo encontramos la misma coetilla, la exclusión de sus observancias a los servidores familiares.

Sólo ya en la actualidad, el proceso de expansión y generalización de la legislación del trabajo, ya en plena madurez, va llegando con plenitud al servicio doméstico. La misma obra alentadora y científica de la Organización Internacional del Trabajo, a la que tanto impulso debe la Política Social, deja de sentirse en este caso concreto al apoyar tan sólo la aplicación de la previsión social al trabajador doméstico, no así las condiciones de trabajo. Así tenemos que en el convenio 24, en el año de 1927, se propuso instituir el seguro obligatorio de enfermedad para los domésticos; más adelante, la decimoséptima reunión, durante el mes de junio de 1933, adoptó seis proyectos de convenios internacionales referidos a la seguridad social, tres de ellos destinados a las actividades de los domésticos y a otras prestaciones de servicios, y los otros tres al trabajo agrícola, con la particularidad de que también en estos tres últimos se comprendían en sus cláusulas a los "trabajadores domésticos que estén al servicio personal de empleados agrícolas"; dichos convenios se refieren al seguro obligatorio de vejez, el de invalidez y también, para el caso de muerte (35).

(35) Vid. RAMIREZ GRONDA J., Régimen de los trabajadores. . . cit., pág. 650. A pesar de esto, con motivo de la 31a. Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, celebrada en Ginebra del 2 al 6 de julio de 1951,, se reunió una comisión de técnicos que estudiaron al servicio doméstico y que en el numeral 6 de las observaciones de carácter general dijeron que: "No obstante, se convino que sería conveniente proporcionar a los trabajadores domésticos una protección análoga a la prevista para los demás trabajadores, a fin de que, por un lado, disfruten de derechos y ventajas sociales equivalentes y, por otro, se les evite el aislamiento y la discriminación que

Tomando en cuenta la importancia que en la particularidad iberoamericana cobra la especialidad laboral del servicio doméstico, la Conferencia Regional del Trabajo de La Habana, celebrada en 1939, estructuró la siguiente resolución: "El trabajo de las mujeres ocupadas en el servicio doméstico y en la agricultura, debe ser reglamentado por una legislación social adecuada que comprenda normas sobre salarios, duración y otras condiciones de trabajo" (36). Y fue también en América, en donde conscientes de los beneficios que los seguros sociales pueden importarles en el mejoramiento del bienestar espiritual y material de los individuos y su familia, se estructuró en 1940 el Comité Interamericano de Iniciativas en materia de Seguridad Social, que logró su primera reunión a fines de 1942 en Santiago de Chile, entre sus principales resoluciones se encuentra la de que: "es urgente establecer la ampliación del seguro social a los trabajadores agrícolas, a los servidores domésticos y a los trabajadores independientes, a fin de protegerles en su integridad biológica o económica" (37).

Ahora bien, sobre las condiciones de trabajo, sin pretender ignorar que algunas legislaciones posteriores a la primera guerra mundial se preocuparon, aunque muy tímidamente, del servicio doméstico, otorgándoles, por ejemplo: el descanso hebdomadario o semanal (ley salvadoreña de 1920, la uruguaya del mismo año y la brasileña de 1923) y que en algunos casos muy especiales, como en el código de trabajo boliviano de 1939 y en el chileno de 1931, se les concedían vacaciones anuales con goce de salario íntegro, un descanso diario de 8 horas por lo menos, y de seis horas un día de cada semana, proporcionándoles, además, auxilios médicos en caso de enfermedad (38). No hay, sin embargo, un verdadero desenvolvimiento tendiente a la protección integral del trabajador doméstico sino hasta la época actual, o sea, es la segunda postguerra mundial en donde los códigos del trabajo les dedican capítulos completos si no es que leyes especializadas en tutelar al trabajador doméstico.

Del contenido de los diversos ordenamientos legislativos (39), en los que se regula de una manera más eficaz la protección del trabajador doméstico, sobresalen los siguientes aspectos:

provocan una disminución del número de personas competentes que ingresan y permanecen en este tipo de empleo".

(36) Cit. en BERNALDO DE QUIROZ J.: *El servicio doméstico en la legislación comparada y la ley dominicana del 4 de agosto de 1942*, en "Derecho del Trabajo", Editorial La Ley, Buenos Aires, 1941, (tomo IV), pág. 56.

(37) *Ibidem*.

(38) Antokoletz D.: *Op. cit.*, tomo I, págs. 400-401.

(39) Hemos tomado para nuestro estudio de la "Serie Legislativa" que bimestralmente publica la Oficina Internacional del Trabajo de al O.I.T., los siguientes ordenamientos laborales: Argentina (Decreto por el que se reglamenta los beneficios, obligaciones y derechos para el personal que presta servicios en casa de familia, de 14 de Enero

- 1) En todas las definiciones que se proporcionan sobre el servicio doméstico se señala, tanto implícita como explícitamente, que no se aplicarán las disposiciones relativas si se presta el servicio a una persona que los utilice para obtener algún lucro, esto es, sólo se aplicarán a las actividades "esencialmente" domésticas o conexas; se dispone que el trabajador doméstico puede estar alojado en la casa donde presta sus servicios o fuera de ella, pero que es un requisito necesario que la prestación del servicio se realice en forma habitual o continua en labores de aseo, asistencia y demás propios del desenvolvimiento normal de la vida en un hogar o de otro sitio de residencia o habitación particular.
- 2) Dada la especial característica del vínculo laboral, sobre todo por la confianza que se debe tener para con el trabajador doméstico, en la mayor parte de las leyes se establece un período de prueba, tanto para que demuestre sus aptitudes, como para saber cuál es el trato que podría existir entre ambos. Esto se presenta, principalmente, en las legislaciones latinoamericanas, así tenemos que en el Ecuador, Argentina, Honduras y Nicaragua es de 15 días; en Haití es de un mes; en Austria es de una semana y en Panamá de 10 días.
- 3) Un problema que es muy importante resolver es el de si se debe establecer o no una jornada máxima de trabajo para los trabajadores domésticos: las legislaciones más avanzadas en la regulación de este trabajo especial se han decidido por su establecimiento, entre éstos se distinguen los siguientes países europeos: Hungría, en el que la jornada máxima es de 8 horas de trabajo, en las que están comprendidas los descansos estipulados para las comidas; en Finlandia, la jornada normal no podrá exceder de 10 horas diarias, empezando a las 6 y terminará a las 19 horas; en Noruega, la duración normal del trabajo no excederá de 9 horas diarias, computándose dentro las pausas destinadas a las comidas. Por lo que se refiere a Austria, y pen-

de 1956); Austria (Ley en que se reglamenta las relaciones de trabajo de los empleados domésticos, de 23 de Julio de 1962); Ecuador (Código de trabajo, de 4 de Noviembre de 1954); Finlandia (Ley sobre trabajadores domésticos, de 7 de Enero de 1949); Guatemala (Código de trabajo de 1947, modificado el 5 de Mayo de 1961); Haití (Código de trabajo, de 6 de Octubre de 1961); Honduras (Código de trabajo, de 10 de Junio de 1959); Hungría (Ordenanza por la que se reglamentan las condiciones de empleo de trabajadores domésticos, de 7 de junio de 1959); Italia (Ley sobre relaciones de trabajo doméstico, de 1945, reformada el 12 de Octubre de 1962); Noruega (Ley sobre las condiciones de trabajo de los empleados domésticos, de 31 de Mayo de 1963); Panamá (Código de trabajo, de 11 de Noviembre de 1947); Paraguay (Código de trabajo, de 31 de agosto de 1961); Perú (Decreto Supremo que fija la indemnización por despido, vacaciones pagadas y descanso semanal de los trabajadores domésticos, de 30 de Abril de 1957 y la de 14 de Diciembre de 1957, sobre beneficios sociales); y El Salvador (Código de trabajo, de 23 de Enero de 1963). Por lo que se refiere a la Gran Bretaña: Vid. a ELLIOT Dorothy M.: El servicio doméstico en el Reino Unido, en "Revista Internacional del trabajo", O.I.T., febrero de 1951.

samos que es el más adelantado en esta materia (40), se establece en su artículo 5, inciso 1), de su ley en que se reglamenta las relaciones de trabajo de los domésticos:

"La duración del trabajo, inclusive el tiempo durante el cual el trabajador debe estar dispuesto a prestar servicios, no excederá, para los empleados alojados en casa del empleador, de ciento veinte horas en dos semanas civiles, si hubieren cumplido 18 años, ni de ciento diez, en el mismo período; si se tratare de menores de dicha edad. La duración del trabajo, inclusive el tiempo durante el cual el trabajador debe estar dispuesto a prestar servicios, no excederá, para los empleados no alojados en casa del empleador, de noventa y seis horas cada dos semanas civiles, si hubieren cumplido 18 años, ni de ochenta y ocho, en el mismo período, si se tratare de menores de dicha edad".

En la Gran Bretaña la jornada máxima de trabajo es de 48 horas a la semana para las personas grandes y de 44 horas, en el mismo período de tiempo, para los jóvenes si es que están alojados en la casa del patrono; en caso de que no convivan con el patrono, la jornada máxima será de 44 y 40 horas, respectivamente. También se da con frecuencia que el servicio se preste por horas, en vez de jornadas.

- 4) Por lo que se refiere a los países latinoamericanos, no han establecido jornada máxima, pero gran parte de ellos señalan un período de descanso, principalmente nocturno, llegándose a indicar las horas, que permitan recuperar las energías gastadas. En algunos países establecen dicho descanso amén de conceder jornada máxima de trabajo también. Así tenemos que en Italia el descanso nocturno es de 8

(40) Quizás en gran parte se deba a la hermosa defensa que hacía de ellos el Rector de la Universidad de Viena, Antonio Menger, quien presentaba con tintes dramáticos la situación patética en que se encontraban estos trabajadores, al decirnos que: "con razón puede asegurarse que ninguna otra parte de nuestro sistema del derecho privado ha quedado tan atrás, recordando por tal modo la servidumbre de la gleba, y otras condiciones autoritarias del orden social feudal, como el derecho relativo a los criados. . . más aún: la misma costumbre popular, unida a una legislación atrasada, ha conservado el espíritu de otros tiempos, porque aún los mejores de nosotros olvidamos con demasiada frecuencia, en las relaciones domésticas con la servidumbre, que no debe nunca un hombre ser tratado como un medio supeditado a los fines de otros. . . ninguna otra condición, en la sociedad presente, se asemeja a la esclavitud o a la servidumbre de la gleba, como la de la servidumbre doméstica. Mediante el contrato de servicios, toda la fuerza activa del criado pasa, en virtud de la costumbre, a disposición del patrono. . . Los que hoy hacen política socialista, miran con horror aquellos "desmedidos" servicios gratuitos de los pasados siglos, sin recordar que los domésticos se encuentran en la misma relación jurídica. Considerando que el objeto del contrato de servicio consiste en que el servidor ponga a disposición del patrono su fuerza por un término o para un fin dado, nuestros criados tienen en realidad a su cargo una jornada normal de trabajo de 24 horas". Vid. *El Derecho Civil y los pobres*, EdIt. Atalaya, Buenos Aires, 1947, págs. 194 y 217.

horas; en Argentina es de 9 horas; en Honduras, Guatemala, Paraguay, Haití, El Salvador y Nicaragua, de 10 horas; en Panamá es de 14 horas. Por lo que se refiere a Austria, que como ya vimos concede jornada máxima de trabajo, se establece en su artículo 5, incisos 3) y 4) lo siguiente:

"3) Los trabajadores que convivan con el empleador y hayan cumplido 18 años tendrán derecho a un descanso mínimo de diez horas, que comprenderá el período de las 21 a las 6 horas, y si aún no hubieren cumplido 18 años, a un descanso mínimo de doce horas, que comprenderá el período de las 20 a las 7 horas. Además, la jornada de trabajo se interrumpirá mediante pausas de tres horas por lo menos en total, de las cuales, dos de treinta minutos como mínimo para efectuar las principales comidas;

4) Los trabajadores que no convivan con el empleador y hayan cumplido 18 años tendrán derecho a un descanso mínimo de trece horas, que comprenderá el período de las 21 a las 6 horas, y si no hubieren cumplido 18 años a un descanso mínimo de quince horas, que comprenderá el período de las 20 a las 7 horas.....".

- 5) Por lo que se refiere al salario, comprende tanto lo que se pague en efectivo como las prestaciones en especie; se establecen cuáles son los emolumentos en especie y las condiciones que se requieren para prestar buen uso (habitación con calefacción, alumbrado, medios de aseo, etc.).
- 6) Absolutamente todas las legislaciones traen reglamentado el otorgamiento de vacaciones anuales, coincidiendo generalmente con las disposiciones que las regulan para todos los trabajadores; por lo que respecta al descanso hebdomadario se establece con ciertas variantes en la mayor parte de los países; por ejemplo: en Austria, Hungría, Nicaragua y El Salvador, es de 1 día semanalmente; en Finlandia y Ecuador de 1 día por cada dos semanas, etc.
- 7) En caso de enfermedad que los incapacite para realizar sus labores domésticas, independientemente de que estén o no alojados en la casa del patrono, se les pagará atención médica y manutención. Por ejemplo: por el período de un mes en Noruega, de una semana en Guatemala, Nicaragua y Haití; de dos semanas en Panamá; de cuatro semanas en Austria, etc. Pasados dichos períodos se puede rescindir la relación de trabajo, pudiéndolo hacer también en cualquier tiempo si la enfermedad es contagiosa; ahora que si la enfermedad se contrae por culpa del patrono, existe obligación de darle asistencia médica hasta su recuperación (Guatemala y Haití).

- 8) En gran parte de los países se establece que si el trabajador doméstico falleciere en casa del empleador, éste asumirá los gastos funerarios, en Haití esos gastos deben ser "razonables y sólo en caso de no existir seguro"; en Nicaragua, sólo en el caso de que se haya prestado el servicio por un año o más.
- 9) Dentro de las obligaciones especiales, merece mención el artículo 117 del Código de Trabajo del Ecuador, que señala que: "Si el doméstico quedare imposibilitado para el trabajo por el largo servicio que hubiere prestado al patrono, éste no podrá despedirlo y lo conservará dándole los recursos necesarios para su subsistencia o le jubilará de acuerdo con la ley... Es obligación de los herederos el cumplimiento de esta obligación".
- 10) Ahora bien, dada la importancia creciente que ha ido teniendo la asistencia en las labores del hogar, y en vista del trato, a veces, inhumano que se les da, lo que ha motivado su deseo de incorporarse a la maquinofactura, reduciendo considerablemente su número; aunado todo esto a la imposibilidad física de una inspección efectiva en las mismas casas particulares para vigilar las condiciones de trabajo, es por lo que se ha pensado en la creación de un organismo especializado en la protección de los trabajadores domésticos, y quizás, en cierta forma, también de los patronos. Así, por ejemplo, en junio de 1946 se creó en la Gran Bretaña el "Instituto Nacional del Servicio Doméstico", cuyo objetivo principal es aumentar el número de personas dedicadas al servicio doméstico, elevando y mejorando su situación, capacitación y eficiencia (41) y para constituir un centro de investigación de sus relaciones de trabajo. En Ecuador, parecidas funciones realiza la "Oficina de Estadística y Colocación", conociendo la autoridad del trabajo de cualquier denuncia sobre explotación o maltrato al trabajador doméstico (art. 182 de su Código del Trabajo).

Estas son algunas de las principales medidas legislativas que se han tomado en diversos países con el objeto de solucionar el problema del trabajador doméstico.

5.—Si nos remontamos a las más profundas raíces de nuestra legis-

(41) El curso de formación profesional de los trabajadores domésticos en la Gran Bretaña consta de 26 semanas y se divide en tres partes: formación práctica, comprendiendo la posición que ocupan los trabajadores del hogar, en la casa y la colectividad; nociones de higiene; organización de los quehaceres domésticos, cocina, lavado, planchado, costura y otras labores, lo que requiere más o menos el 63% del tiempo disponible. La segunda parte comprendía la Instrucción General, dándose cursos sobre: lengua inglesa, educación cívica y social, lo que ocupa el 20% del número total de clases. Y por último, el 17% restante se dedica a prácticas en casas especialmente seleccionadas, durante los últimos meses de formación. A los seis meses de formación, las educandas son examinadas y obtienen el diploma si el examen lo justifica. Vid. a ELLIOT, Dorothy, Op. cit., pág. 140.

lación laboral, veremos que en las primeras leyes del trabajo anteriores a la Constitución de 1917, ya se empezaba a regular el servicio doméstico, bien sea, dando reglas de excepción con respecto a las condiciones de trabajo de los demás trabajadores, como el caso de que no se apliquen las disposiciones sobre descanso hebdomadario (art. 3 de la Ley de Cándido Aguilar, de 4 de Octubre de 1914), o bien, estableciendo algunas disposiciones importantes sobre su regulación.

En la famosa ley del trabajo del Estado de Yucatán, de 11 de diciembre de 1915, en su artículo 83 se establecía el salario mínimo del trabajador doméstico, decía el precepto citado que: "ningún salario puede ser menor de \$ 2.00 diarios cualquiera que sea la ocupación y lugar del trabajo. Para los aprendices, el salario mínimo nunca será menor de un peso; para los sirvientes domésticos de cualquier edad y sexo, el salario mínimo, en ningún caso será menor de cincuenta centavos diarios, debiendo recibir buena comida, habitación y buen trato".

Tanto en el proyecto de Ley sobre Contrato de Trabajo de Rafael Zubarán Capmany de 1915, como en la Ley del Contrato de Trabajo para el Estado de Coahuila, del gobernador Gustavo Espinoza Mireles (27 de octubre de 1916), se establecía que no podía pasar de un mes el pago del salario del trabajador doméstico, y que para la mujer empleada en una casa, se podía retirar del servicio al fallecimiento de la esposa del patrono o de la mujer que tuviere a su cargo la dirección de la casa, este precepto, no hace otra cosa que plasmar lo que se disponía en las antiguas leyes españolas.

Ya en la Constitución de 1917, en su preámbulo se establece, sin lugar a dudas, que el doméstico realiza una actividad subordinada continua, esto es, que estamos frente a una relación de trabajo, y que, por lo tanto, se le aplican íntegramente las disposiciones del derecho laboral (42). Dicho preámbulo, en su texto original, establecía:

- (42) En el proyecto de lo que vendría a ser el artículo 123 constitucional, en la fracción primera se establecía la duración de la jornada máxima en 8 horas en los trabajos de fabrica, talleres y establecimientos industriales, minería, ferrocarriles, obras de los puertos, empleos de comercio y en general de "cualquier otro trabajo que sea de carácter económico". En el dictamen sobre el artículo 123, de 23 de Enero de 1917, se dice: "La legislación no debe limitarse al trabajo de carácter económico, sino al trabajo en general, comprendiendo el de los empleados comerciales, artesanos y domésticos. En consecuencia, puede suprimirse la clasificación hecha en la fracción 1". Y esto fue precisamente lo que motivó la redacción del preámbulo del artículo 123, en el cual se establece que la legislación de trabajo regirá: "el trabajo de los obreros, jornaleros, empleados, domésticos y artesanos y, de una manera general, todo contrato de trabajo". En la misma sesión del día 23 de Enero, el diputado constituyente De los Ríos pidió la palabra y preguntó: "En el proyecto está incluido el trabajo doméstico de las casas o el trabajo doméstico económico, ¿por qué no se dice?". A lo que Múgica le hizo la siguiente observación: "Precisamente la Comisión tuvo en cuenta que como en el proyecto presentado por los diputados que tuvieron a bien estudiar el asunto estaba sólo el trabajo económico, y

"Art. 123.—El Congreso de la Unión y las Legislaturas de los Estados deberán expedir leyes sobre el trabajo, fundadas en las necesidades de cada región, sin contravenir las bases siguientes, las cuales regirán el trabajo de los obreros, jornaleros, empleados, domésticos y artesanos, y de una manera general todo contrato de trabajo:"

De la redacción de este precepto constitucional se desprende claramente, en un análisis sereno e imparcial, que se le aplican la disposición sobre jornada máxima de 8 horas (fracc. I), que tiene derecho a un salario mínimo (fraccs. VI y IX), y de las demás condiciones de trabajo que se establecen en el citado precepto constitucional.

Dicho preámbulo ha sido objeto de reformas, sobre todo en la forma más que en el contenido, el cual sigue siendo el mismo, así sobresalen principalmente las modificaciones de 1929 (cambio al sistema federal); y la de 1962 (división del artículo en dos apartados).

Ya puestas las bases jurídicas y como se dio facultad para legislar a las Entidades Federativas sobre la materia laboral, se empezaron a expedir leyes locales reglamentarias del artículo 123 constitucional, las cuales, en mayor o menor medida, se ocuparon del servicio doméstico (43).

La mayor parte de dichas legislaciones (44) dividen al doméstico en privado o particular y en doméstico público, el primero es el trabajador de uno u otro sexo que desempeña las labores de aseo, asistencia y demás servicios en el interior de una casa u oficina particular; el segundo, es el que desempeña las mismas labores que el doméstico particular o privado pero en un establecimiento abierto al público. Entre las prerrogativas a que tienen derecho ambos domésticos, destacan: la retribución convenida; el trato con el debido respeto y consideración; darle al cumplir el primer año de haber ingresado en el trabajo y en los subsiguientes, una gratifica-

el trabajo económico es aquello que produce, nosotros consideramos que no debemos hacer ninguna diferencia, sino equilibrar todo trabajo sujeto a salario; de tal manera que es en lo general". Esto es, se comprende a los "criados" también.

- (43) Las únicas legislaciones que no le dedicaron un capítulo especial fueron: La Ley del trabajo del Estado de Colima (P.O. 21 de Noviembre de 1925); La Ley reglamentaria del artículo 123 constitucional del Estado de Durango (P.O. 24 de Octubre de 1922); Código de trabajo del Estado de Yucatán (P.O. 16 de Diciembre de 1918) y en Guanajuato, sólo algunas escasas disposiciones en la Ley del trabajo agrícola del Estado de Guanajuato.
- (44) Así tenemos la Ley del trabajo del Estado de Veracruz (P.O. 14 de Enero de 1918); Ley del Estado de Puebla (P.O. 14 de Noviembre de 1921); Ley del trabajo del Estado de Querétaro (P.O. 18 de Diciembre de 1922); Ley del trabajo Campeche (P.O. 30 de Noviembre de 1924); Ley del trabajo del Estado de Michoacán (P.O. 8 de marzo de 1926); Ley del trabajo para el Estado de Aguas Calientes (P.O. 6 de Marzo de 1928); y Ley reglamentaria del artículo 123 del Estado de Hidalgo (P.O. 30 de Noviembre de 1928). Vid Secretaría de Industria, Comercio y trabajo: **Legislación del trabajo de los Estados Unidos Mexicanos**, Talleres Gráficos de la Nación, México, 128.

ción equivalente a un mes de sueldo; concederle una hora para concurrir a la escuela, si es menor de edad analfabeto y si no usare debidamente de esta franquicia pierde su derecho a la gratificación anual; al retirarse se le tenía que expedir un testimonio sobre su buen comportamiento; se establecía la obligación por parte del patrono de cubrir todos los gastos que origine su traslación al lugar en que haya sido contratado al concluir el contrato de trabajo, y aún, por separación voluntaria del doméstico (45).

Un tema al que le dedicaron mucha atención las legislaciones laborales locales, fue el de que en caso de enfermedad debería de pagársele el salario íntegro (Campeche, Coahuila, Zacatecas), o bien, la mitad de su salario (Aguascalientes, Chihuahua, Michoacán, Nayarit, Oaxaca, Puebla, Querétaro, Tamaulipas y Veracruz), aunque no trabaje; además de proporcionarle alojamiento, comidas, asistencia médica y medicinas.

En el caso de fallecimiento del doméstico, en la mayoría de las legislaciones se establecía la obligación de cubrir, por parte del patrono, todos los gastos del sepelio (46) y que en calidad de "donación" (47), se entregara el importe de un mes de sueldo a los familiares del doméstico.

Por lo que respecta a la reglamentación en forma especial del doméstico público, presentó una falta de técnica y se despartió de la doctrina tradicional; no era ni es necesario aplicarles normas especiales de trabajo, ya que no necesitan de esa regulación, pues es posible aplicar las normas generales; además, es de anotarse los absurdos en que incurrieron por querer darles ese trato especial, uno de ellos es establecer como obligación del doméstico público para con las personas que asistan al establecimiento: el de velar por sus intereses, evitándoles, siempre que pueda, cualquier daño a que se haya expuesto, y en caso de los daños que le ocasionase en sus intereses por descuido o desobediencia punibles, indemnizar a la persona o personas que atienda (48); y esto se debió a querer equiparar o igualar todas las obligaciones del doméstico privado con las del público, sin darse cuenta que en el segundo existe el ánimo de lucro por parte del empresario, siendo, por lo tanto, diferente a lo que en

(45) Caso de la Ley del trabajo del Estado de Oaxaca (B.O. 21 de Marzo de 1921), art. 148, fracc. V.

(46) Algunas legislaciones condicionaban el cumplimiento de esta obligación, por ejemplo: a que no tuvieran como origen algún vicio o delito (Aguas Calientes y Michoacán), o que no proviniera de un suicidio (Nayarit).

(47) Aquí la mayor parte de las legislaciones presentaron falta de técnica jurídica, ya que no se puede "obligar" a una persona a que dé algo en calidad de donación. El mismo Valverde, nos dice, que etimológicamente proviene de donatio, doni datio, que significa dación gratuita, dar graciosamente; el código alfonsoino, que fue maestro en el definir, decía: "Donación es bien fecho que nasce de la nobleza e bondad de corazón cuando es fecho sin ninguna premia".

(48) Leyes de Aguascalientes, Campeche, Coahuila, Michoacán, Nayarit, Puebla, Querétaro, Veracruz e Hidalgo.

la doctrina se entiende por trabajador doméstico y que es lo que motiva su regulación especial; y esto se debió a que no se dieron cuenta que una cosa es ser trabajador doméstico y otra muy distinta efectuar un "servicio" de carácter doméstico, el cual lo puede realizar cualquier persona, no trabajador doméstico en sentido estricto, como es el caso de un cónyuge, de los dependientes de comercio, etc.

Respecto a la jornada de trabajo no se dictaron normas especiales, la única que hizo referencia, aunque por vía de excepción, fue la ley del trabajo y previsión social del Estado de Sonora (P.O. 12 de abril de 1919), que establecía en su artículo 19 que los jóvenes mayores de 12 años y menores de dieciséis, y las mujeres no podrán obligarse a trabajar más de seis horas diarias, "con excepción de las labores domésticas y demás trabajos que no demanden la aplicación constante de la fuerza física . . .".

El salario se dejó casi en todas las leyes, contrariando el precepto constitucional, a la libertad de las partes, excepto la ley de Aguascalientes, la que en su artículo 262 establecía un salario mínimo; decía dicha disposición: que "para los aprendices o meritorios, el salario mínimo nunca será menor de \$ 0.50 y para los sirvientes domésticos de cualquier sexo o edad, el salario mínimo en ningún caso será menor de \$ 0.25, veinticinco centavos, diarios, siendo obligación del patrono proporcionar a estos últimos habitación, alimentación y buen trato".

A pesar de todas las deficiencias que pudiéramos encontrar, no dejan de tener importancia con respecto a la Ley Federal del Trabajo de 18 de agosto de 1931, ordenamiento legislativo que en aspecto de domésticos se encuentra muy por abajo respecto de algunas leyes locales, no sólo desde un punto de vista técnico sino en que vemos que consignó menores garantías sociales que las locales aunado todo esto, a varios artículos que eran flagrantemente inconstitucionales.

La Ley Federal del Trabajo de 1931 dedicó un pequeño capítulo (XIV) al trabajo de los domésticos; en el artículo 219 se establece que se entiende por doméstico "al trabajador de uno u otro sexo que desempeñe habitualmente las labores de aseo, asistencia y demás del servicio interior de una casa u otro lugar de residencia o habitación" (49), y que no se

(49) En relación con la definición de trabajador doméstico, hemos de mencionar la necesaria modificación del artículo 381 de nuestro código penal en vigor, pues al establecer agravantes de la penalidad por el delito de robo, establece como una de ellas la circunstancia personal de ser trabajador doméstico, tomando en cuenta la confianza y familiaridad que existe en esta relación de trabajo; pues bien, en dicho artículo se trata, sin conseguirlo, de definir a dicho trabajador doméstico diciéndonos que es: "el individuo que por un salario, por la sola comida u otro estipendio o servicio, gajes o emolumentos, sirva a otro, aún cuando no viva en la casa de éste". Como se puede apreciar es una definición ambigua, errónea y sin ninguna idea de lo que es el trabajador doméstico ni el derecho del trabajo. En primer lugar, no tiene ninguna diferencia específica que lo distinga de los otros trabajadores que

consideraban como tales a los "domésticos" (SIC) que trabajen en hoteles, fondas, hospitales u otros establecimientos comerciales análogos, esto es, a los que presten servicios en establecimientos que persigan fines de lucro.

Por lo que respecta a las obligaciones del patrono, encontramos solamente: la de tratarlo con la debida consideración, la de suministrarle alimentos y habitación, salvo convenio expreso en contra; en caso de enfermedad que no sea crónica, pagarle su sueldo hasta un mes (50), proporcionándole asistencia médica hasta que logre su curación; darle oportunidad para que asista a las escuelas nocturnas; y en caso de muerte, sufragar los gastos del sepelio.

El artículo 131 establecía que la regla general en el contrato de servicio doméstico es que la retribución de dicho trabajador comprenda, además del pago en numerario, los alimentos y la habitación, por lo que siempre que se daban se consideraban formando parte del salario, pero si no se iban a dar ni alimentos ni habitación, era necesario establecerlo expresamente, esta última situación era muy rara en México; más adelante, en el mismo precepto, se dice que en caso de que se den alimentos y habitación se estimarán equivalentes al 50% del salario que perciban en numerario, esta evaluación sólo se tomó en cuenta por nuestros tribunales laborales para fijar las indemnizaciones y no para fijar un salario mínimo. Ahora bien, si no recibía las prestaciones citadas, evidentemente que debía ganar en efectivo, por lo menos, el salario mínimo.

En el artículo 41 se establecía que eran aplicables las disposiciones generales del trabajo, en cuanto no se opusieran a las especiales de dicho capítulo.

El artículo 69 excluía de la aplicación de la duración de la jornada

no son domésticos, es demasiado ambiguo decir el que "sirva a otro", pues en eso consiste la subordinación, en estar al servicio de otro; en segundo lugar, en Derecho Mexicano del Trabajo, ningún trabajador puede laborar por la sola comida, pues existe un salario mínimo que debe pagarse siempre en efectivo, además, que de hecho se le quiera dar sólo eso, no le quita su situación de trabajador doméstico como lo define la nueva Ley Federal del Trabajo, por la teoría de la relación de trabajo, y por la irrenunciabilidad de los derechos de los trabajadores de las prestaciones que se le reconoce legalmente; en tercer lugar, la redacción es pésima, pues repite varios conceptos que son sinónimos como salario, estipendio, emolumento, gajes, etc., y que quedan comprendidos todos en el término salario. También en una de sus fracciones del artículo que estamos comentando se habla de: "criados de empresas o establecimientos comerciales", figura que no existe en el derecho mexicano.

- (50) Algunas de las leyes locales reglamentarias del artículo 123 constitucional, anteriores a la legislación federal, eran más beneficiosas en este sentido, así tenemos a la de Zacatecas en la que se imponía la obligación, en caso de enfermedad, del pago íntegro del salario por seis semanas; Campeche por dos meses; Coahuila y Oaxaca, salario íntegro hasta que se restablezca; y Chihuahua, Puebla, Tamaulipas y Veracruz, de la mitad del salario hasta que se restablezca.

de trabajo máxima de 8 horas a los trabajadores domésticos, violando de una manera clara, lo que expresamente ordena el artículo 123 Constitucional, el cual de ninguna manera los excluía.

El artículo 427, antes de las reformas de 1962, establecía en su parte final que: "Salvo en las excepciones señaladas en el artículo 129, no se aplicarán a los domésticos las disposiciones relativas al salario mínimo". Salta a la vista la anticonstitucionalidad de este precepto, que está en evidente contradicción con el artículo 123 de la Constitución. En las reformas de 1962 se modificó dicho artículo, suprimiendo la parte comentada. El maestro De la Cueva (51) señala, con acierto, que existía una contradicción entre el artículo 427 con respecto al 131 de la Ley Federal del Trabajo, ya que éste disponía que la habitación y los alimentos se computarán por el cincuenta por ciento del salario, pero que cabría preguntar ¿de cuál? Si el artículo 427 dice que no eran aplicables a los domésticos las disposiciones sobre el salario mínimo, por lo que ¿cuál es la cantidad menor que puede pagárseles?

Por lo que respecta al artículo 100-Q que excluye a los domésticos de la participación de utilidades era innecesario, ya que la utilidad sólo se produce por el capital y el trabajo en una empresa, y el hogar no es una empresa, en él no se realizan operaciones con el ánimo de lucrar y obtener utilidades.

Con tan pocos artículos, todo el trabajo de su regulación se dejó a la interpretación que debería hacer la Suprema Corte de Justicia, la cual restringió, en términos generales, en un principio, la aplicación del derecho del trabajo, en vez de ampliarlo.

Dentro de las primeras ejecutorias de la Suprema Corte de Justicia, se puede observar que se olvidaron que su función principal es la de salvaguardar los derechos sociales que se consagran en la Constitución, y sobre el capítulo de los domésticos dictaron varias ejecutorias que se encontraron en contradicción con el artículo 123 Constitucional.

En términos generales nuestro máximo tribunal ha sostenido que las características principales que se desprenden del servicio doméstico son las de:

- a) Desempeñar las labores de aseo, asistencia y demás del servicio interior de una casa en forma **habitual** (52).

(51) Derecho mexicano del. . . cit., tomo I, pág. 856.

(52) En la ejecutoria de 21 de Julio de 1939, A. D. 1582/39/2a., Carmen Morales; también la ejecutoria de 19 de Enero de 1944, A.D. 7094/43/2a., Fermín Maza Ortiz.

- b) Se excluyen todos aquellos servicios domésticos que se presten en negociaciones establecidas con fines lucrativos (53).
- c) Deben prestarse en una casa, residencia o habitación particular, o sea, que no se destine a prestar servicios al público (54).

Lo que más se toma en consideración y alrededor del cual gira el criterio de la Suprema Corte de Justicia para caracterizar al trabajador doméstico de otros trabajadores similares, es la falta de lucro que debe existir por parte de la persona que recibe el servicio con respecto a él, incluso han llegado casos en que al decidir si son trabajadores domésticos los que prestan servicios en una institución que se destine al público pero sin fines lucrativos, han decidido en forma afirmativa. Tal fue el caso de la ejecutoria de 25 de julio de 1951, amparo directo 698/1949/2a., de Hospital de San Vicente, en la que se dice:

Siendo la finalidad de un hospital, desde su fundación, la de llevar a cabo obras de beneficencia y con el deseo de ayudar a los menesterosos, sin cobrar cantidad alguna, es claro, que no se trata de una institución que persiga fines de lucro, y los trabajadores que prestan en ella sus servicios deben ser considerados como domésticos, y la Junta, al no estimarlo así, infringe el artículo 129 de la Ley Federal del Trabajo" (55).

En esta ejecutoria se salieron completamente de lo que se establece en el artículo 129 de la ley, ya que en él se habla de labores de aseo, asistencia y demás del servicio interior de una casa u otro lugar de residencia

- (53) En este sentido principalmente las ejecutorias de: 18 de Junio de 1942, A. D. 2391/42/1a., Miguel B. García; la de 23 de Marzo de 1942, A. D. 9050/41/2a., Juan Martínez.
- (54) Ejecutoria de 28 de Enero de 1949, A.R. 7321/49/1a., María Rodrigo Vda. de Gallasca; también la ejecutoria de 18 de Septiembre de 1947, A. D. 9324/46/2a. Simona Briseño.
- (55) El antecedente en que se fundó dicha ejecutoria fue la de 14 de Julio de 1942, A. D. 9941/41/1a., Banco Nacional de Crédito Agrícola, en la que se dice: "... No es indispensable para determinar la categoría de doméstico, que el trabajo se desarrolle en una casa habitación, cuando el requisito establecido por la ley para que los trabajadores que realizan labores de esta índole no se consideren como domésticos, radica en que los servicios se presten en lugares o establecimientos en donde se obtiene un lucro". En la ejecutoria del Hospital de San Vicente, se dijo en su cuarto considerando: "Como lo sostiene el quejoso en el primero de los conceptos de violación en los términos en que está concebida la parte final del artículo 129 de la Ley Federal del trabajo, claramente se desprende que el propósito del legislador fue el que no se aplicarán las disposiciones especiales relativas al trabajo en general, a los trabajadores que prestaren sus servicios en negociaciones o establecimientos de carácter comercial que persiguiera un fin de lucro; . . . resulta claro que no tratándose de una institución que persiga fines de lucro, los trabajadores que como el reclamante presten en ella sus servicios, deben ser considerados como domésticos...". Vid. Semanario Judicial de la Federación, tomo CLX, pág. 718-719.

o habitación, y se excluyen expresamente a los trabajadores de hospitales u otros análogos y existiendo como existe el principio de que: "Ubi lex non distinguet nec nos distinguere debemos", a todo trabajador de hospitales, sean de beneficencia o no, se le deben aplicar las disposiciones generales sobre relación individual de trabajo.

Es cierto que en la doctrina y en las legislaciones implícita o explícitamente se habla de la falta de fines de lucro por parte del patrono como una característica importante de la relación de trabajo de los domésticos, pero no debe entenderse aisladamente, sino que necesariamente debe ir acompañada de las otras características de que ya hablamos.

En gran parte de las ejecutorias (56) de la Suprema Corte de Justicia correspondientes a la Quinta Epoca, se estableció que el trabajador del hogar sólo estaba amparado por las disposiciones del capítulo relativo al trabajo de los domésticos, no siéndoles aplicables, por lo tanto, todas aquellas disposiciones que se encontraran en otros capítulos (por ejemplo: días de descanso, vacaciones y demás que regulan las condiciones de trabajo), ignorando por completo lo que dispone el artículo 41 de la Ley Federal del Trabajo, que establecía que se le aplicarían en lo que no se opusiera a las especiales.

Merece especial mención el criterio que ha observado la Suprema Corte en diversas ejecutorias con respecto a la jornada de trabajo del trabajador doméstico. En la ejecutoria de 21 de octubre de 1948, A. D. 5740/47/2a., de Adelaida Montañez, se dijo:

"... los sirvientes no están sujetos a la jornada ordinaria en razón de que su trabajo no es continuo, pues sufren interrupciones constantes, y, al vivir en la casa del patrono el doméstico, aunque permanezca en ella constantemente, tiene descansos largos, que es reducido el número de horas que realmente trabaja; y no tiene derecho a percibir el monto del salario mínimo según expresamente lo dispone la ley citada; ... los domésticos no están sujetos a la jornada ordinaria legal, y por lo mismo, carecen del derecho para exigir pago por horas extras; pues el trabajo de los domésticos, a más de ser un trabajo de ejecución es un trabajo de presencia y, en tal concepto, no puede asegurarse el número de horas en que prestan sus servicios, además de que las disposiciones, sobre este concepto de la Ley Federal del Trabajo, no rigen en el trabajo de los domésticos".

Como se puede apreciar, la ejecutoria se sustenta en el principio del trabajo efectivo, esto es, considera que por jornada de trabajo se entiende solamente: el tiempo en que el trabajador desarrolla, de manera efectiva, su energía de trabajo; lo que es contrario al principio sostenido por

(56) Vid., por ejemplo, las ejecutorias de 20 de abril de 1949, A.D. 953/49/1a., Ubalдина de Gutiérrez Vda. de Rodríguez; la de 15 de Junio de 1937, A. D. 538/37/2a., de Dolores Díaz de Gutiérrez.

el Derecho Mexicano del Trabajo, en el cual, como nos dice el maestro De la Cueva: "por jornada de trabajo se entiende el tiempo durante el cual el trabajador permanece en la negociación a disposición del patrono" (57). Y el trabajador doméstico a lo largo de todo el día se encuentra a disposición del patrono, aunque la prestación del servicio en determinados momentos no sea efectiva.

Respecto al salario mínimo, la mayor parte de las ejecutorias (58) se apoyaron en el artículo 427, anticonstitucional, de la Ley Federal del Trabajo, para excluir a los trabajadores domésticos del pago de un salario mínimo. Incluso se llegó a señalar que ni los alimentos ni la habitación constituían parte del salario, así tenemos la ejecutoria de 18 de junio de 1942, A. D. 2391/42/1a., Miguel B. García, en la que se dice:

"En caso de despido injustificado del doméstico, no es lógico condenar al pago de una indemnización con base del salario mínimo, sino que debe tomarse como base el contractual, pues los domésticos pueden estar sujetos a un salario inferior al mínimo, y la prestación relativa a habitación, debe entenderse como un medio para que se realice la ejecución del trabajo y no como parte del salario, ya que no es concebible que alguien se encargue del cuidado y vigilancia constante de una finca, si no habita en ella. Así mismo, es indebido condenar al pago de los días de descanso semanal obligatorio, porque las disposiciones relativas no son aplicables a los trabajos domésticos".

Como se puede apreciar, esta ejecutoria no es solamente ilegal —pues, está evidentemente en contra del texto del artículo 131 de la ley de 1931— sino que también es injusta, pues si se recibe tan poco en numerario, es en vista de que se considera que forman parte del mismo los alimentos y la habitación, o sea, es lo que recibe a cambio de su trabajo (59).

(57) Derecho mexicano del. . . cit., tomo I, pág. 605.

(58) Vid. las ejecutorias: la de 10 de Junio de 1953, A.D. 6717/48/1a., de Silverio y coags.; la de 16 de Abril de 1937, A. D. 4255/36/1a., de Bonifacia Torres; ejecutoria de 15 de Junio de 1937, A. D. 538/37/2a., de Dolores Díaz Gutiérrez; ejecutoria de 23 de Marzo de 1942, A. D. 9050/41/2a., de Juan Martínez. Es interesante, en este aspecto, la ejecutoria de 3 de Diciembre de 1937, A. D. 5166/37/2a., de Fructuoso Treviño, que establece que deben alcanzar el salario mínimo, ya que dice: "Si la junta, apreciando en conciencia las pruebas rendidas en autos, establece que un trabajador es simple doméstico y que recibía además de un peso diario, habitación y alimentos, equivalente al cincuenta por ciento del salario en efectivo, es indudable que, de acuerdo con lo que dispone el artículo 131 de la Ley Federal del Trabajo, el trabajador no tenía derecho a percibir diferencias de salario, si el mínimo establecido por la ley, en la región en que el trabajador prestaba sus servicios, era de uno cincuenta al día".

(59) La mayor parte de las ejecutorias que se dictaron con posterioridad han enderezado este entuerto, por ejemplo: en la ejecutoria de 29 de Marzo de 1962, A. D. 4181/58, de María Santibáñez Palacios, se dice: "Si bien es cierto que el artículo 123 constitucional, fracción X dispone que el salario debe pagarse en monera del curso legal, el artículo 131 de la Ley Federal del Trabajo permite que la retribución del doméstico comprenda además del pago en numerario, la habitación".

Por lo que respecta al séptimo día de descanso y a los días de descanso obligatorio, en un principio las ejecutorias de la Quinta época (60), excluyeron de su aplicación al servicio doméstico, con una total ignorancia de lo que dice el artículo 41 de la Ley Federal del Trabajo; y por lo que respecta al descanso semanal o hebdomadario, violando el artículo 123 Constitucional. Ya en la ejecutoria de 30 de abril de 1940, A. D. 1290/40/2a., de Fortunata Loperena Vda. de Castañera, se empezó a cambiar el criterio tradicional, en ella se obligaba a pagar el séptimo día al trabajador doméstico.

Por lo que respecta a las vacaciones, se establece en la ejecutoria de 19 de noviembre de 1953, A. D. 629/53/1a., de Piedad Almatzin, lo siguiente:

"Lo dispuesto por el artículo 82 de la Ley Federal del Trabajo, cuyo texto tiene un valor general, o sea, con cargo de aplicación en toda relación de trabajo, sin más excepción que la relativa a los talleres familiares, debido a su naturaleza específica, y por lo mismo no puede invalidarlo, el criterio restrictivo instituido por el artículo 129 del estatuto laboral, pues sustentar un criterio opuesto significaría hacer nugatorio no una prerrogativa legal de gracia sino una prerrogativa legal emanada de la necesidad que tiene el obrero de disfrutar del ocio generador de nuevas fuerzas para seguir desempeñando sus servicios" (61).

Estos son los criterios, en términos generales, sustentados por nuestro máximo tribunal con respecto a las condiciones de trabajo en las que el trabajador doméstico debe prestar sus servicios. Todo esto sufrió una modificación trascendental a favor del trabajador doméstico en la nueva Ley Federal del Trabajo.

6.—En principio, en el proyecto que hemos denominado "López Mateos", se establecía en la exposición de motivos una crítica a la timidez con que se había regulado el trabajo doméstico, o sea, en contra de su exclusión de los beneficios del derecho laboral para estos trabajadores, se decía lo siguiente:

"La conciencia democrática del mundo de nuestra segunda mitad del siglo XX no puede aceptar una argumentación de esa naturaleza, que recuerda la época en la que las leyes reconocían la servidumbre: los trabajadores domésticos prestan un servicio que merece la protección de las leyes. El jefe de empresa necesita de personas que cumplan un

(60) Vid. la ejecutoria de 20 de Abril de 1949, Amparo Directo 953/49/1a., Ubalдина Gutiérrez Viuda de Rodríguez; y también la ejecutoria de 18 de Junio de 1942, Amparo Directo 2391/42/1a., de Miguel García.

(61) Lo mismo se sostiene en la ejecutoria de 5 de Julio de 1962, A. D. 8898/61, de María Torres Vázquez.

trabajo en su hogar, y esta actividad, sin género alguno de duda, está relacionada, si bien en forma indirecta, con la vida de la empresa. Es inadmisibles que los trabajadores domésticos, víctimas de un riesgo de trabajo puedan ser abandonados, sin atención médica ni medicamentos. El proyecto descansa en el principio de que los trabajadores domésticos tienen el mismo rango que los demás. Esta solución es un esfuerzo por completar la dignificación del trabajo”.

Es importante el artículo 307 de dicho proyecto que estamos comentando, pues establecía que el trabajo doméstico es discontinuo y que el trabajador “tendrá derecho a reposos suficientes para tomar sus alimentos y a un descanso ininterrumpido de 10 horas, por lo menos, durante la noche”. En los artículos 308 y 309, se repetían innecesariamente las disposiciones generales sobre día de descanso y vacaciones, disposiciones que se aplicarían a fortiori aunque no se dijera nada.

En los transitorios, se establecía, que mientras se reunían las Comisiones Regionales y por lo tanto no fijaran el salario mínimo profesional de los trabajadores domésticos, a que se refiere el artículo 311, la parte que debería ser pagada en efectivo no podría ser menor del cincuenta por ciento del salario mínimo.

El proyecto “López Mateos” al pasar a ser el nuevo proyecto base de la nueva Ley Federal del Trabajo sufrió muchos cambios en la parte relativa al servicio doméstico, por ejemplo, se suprimió lo del descanso de 10 horas y lo del salario mínimo que debería de ir en los transitorios.

La nueva Ley es evidentemente un avance con respecto a la ley de 1931, pero debe tomarse, más que nada, como el principio de una nueva etapa para la conquista de nuevos derechos sociales.

En la ley actual parecería que se retrocedió por lo que respecta a las prestaciones sociales que contiene el proyecto anteriormente comentado, se dice en la exposición de motivos del proyecto presentado al Congreso de la Unión que: “la reglamentación del trabajo doméstico coincide con la de la ley vigente (la de 1931), pero se uniformó en terminología y el estilo del capítulo con los del resto del proyecto”, mas, sin embargo, de cómo quedó redactado, se puede sostener que las prestaciones que se han de garantizar al trabajador doméstico de ahora en adelante son las que lógica y jurídicamente derivan de la Constitución.

El artículo 331 define a los trabajadores domésticos como: “los que prestan los servicios de aseo, asistencia y demás propios o inherentes al hogar de una persona o familia”. Se excluyen expresamente en el artículo siguiente a aquellas personas que no se deben considerar como trabajadores domésticos, tales como los servicios de aseo, asistencia de clientes y otros semejantes que se presten al público en hoteles, casas de asistencia, restaurantes, fondas, bares, hospitales, sanatorios, colegios, in-

ternados y otros análogos; así también, los porteros y veladores, tanto de los establecimientos anteriormente señalados como los de edificios de departamentos y oficinas.

El artículo de las excepciones es en cierta forma innecesario y sólo se explica por el deseo del legislador de dejar fuera, sin la menor duda, a aquellos servicios domésticos que no sean propios o inherentes al hogar de una persona o familia, con lo que bastaría con la definición para tenerlos con ella excluidos.

Respecto a las obligaciones especiales, o sea, además de las generales que tiene el patrono con respecto al doméstico, están contenidas en el artículo 337; en primer lugar se habla de "guardar consideración al trabajador doméstico, absteniéndose de todo mal trato de palabra o de obra", esta obligación "especial" no era necesaria, ya que aunque no se hubiera establecido en este capítulo de trabajo doméstico, de todas maneras estaría obligado por lo dispuesto en el artículo 132 fracción VI, que se refiere a las obligaciones de los patronos en forma general.

En las dos fracciones siguientes del artículo 337, sí se contienen obligaciones especiales que derivan del carácter peculiar de esta relación de trabajo; estas obligaciones son: la de proporcionar al trabajador un local cómodo e higiénico para dormir, una alimentación sana y satisfactoria y condiciones de trabajo que aseguren la vida y la salud; por otro lado, la obligación por parte del patrono de cooperar para la instrucción general del trabajador doméstico, de conformidad con las normas que se dicten por las autoridades correspondientes.

Otra obligación especial muy importante, es la de que en caso de enfermedad que no se deba a un riesgo de trabajo (62), el patrono deberá pagar al trabajador doméstico el salario que le corresponda hasta por un mes; esta disposición continúa con la tradición de las anteriores legislaciones mexicanas del trabajo reglamentarias del artículo 123 Constitucional. Se agrega que en caso de que la enfermedad no sea crónica, proporcionarle asistencia médica entre tanto logra su curación o se hace cargo de él algún servicio asistencial; y en caso de que la enfermedad sea crónica y si tiene antigüedad por lo menos de seis meses, proporcionarle asistencia médica hasta por tres meses, o antes si se hace cargo del trabajador algún servicio asistencial.

Otra obligación especial, que también se encuentra en la mayor parte de la legislación anterior, es la de sufragar los gastos del sepelio del trabajador doméstico en caso de muerte.

(62) Ya que respecto a los riesgos de trabajo y a los accidentes de trabajo le son aplicables las disposiciones legales contenidas en el título noveno, pues expresamente así se establece en el artículo 427; entiéndese por riesgo de trabajo los accidentes y enfermedades a que están expuestos los trabajadores en ejercicio o con motivos del trabajo.

Todas estas obligaciones están acordes con la naturaleza del servicio que se presta y tienen como fin último la protección del trabajador que realiza dicha actividad. Ya que atendiendo a como se presenta en la realidad este servicio, el trabajador doméstico en la mayor parte de los casos se encuentra a gran distancia de su hogar y de sus parientes, que son los que le podrían proporcionar esa clase de ayuda y sería injusto dejarlo completamente desamparado; además, el trabajador doméstico al dedicarse a la prestación de este servicio se estanca, ya que no existe posibilidad de progreso o de mejorar dentro del trabajo y en gran parte de los casos, estas personas le dedican toda su vida a una familia, por lo que esa familia debe tener obligaciones para con ellos.

Por su parte, el trabajador tiene correlativamente obligaciones especiales, como la de guardar, no solamente al patrono, sino también a los familiares que concurren al hogar donde prestan sus servicios, consideración y respeto, además de poner mayor cuidado en la conservación del menaje de la casa.

Por su parte, el artículo 341 establece como causa de rescisión de la relación de trabajo doméstica, el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones especiales. En caso de que se quiera dar por terminada la relación de trabajo, el trabajador debe dar aviso de 8 días de anticipación, y si es el patrono de 30 días. Estableciéndose que en estos casos el trabajador doméstico no podrá pedir reinstalación (art. 50 fracc. IV), y esto se debe a que, dada la naturaleza especial de la relación de trabajo doméstica y de confianza mutua entre las partes, sería violatorio de los derechos del hombre coaccionarlo a convivir con una persona que no le es grata.

En todo caso, sea rescisión o terminación, se le aplicarán las disposiciones sobre derechos a prima de antigüedad, según como se establece en el artículo 162 de la nueva ley.

Respecto a la jornada de trabajo, ya no encontramos aquel artículo del proyecto "López Mateos" acerca de que era una actividad discontinua y que tenían derecho a un descanso nocturno de 10 horas, siguiendo a las legislaciones latinas; en cambio, en la nueva ley, el artículo 333 establece que deberán disfrutar de un reposo suficiente para tomar sus alimentos y de un descanso durante la noche. Ahora bien, como en la ley no existe ninguna disposición que establezca la excepción para el trabajador doméstico de la jornada máxima de 8 horas, la que no podría existir porque sería inconstitucional, y tomando en cuenta el artículo 181 de la ley, el trabajador doméstico sólo puede estar a disposición del patrono como máximo 8 horas diarias o bien, 48 horas en la semana, que se pueden repartir en el día como más le convenga al patrono, pero sin que de ninguna forma se interfiera en las horas dedicadas a las comidas ni en las dedicadas al descanso nocturno. En caso de que se trate de menores

de edad, les son aplicables las normas contenidas en el capítulo V de la nueva ley.

Con esto, el Derecho Mexicano del Trabajo da un gran paso en las reivindicaciones de este numeroso grupo, y no podía ser de otra manera, ya se dejó atrás la idea de jornada como trabajo real y efectivo sustentada por la Convención de Washington de 1919, ahora la jornada es estar a disposición del patrono, y el trabajador doméstico se encuentra a disposición en todo momento. No se puede hablar de un trabajo discontinuo, o sea, de aquellos que "se encuentren entrecortados por largos períodos de inactividad durante los cuales estos agentes no realizan ninguna actividad material ni tienen que prestar una atención sostenida, permaneciendo únicamente en su puesto para responder a llamadas eventuales" (63), porque, por un lado, esto se aplica en los países que sigan a la Convención de Washington, y por otro lado, si se entiende por discontinuo el no estar a disposición de una persona en forma permanente sino intermitente, o sea, que en algunos momentos se interrumpe y vuelve a empezar alternativamente, no es el caso del trabajador doméstico, el cual se encuentra a disposición del patrono, aunque en algunos momentos no realice trabajos efectivos. Además, es necesario aplicar esas disposiciones de la jornada máxima, primero, porque es una degradación de la persona humana, propia del feudalismo, el estar a disposición de un patrono todo el día; segundo, mata todo deseo de superación por parte del trabajador doméstico, porque se le coloca en una situación de inferioridad permanente, y todo, por una bicoca de salario.

En este aspecto, estamos de acuerdo con el jurista vienés: Antonio Menger, quien con toda razón decía refiriéndose a la jornada de trabajo de los trabajadores domésticos, que:

"... Todo hombre puede, con razón, pedir que se le deje a su disposición un término de tiempo dado para sus fines personales, sin estar sometido a la voluntad ajena. Quien no posee tal derecho no es libre, por muy amplio poder que se le reconozca, para romper en cualquier tiempo la relación indicada" (64).

Además, tienen derecho a días de descanso, tanto al hebdomadario como el obligatorio, lo mismo que a las vacaciones, siguiendo para esto las normas establecidas en los capítulos III y IV del título III de la nueva Ley. Con esto no se hace otra cosa que colocar al Derecho Mexicano del Trabajo a la altura de las legislaciones europeas y sudamericanas.

Por lo que respecta al salario, el artículo 334 establece que salvo lo expresamente pactado se deben dar alimentos y habitación, y que en

(63) Así se expuso en la Conferencia de Ministros de Trabajo, reunida en Londres en 1926; cit. en CALDERA Rafael, Op. cit., pág. 437.

(64) Op. cit., pág. 218.

caso de darse se estimará equivalente al 50% del salario que se pague en efectivo.

En vista de lo especial de su trabajo y tomando en cuenta que no están agrupados en sindicatos, y por lo tanto no los rige un contrato colectivo de trabajo, es por esto por lo que se les tiene que garantizar un salario mínimo profesional, facultando a las Comisiones Regionales para fijarlos, las que deben tomar en cuenta las condiciones en que se vayan a aplicar; dichos salarios mínimos profesionales se someterán a la aprobación de la Comisión Nacional de los Salarios Mínimos, la cual podrá variar la fijación de las localidades y el monto de los salarios que hubieren fijado las Comisiones Regionales.

Aquí se tiene que señalar que el salario mínimo que deben ganar los trabajadores domésticos no podrá ser menor, de ninguna forma, al general, y que en tanto se establece el salario mínimo profesional se le aplicará el general. Y esto se desprende claramente del artículo 123 Constitucional, el cual en el apartado A, inciso VI, párrafo segundo, que establece que 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, y establece que los salarios mínimos profesionales se fijarán considerando "además" de lo anterior, las diferentes condiciones de las distintas actividades industriales y comerciales. Es decir, debe considerarse, en términos generales, como una remuneración mayor, en ningún caso menor que el general (65), ya que éste es el vital, o sea, aquel necesario no sólo para satisfacer las necesidades materiales normales del trabajador y de su familia, sino además las de carácter social: convivencia con otras familias, práctica de deportes, concurrencia a espectáculos y otras actividades semejantes; y también para satisfacer las necesidades de carácter cultural, como es la asistencia a escuelas, bibliotecas y otros centros de cultura; y por último, proporcionarle los elementos para proveer a la educación de sus hijos.

Y en el caso de que se le den alimentos y habitación, que por disposición legal se estiman equivalentes en un 50% del salario que se pague en numerario, dicha cantidad en efectivo no podrá ser menor, en ningún caso, de las dos terceras partes del salario mínimo general, en tanto no se establece el salario mínimo profesional y aún estableciéndolo. Este criterio se desprende de una recta interpretación de la Constitución

(65) Al explicarse las reformas constitucionales de 1962, el Lic. Salomón González Blanco decía: "Los salarios mínimos profesionales deben respetar por una parte los principios y la finalidad del salario mínimo general; su propósito es buscar, no solamente la satisfacción de las necesidades del trabajador y de su familia, sino un salario equitativo. . ." Cit. MOLINA ENRIQUEZ Alvaro, *Legislación comparada y teoría general de los salarios mínimos legales*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, U.N.A.M., México, 1969, pág. 100.

y en discordancia con él tenemos el sostenido por la Suprema Corte, que sólo contempló, para fijar el salario para el trabajador doméstico: satisfacción de las necesidades materiales, olvidándose de las sociales culturales, dejando a la libre voluntad de las partes el fijarlo, porque creían que había satisfecho sus necesidades el trabajador doméstico proporcionarle alimentos y habitación.

Ahora bien, la dificultad que se va a presentar es la de vigilar que se cumplan las condiciones de trabajo que se han establecido en la ley, por lo que sería muy conveniente la creación de una Comisión Nacional sobre el servicio doméstico, bajo la dirección de la Secretaría del Trabajo y Previsión Social, la cual podría tener como función preparar a los trabajadores domésticos para las labores que deben realizar, colocarlos y después vigilar que se cumplan las disposiciones de la ley.

Después de más de cincuenta años de distancia, parece ser que se plasman hasta ahora, las normas que habrán de dignificar a este trabajador. Y no se piense que queremos una "utopía", o una "ciudad del sol" o de "un mundo feliz", sino que pensamos que así debe por justicia ser en la realidad para aquellas personas que queriendo huir de la miseria en que viven en el campo o en los aldeaños de las ciudades, van en busca de trabajo doméstico, cerrándose con ello, en muchos casos, la posibilidad de prosperar o de ayudar a sus familiares, convirtiéndose en una especie de servidumbre medieval. Y toda esta situación porque no tuvieron la "fortuna" de nacer en una familia rica o con posibilidades económicas: hacerles justicia es un deber del Estado, porque ellos no tienen la culpa de la situación que existe en una sociedad en la que se cierran todas las puertas de progreso; esta situación no puede continuar, o se les otorga todas las ventajas que por derecho les corresponden o se les deja que presten sus servicios en condiciones medievales y se traiciona al derecho del trabajo.

En última instancia, ha de corresponder a la Suprema Corte de Justicia dar una sana interpretación de los preceptos que ahora le propone la nueva Ley Federal del Trabajo y no desvirtuarlos como ocurrió con la interpretación de la ley de 1931. Las bases de una nueva época están dadas, de ahora en adelante todo dependerá de su aplicación real.

“La madre de las artes prácticas es la necesidad; la de las bellas artes es el lujo. El padre de las primeras es la inteligencia, y el de las segundas, el genio, que es de por sí una especie de lujo”.

Schopenhauer.

VI

LOS TRABAJADORES ACTORES Y MUSICOS

1.—El arte y el artista; 2.—Los actores y músicos como trabajadores, sus primeras regulaciones; 3.—Naturaleza jurídica de la relación; 4.—Caracteres especiales y necesidad de su regulación especial; 5.—El Derecho Mexicano del Trabajo y los artistas; 6.—Su regulación en la nueva Ley Federal del Trabajo: a) jornada de trabajo, b) duración de las relaciones de trabajo, c) salario, d) días de descanso y vacaciones, y e) otras disposiciones especiales.

Desde Heráclito se ha afirmado taxativamente que todo corre, todo fluye (pánta rei), la realidad es un constante devenir, cambiante y mudable. El derecho acompaña este desenvolvimiento, convirtiéndose, según la feliz expresión de Herman Heller en: “orden social normativo”; ya que “el ser y el deber ser son, sin duda, elementos antagónicos que no pueden ser referidos ni el uno al otro ni ambos a una común raíz lógica, pero que sí pueden ser enlazados en el concepto de la ordenación normativa social, pues un deber ser social que, por principio, no guardase relación alguna con un ser social a que hubiera de dar forma, no será en puridad un deber ser” (1). Esto es, sólo es comprensible la ordenación normativa social si se considera que el ser y deber ser no se hallan aislados y completamente separados, sino, por contra, en una correlativa coordinación.

Así, como una necesidad imperiosa de amoldarse a la realidad, se ha regulado al artista como un sujeto que necesita de la protección del derecho del trabajo; esto viene a ser el resultado del desenvolvimiento de un

(1) HELLER Hermann: *Teoría general del Estado*, 5a. ed., F.C.E., México, 1963, pág. 203.

trabajo en esencia autónomo hacia un trabajo de carácter subordinado. Pero antes de empezar a estudiar al trabajador actor y al trabajador músico, es necesario conocer el vínculo que los une, el tronco común del que forman parte, esto es, del arte.

1.—Si se me pidiera que definiese en pocas palabras el término arte, nos dice Edgar Allan Poe, lo llamaría: "la reproducción de lo que los sentidos perciben en la naturaleza a través del velo del alma". Según la Real Academia es "el acto mediante el cual, valiéndose de la materia o de lo invisible, imita o expresa el hombre lo material o lo invisible y crea copiando o fantaseando". También se ha considerado como la manera de hacer una cosa según cierto método o cierto procedimiento, por lo que se le ha dividido en artes cuyo principal objetivo es la utilidad y artes que persiguen principalmente despertar la emoción estética, estas últimas son las que se consideran las bellas artes, y a las personas que se dedican a estas últimas se circunscribe nuestro estudio.

Ahora bien, respecto al artista, según la Real Academia, es el que estudiaba el curso de artes, el que los ejercita, o sea, el que tiene la virtud y disposición necesarias para alguna de las bellas artes. Pero creemos que es Eduardo Spranger, quien mejor ha caracterizado al artista diciéndonos: "Si en un trozo de vida está el alma entera como una virtud informadora, infundidora de matiz, de emoción, de ritmo, tenemos ante nosotros el tipo del homo aestheticus. Podemos definir muy brevemente su esencia, diciendo que transforma todas sus impresiones en expresiones" (2).

En efecto, pensamos que desde la antigua cultura helénica hasta nuestros días el homo aestheticus es el que transforma sus impresiones en expresiones produciendo una emoción estética al hacernos contemplar a la naturaleza a través de su temperamento.

Recordaremos que en la antigüedad, en Grecia y en Roma, se consideró al artista como el polo contrapuesto a la figura del trabajador, del que necesitaba "arrendarse" para poder subsistir y esto se debía a que en gran parte los artistas provenían de la clase alta, por todo eso fue que los griegos hablaron del ocio como virtud, y los romanos les prohibieron exigir salarios (merces) sino sólo donaciones (honorarium) (3). Sin embargo, nos dice Ihering: "Los maestros griegos en todas las ramas del arte y del saber: los rhetores, grammatici, philosophi, mathematici, geometrae, architecti, paedagogi, y como se llamasen los maestros que peregrinaron en grandes masas de la ciudad mundial para probar allí su suerte, todos ellos portadores de un rico saber y de manos hábiles, pero con los bolsillos vacías y un estómago codicioso, y la miseria les

(2) Cit. en MENDIETA Y NUÑEZ Lucio, *Sociología del Arte*, Instituto de Investigaciones Sociales, UNAM, México, 1962, pág. 65.

(3) Vid. el primer capítulo.

obligó a resistir contra los prejuicios romanos y a recibir dinero por la enseñanza. Ahí se habituaron primero los romanos al espectáculo entonces nuevo para ellos, el ver a la ciencia ir en busca de pan, y a ellos les corresponde el mérito de haber vencido el prejuicio nacional y de haber logrado para el arte y la ciencia en suelo romano una posición jurídica". (4).

Desde entonces aparece el artista como una profesión libre, caracterizado sobre todo por su situación inestable; y durante toda la Edad Media, trovadores y juglares recorrían Europa, realizando una actividad artística a cambio de dádivas del público. Aparecen grandes genios en pintura, escultura y arquitectura, sobre todo en el Renacimiento, así como de la música, creando obras que por sus cualidades con una especie de hálito divino los colocaron en el mundo de los arquetipos eternos.

Sobre los llamados Mecenas, que eran las personas de buena situación económica que proporcionaban ayuda a los artistas —llamados así en honor de Cayo Cilnio Mecenas, ilustre prócer romano que brindó apoyo a Horacio y Virgilio—, encontramos que fueron las principales personas que auspiciaron la producción de obras de arte y el surgimiento del artista. En la época del Renacimiento, algunos príncipes, dignatarios de iglesia, Papas, etc., tenían bajo su protección a los artistas; pero es sobre todo en los siglos XVII y XVIII con las pequeñas cortes en Europa, donde sobresalen muchos mecenas que ayudaron a grandes artistas, como a Juan Sebastian Bach, Beethoven, Haydn, Velázquez, Rubens, etc.

Sobre la naturaleza jurídica de la relación entre artistas con sus "protectores" no se pudo configurar una relación de trabajo, ya que no se prestaba un servicio en forma subordinada a cambio de un salario, sino que se ejecutaba una actividad autónoma, sin ninguna obligación de recibir órdenes sobre su realización artística ni con nada relacionado con ella, y recibía a cambio de ello —como lo llama Ihering (5)— "un salario ideal", de honores, fama, reconocimiento por la sociedad y por otro lado el disfrute de su creación, y como consecuencia de aquello una contra-prestación de carácter económico, ya que se pensaba que: "Un artista que no tiene ningún otro interés que el de la ganancia, que en la obra que crea no se preocupa más que de que se le pague, es un artesano superior y no creará nunca una verdadera obra de arte" (6).

Después de la revolución francesa que marca el tránsito a una nueva

(4) IHERING Rudolph, El fin en el. . . op. cit., Tomo I, pág. 98.

(5) Ibidem, T. I, pág. 144 y sig. Además señala que: "el honorario del artista, del poeta, del sabio, no es un salario de trabajo, le falta la característica más esencial del mismo: la calidad de equivalente. Pueden ser altos, donde el trabajo es fácil, ser pequeños donde es difícil, y faltar completamente donde ha llegado al grado supremo".

(6) Ibidem, pág. 151.

etapa donde desaparecen las monarquías absolutas con sus cortes de nobleza, produciéndose un cambio, sobre todo en el teatro y en la música, hacia las profesiones liberales, es decir, realizar cierta actividad que se ofrecía por cierta remuneración en dinero. Esto es, como dice Ihering: "el genio musical del siglo XIX ofrece a la música un pan seguro que en el siglo XIV tenía que mendigar en los castillos y palacios de los grandes; pero la mendicidad no es cosa para todos, y muchos habrán preferido también en aquel tiempo ser honestos zapateros o sastres antes que músicos vagabundos. Actualmente no pueden perderse tan fácilmente los genios para el mundo; donde aparecen, son advertidos y se les sitúa al mismo tiempo su pan" (7).

En el siglo pasado empieza a surgir el capitalismo moderno con la idea del interés y del lucro, y esto tiene influencia en los artistas al establecerse grandes compañías o empresas que empiezan a organizar la explotación de la actividad artística. Y así fue como el artista de antaño, libérrimo en su profesión y con inestabilidad económica que era producto de su vida bohemia, tendió cada vez más a sacrificar mucho de su libertad por algo de seguridad en sus tareas; si su calidad o su popularidad se lo permiten mantiene su autonomía con contratos civiles o mercantiles que le aseguran cuantiosos beneficios; en caso de que las circunstancias lo fuerzan a entrar en conjuntos que otros dirigen o cuando no sobresalen mucho, tiene que aceptar realizar una actividad continua en un local o establecimiento, entonces —sin vacilación alguna— opta por aferrarse a la protección más firme del derecho laboral, como un trabajador, aunque "al servicio del arte" (8).

2.—Así fue como surgió la figura trabajador artista, primero en pequeñas empresas, ahora formando parte del engranaje de grandes industrias lucrativas como el cine o la televisión; pero antes de su estudio debemos determinar qué se entiende por artista jurídicamente, o sea, en qué sentido se emplea por los ordenamientos jurídicos que lo regulan. Hemos dicho que por artista generalmente se considera al que se dedica a las llamadas bellas artes, por lo que quedarían comprendidos: a) los pintores; b) escultores; c) literatos y poetas; d) actor de teatro, circo, o de cualquier espectáculo de variedad; e) cantantes de ópera y profesionistas de ballet y danza; f) actor cinematográfico; g) profesionista de la música, tanto los concertistas como los que forman parte de conjuntos sinfónicos, de teatros de variedad, de cinematógrafo, de orquestas de baile y café y demás centros de variedad; y en general todo aquel que realice una actividad similar, incluso se ha llegado a incluir al profesionista del espectáculo taurino (9).

(7) *Ibidem*, T. I., pág. 127-8.

(8) Cit. en CABANELLAS G. Compendio de Derecho. . . cit., tomo I, pág. 915.

(9) Por ejemplo, lo incluye FERNANDEZ GONZALEZ Víctor, *Contrato de trabajo de los artistas*, en "Catorce lecciones sobre contratos especiales de trabajo", op. cit. pág.

Ahora bien, en un sentido jurídico, cuando se habla de artistas se hace alusión, más bien, al actor de teatro, circo, cine y espectáculos de variedad, así como a los músicos y cantantes de ópera, integrantes de ballet y danza, y en general espectáculos de variedad presentados en teatros o similares; tanto la doctrina como la legislación laboral se inclinan en este sentido, pero esto no quiere decir, de ninguna manera, que un pintor, escultor, literato, la cuadrilla de un torero, el torero mismo, etc., en algunos casos pueda realizar su actividad en forma subordinada y, por lo tanto, estar sujetos a la protección del derecho del trabajo.

Enrique de Olavarría y Ferrari (10) nos presenta objetivamente la situación en que se encontraban los artistas a principios de siglo. En toda Europa —nos dice— y principalmente en Italia, existían organizadas numerosas "agencias filarmónicas" que se encargaban de surtir de artistas de todo género a quien por cualquier teatro los solicitaren; en dichas agencias se tenían listas de "disponibles" a los cuales, en algunos casos, se adjuntaban recortes de periódicos que contenían lo que en francés es llamado "réclame" (elogios), que la agencia misma hacía publicar, todo ello con el objeto de obtener comisiones muy altas, sin importarles la situación del artista, e incluso tratando de lucrarse a su costa y perjuicio, tales eran los casos, cuando, por ejemplo, a la empresa un agente "ofrece un tenor por el que pide dos mil liras y a él se ha ofrecido a su vez por mil. Una vez aceptado el precio se tira la escritura, parecida a los contratos de arrendamiento de casas que usamos en México (en los cuales el mísero arrendatario renuncia a cuantos artículos de la ley puedan favorecerle), y el tenor queda contratado y a merced del comisionado contratista, quien propone al tenor fingir un nuevo contrato que nunca falta modo de requisitar convenientemente, según el cual aparecerá el contratado tenor ganando seis mil u ocho mil liras que para él habrán de ser nominales; por su complacencia o anuencia con esta modificación, el tenor recibirá un aumento mensual de mil liras, y el resto quedará a favor del comisionado contratante, quien se presentará a la empresa que lo comisionó muy ufano de la adquisición de un artista tan recomendado por la agencia italiana y que gana tan buen sueldo. Casos se dan en que el empresario lleva una parte más o menos grande en el sobrante del supuesto sueldo en sociedad con el comisionado contratista. . . . Todas estas

49. Este mismo autor hace una clasificación atendiendo al derecho español, en la señala que los artistas de cine, teatro, circo y variedades son reglamentaciones verticales que se refieren no sólo a los artistas, sino a algunos servidores o cumplidores de servicios necesarios para la realización de las actividades artísticas. Por contra, la de profesionales de música y los del espectáculo taurino son horizontales, o sea, se refieren su regulación sólo a los artistas en sentido técnico estricto, quedando fuera otros servicios. Op. cit., pág. 51.

(10) En: *Reseña histórica del teatro en México*, 3a. ed., Edit. Porrúa, México, 1961, Tomo IV, pág. 2976.

trapisondas, exacciones y arbitrariedades son imposibles de descubrir y comprobar, porque los factores y partícipes en ellas están interesados en que los empresarios y comisionados no se hagan reos de tales picardías . . ." (11). Y no se hacía nada para remediar esta situación porque era la época en que dominaba el principio de la autonomía de la voluntad.

Esto no podía continuar así y el derecho del trabajo tuvo que romper al derecho civil, para empezar a proteger a los artistas cuando existiera una relación de trabajo; el primer ordenamiento jurídico que contempló la posibilidad de que en algunas ocasiones los artistas constituyeran una relación de trabajo, fue el Código Federal de las Obligaciones Suizo de 1881, reformado en 1911, que bajo el título "Del contrato de trabajo", disponía en su artículo 361:

"Las disposiciones del presente título se aplican igualmente a los contratos relacionados con trabajos que suponen una cultura científica o artística especial y que se ejecutan a cambio del pago de honorarios cuando estas convenciones presentan los elementos constitutivos del contrato de trabajo".

Otro de los primeros países que consideró a los artistas como trabajadores fue Francia, que en la ley del 17 de junio de 1919 menciona expresamente a las personas empleadas en las empresas de espectáculos públicos, entre aquellas que gozan de sueldo privilegiado establecido en el artículo 2101 del Código Civil francés para las gentes del servicio. Porque, como dicen Marcel Planiol y Georges Ripert: "Sea cual fuere el talento personal demostrado por un artista en el espectáculo o concierto, recibe siempre directrices si no acerca de la interpretación que se le confía, al menos en cuanto a la hora, el lugar, la duración, los trabajos exhibidos. (Por lo que) No es un empresario libre" (12).

En la Consolidación de Leyes del Trabajo de Brasil, se regula de una manera especial a los trabajadores artistas; así, por ejemplo, se establece que tienen derecho a cartilla de identificación como trabajadores (art. 35), que en caso de que el artista de teatro o congénere rescinda sin

(11) Ibidem.

(12) Tratado práctico de derecho civil. . . op. cit., tomo XI, pág. 17. Nos señalan además que: "ya no hay razón en la actualidad para hacer según la calidad del trabajo ninguna distinción: son acreedores privilegiados los sirvientes de la casa o de la finca colocados en un estado directo de subordinación; los obreros industriales o agrícolas encargados de un trabajo material; los dependientes o empleados de una empresa mercantil y en general todos los que arriendan sus actividades físicas o intelectuales; artistas dramáticos o líricos y otras personas empleadas en las empresas de espectáculos públicos (por ejemplo, los profesores de orquesta), redactores de diarios, profesores de instituciones privadas de enseñanza, secretarías, amanuenses de los oficiales ministeriales. Basta con que exista un contrato de trabajo, caracterizado por la relación de dirección, de subordinación y de vigilancia entre el asalariado y el que lo emplea con la facultad de despido". Ibidem, tomo XII, pág. 41.

justa causa el contrato no podrá trabajar en otra empresa artística antes de un año, salvo cuando se le expida certificado liberatorio (art. 480, párrafo 2o.); se establece la terminación de la relación de trabajo por enfermedad que les impida actuar, aún antes de los treinta días en que se da a los demás trabajadores, dado lo limitado de las temporadas de representación (art. 510); se establece respecto a la jornada de trabajo que: "será de 6 horas la duración del trabajo de los músicos en teatros y similares" (art. 232), además, toda vez que el trabajo continuo en espectáculos ultrapasara de 6 horas, el tiempo de duración normal excedente será pagado con una elevación del 25% sobre el salario hora normal; se señala un régimen especial de descanso semanal, que permite que no coincida con día domingo y que se establezca una escala alternativa sujeta a fiscalización (art. 67); y también, no se le da derecho a lo que llamamos estabilidad en el empleo mientras siga funcionando la empresa, etc. (13).

Por lo que respecta a la Argentina, también se ha empezado a regular la relación de trabajo de los artistas, por ejemplo: el decreto 1807 de marzo de 1967, dispone un sistema de fiscalización del régimen legal de trabajo de los menores de 18 años en actividades artísticas. En el decreto 4910 de 1957 sobre los menores de edad, se establece que: a) el período de empleo no podrá exceder de medianoche; b) deberá proveerse y resguardarse la salud y la moralidad de estos niños o adolescentes, asegurándoles un buen trato y evitando que el empleo nocturno perjudique a su instrucción; c) estos niños y adolescentes deben gozar de un reposo, por lo menos, de 14 horas consecutivas (14). Por medio de la ley 14 597, B. O. 29 de octubre de 1958, se estableció el régimen de trabajo del "ejecutante musical", que es la persona que desarrolla sus actividades de trabajo y las tareas que le son propias al músico, director, instrumentador, copista o dedicado a la enseñanza de la música; como jornada máxima se establece cuatro horas y media diurnas o cuatro horas nocturnas continuadas, por espectáculo (art. 7); días de descanso obligatorio; establecimiento de comisiones paritarias que establecerán los sueldos mínimos, el número mínimo de ejecutantes musicales, etc.

En España han sido objeto de especial atención los músicos y en la Orden de 25 de Junio de 1963 se aprobó la Reclamación Nacional de Trabajo de Profesionales de la Música, en la que se establecen las modalidades y requisitos para realizar la contratación, la jornada máxima de trabajo que varía según sea la clase de espectáculo, así es de 3 horas por cada una de las sesiones de tarde y noche si son espectáculos y entrenamientos de baile (art. 28), de 5 horas distribuidas en dos o tres sesiones

(13) Vid. REIS Nello: Contratos especiales do. . . cit., pág. 90 sig.

(14) Vid. NAPOLI, Rodolfo A.: *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, edit. La Ley, Buenos Aires, 1969, págs. 174-175 y 242.

en hoteles y restaurantes (art. 29), se establece jornada máxima para ensayos en ópera, baile sinfónico, opereta, zarzuela, comedia musical, radio y televisión, folklore, circo y variedades de teatro, los cuales serán menores de 5 horas y en caso de ser nocturno, terminará a más tardar a las 2 de la madrugada; en caso de estreno podrán efectuarse hasta cinco ensayos y desde el día en que se celebre el ensayo general se percibirá todo el sueldo, por cada ensayo extraordinario se pagará con mayor salario, etc. (art. 33) y demás disposiciones relacionadas (15).

Y así, en gran parte de los países se ha reconocido a los artistas como trabajadores, unos haciéndole extensivo el régimen legal de todos los trabajadores y otros regulándoles en una forma especial.

En el Derecho Internacional del Trabajo se han preocupado de los intérpretes y de los artistas; concretamente la O.I.T. desde 1926, su Consejo de Administración encomendó el estudio de este problema a la Comisión de trabajadores intelectuales, que lo realizó en su reunión de diciembre de 1929, desarrollando principios que pueden ser considerados la base de un nuevo derecho: el derecho del ejecutante, que podría constituir según O.I.T. un nuevo capítulo del derecho del trabajo (16). Se han realizado estudios de iniciativas, reuniones, trabajos, etc., realizados por distintos organismos internacionales y profesionales, entre los cuales sobresale la Convención Internacional para la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonógrafos y los organismos de radiodifusión suscrita en Roma el 26 de octubre de 1961, de acuerdo al proyecto del comité de expertos de la O.I.T., de la U.N.E.S.C.O. y de la Unión Internacional para la protección de las obras literarias y artísticas redactado en La Haya en mayo de 1960; en ella, aunque el fin primordial es la protección de los derechos de autor, se traduce también en su protección en el laboral, impidiendo la radiodifusión o comunicación al público de sus interpretaciones o ejecuciones para las que no hubiera dado su consentimiento, con algunas excepciones, así como no se podrá destinar a fines distintos a los que se había autorizado, etc. (17), esto se encuentra íntimamente vinculado con la prestación del servicio y las condiciones en que se presenta.

3.—Respecto a la naturaleza jurídica del vínculo que existe entre el artista y el empresario, la mayor parte de la doctrina moderna ha sostenido, con acierto, que es una relación de carácter laboral, aunque con ciertas excepciones como la del Dr. argentino Satanowsky, quien al referirse al actor cinematográfico, sostiene:

(15) Vid. FERNANDEZ GONZALEZ V., .Op. cit., pág. 51 y sig.

(16) CINQUALBRE Pedro R.: **Los artistas, intérpretes y ejecutantes frente al Derecho del Trabajo**, en "Derecho del Trabajo", Buenos Aires, Sep.—1968, pág. 458.

(17) *Ibidem*.

"Por nuestra parte consideramos que el contrato entre el productor y el artista es un contrato "sui generis", de carácter intelectual, porque las normas que lo rigen son las que reglan una actividad que tiende a la creación y realización de una obra del intelecto, carácter que debe prevalecer sobre las relaciones de derecho civil. El actor contribuye a la realización de la obra mediante un convenio que celebra con el que la crea o produce. Esa convención y su cumplimiento tiene una serie de matices, de elementos circunstanciales regidos por una ley especial antes que nada. Así, por ejemplo, situaciones como las del derecho moral del actor . . . no encuadran entre los estrechos márgenes de las normas de derecho común sobre la locación. Es, más que nada, un contrato de interpretación" (18).

Por un lado es cierto que la actividad del artista tiende a la creación y realización de una obra del intelecto, pero en la mayoría de los casos debe realizarla recibiendo órdenes, si en determinadas ocasiones no en la forma de realizarla, sí respecto a seguir un determinado guión, un horario, vestuario, etc., recibiendo órdenes en la forma de coordinarse con una serie de personas para mayor éxito de la obra, así es como en estos casos se da una relación de subordinación, esto es, el deber de obediencia del trabajador con la correlativa facultad de mando o en la posibilidad de hacerlo del patrono sobre la realización del trabajo. Es cierto, por otra parte, que es un trabajo preponderantemente intelectual, pero esto no quiere decir que esto escape a la regulación del derecho del trabajo, que desde hace mucho tiempo dejó de regular solamente al trabajo de carácter material.

Ahondando todavía más, el actor que interviene en una película, por importante que sea, se halla secundado por otras partes y su interpretación, por notable que sea, responde a un trabajo intelectual anterior y ajeno, su papel ha sido creado por el autor de la trama, que, a su vez, con mucha frecuencia, la toma de obras literarias, novelescas o teatrales, que a su vez han sido adaptadas por un tercero, que ha realizado, también, una obra creadora, en suma, la obra no es producto, ni con mucho de una sola persona sino del esfuerzo conjunto de varios que necesitan coordinarse, por lo que debe existir el factor subordinación, con lo que estamos ante una relación de trabajo.

En este mismo sentido nos encontramos al maestro italiano Ludovico Barassi, quien al estudiar la prestación de trabajo refinadamente intelectual, señala:

"En efecto, el artista lírico es también uno de los instrumentos de que se sirve la empresa y no es cierto que su trabajo sea considerado sola-

(18) En "La obra cinematográfica frente al derecho", cit. en MARTIN PEREZ, Pascual: *La obra cinematográfica y sus problemas jurídicos*, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", año XCVII, tomo XVIII, julio-1949, pág. 106.

mente en un resultado que la empresa debe limitarse a recibir, aunque éste sea siempre la creación genial del artista, mientras que en las otras empresas habría delegación de poderes por parte del empresario. Pero, ¡también el trabajo del obrero es creación suya! La verdad es que la creación genial del artista —a la cual la empresa hasta cierto punto queda librada así como se entrega a la experiencia del médico o del ingeniero que depende de ella— este resultado “natural” o inmediato, de nada sirve en una representación lírica sin la coordinación, con otros elementos del caso, debida al empresario y, en la hipótesis, al director artístico. Por diverso que sea el grado de subordinación en estos casos, como lo hemos explicado en otra ocasión, siempre hay dependencia de la empresa. Se debe excluir absolutamente, por lo tanto, que subsista en este caso un contrato de obra” (19).

El derecho del trabajo se ha librado de la terminología civilista y de contemplar en la relación artista-empresario la figura de un contrato de obra, innominado o intelectual, u otros de derecho privado, sino que contempla la prestación real del servicio, si se hace en forma subordinada es una relación de trabajo, si no, nos encontramos frente a un trabajo autónomo. Ernesto Krotoschin así lo entiende y nos dice que: “En cuanto a los actores teatrales o cinematográficos, se dará casi siempre la situación de dependencia, sin menoscabo de la libertad de interpretación, etc., que preside el ejercicio de la profesión. Es distinto el caso de los artistas de teatro que como directores de equipo pueden ser a su vez empresarios independientes. El caso del actor teatral es uno de aquellos en que el derecho del trabajo puede y debe librarse de la terminología civilística (que distinga entre locación de servicios, de obra, contrato innominado, etc.), para fundar sus resoluciones en el hecho de la dependencia personal, que es lo decisivo, igual que en los casos de trabajo prestado por profesionistas libres. La particularidad del contrato del actor teatral o de cine, etc. ha dado motivo, en lo demás, para regulaciones especiales establecidas por convenciones colectivas, o también legales” (20). Esto es de gran importancia, no sólo se le reconoce como trabajador sino que se contempla la necesidad de que sea objeto de una regulación especial.

En la doctrina francesa también se le ha reconocido el carácter laboral

- (19) En su Tratado de Derecho. . . op. cit., Tomo I, pág. 407. En este sentido tenemos también a Francesco Santoro Passarelli, pues nos dice: “También más acá de la indicada línea de separación está el trabajo que el artista ejecutor realiza con base en el llamado contrato de escritura artística, que es aquel por virtud del cual el artista es asumido por una empresa para representación u otra interpretación artística. Nosotros creemos que la viva controversia existente sobre la pertenencia de este contrato a la figura del contrato de obra o a la del contrato de trabajo deba ser resuelta, para la escritura artística típica, en el segundo sentido, como lo confirma también el encuadramiento sindical, porque el artista ejecutor es trabajador subordinado a la empresa, a cuyo servicio se pone”. *Noções de Derecho del Trabajo*, trad. Fernando Suárez Glz., Estudios de trabajo y previsión, Madrid, 1963, pág. 75.
- (20) En su Tratado práctico de Derecho. . . op. cit., Vol. I, pág. 146.

de la relación artista-empresario, así, por ejemplo, nos dicen Paul Durand y A. Vitú:

“... La existencia de un estado de subordinación es, no obstante, cierta: Cualquiera que sea el talento personal realizado por un artista en un espectáculo o en un concierto, él recibe siempre las directivas, si no sobre la interpretación que le es confiada, sí, por lo menos, sobre la hora, el lugar, la duración, el traje de la exhibición. El contrato presenta bien los caracteres de un arrendamiento de servicios, así lo admite, con la doctrina, la Corte de Casación” (21).

En Alemania, nos señalan Hueck y Nipperdey, se les considera como personas asimilares a los trabajadores ya que realizan una actividad para otro en una situación de dependencia económica aunque no en una completa situación de dependencia personal, por lo que se considera que están en una posición semejante a la de los trabajadores, llamándoles “obreros intelectuales” (22).

En España se les ha considerado como una de las “zonas grises”, pero aunque se conceptúa dudosa la naturaleza jurídica de la relación artista-empresario, empieza a preponderar la teoría de la relación de trabajo. Manuel Alonso García sostiene en la actualidad que el elemento diferenciador debe consistir en el elemento “ajenidad”, por lo que: “no hay relación laboral cuando el artista realiza su trabajo —el que constituye su profesión— corriendo con el riesgo del mismo, o sea, por cuenta propia; sí la hay, en los restantes casos, incluso estimamos, en aquellos supuestos en los que a la percepción de cantidad fija como sistema de remuneración se une la participación en la entrada (taquilla) o en los beneficios (deducidos, de la recaudación de taquilla, los gastos generales). Esta parece ser hoy la orientación de la jurisprudencia” (23).

(21) *Traité de droit du...* op. cit., Tomo II, pág. 247.

(22) Nos dicen: “Además se consideran como tales (trabajadores) algunos “obreros intelectuales”, como artistas, músicos, escritores, periodistas, colaboradores libres de la radiodifusión, caso de que estén en una tal relación de dependencia económica con determinados clientes. Su situación jurídica ha sido regulada hasta el momento poco satisfactoriamente: según el párrafo 5 de la ArbGG, están sometidos a la jurisdicción del trabajo, pero en cambio, salvo algunas excepciones contenidas en las leyes de vacaciones de los Laender, no caen bajo el derecho material del trabajo. Es problemático si pueden aplicárseles algunos preceptos laborales por medio de prudente analogía, en los casos de igual situación social”, en **Compendio de Derecho del Trabajo**. Trad. Rodríguez Piñero, Enrique de la Villa, Edit. Revista de derecho privado, Madrid, 1963, págs. 61-62.

(23) En su *Curso de Derecho del...* cit., pág. 297-298. Bayón Chacón y Pérez Botija, nos dicen: “No obstante esto, cada vez el trabajo artístico está más sujeto a normas de dirección, incluso para los artistas de mayor renombre, como se puede observar claramente en la industria cinematográfica, hasta tal punto, que esa dependencia técnica repercute en exigencias de la empresa sobre su género de vida fuera de las horas de trabajo (normas de publicidad y propaganda, necesidad del mantenimiento

Guillermo Cabanellas en la Argentina señala con gran acierto que en la relación de trabajo que se establece entre el artista con el empresario el elemento subordinación se hace más intensivo que en otros contratos, pues alcanza incluso a los más insignificantes movimientos corporales. La obediencia que se debe no sólo es por necesidad técnica de su actuación, sino a otros elementos que derivan del contrato mismo; así, están obligados a concurrir a los ensayos, a presentarse de determinada manera, de trasladarse a los lugares que se les indique, todo esto bajo la autoridad del empresario o de su representante técnico, que es el director artístico (24).

Como se puede apreciar, no existe ya controversia sobre la naturaleza jurídica de la relación de los artistas con sus empresarios, en la mayor parte nos encontramos frente a una situación de subordinación, por lo tanto, es una relación laboral, que se traduce en la obligación del artista de estar a disposición del empresario o del director técnico, si no completamente en algunas ocasiones respecto a la ejecución o a la forma en que realiza su expresión artística, sí respecto a los horarios, vestuario, maquillaje, guión a seguir, asistencia a ensayos, y en fin, toda aquella intervención que debe sujetarse a una actividad de colaboración de grupo y no liberal.

4.—La mayor parte de aquellos que se dedican a una actividad artística, hemos visto, que tanto la doctrina como la legislación de algunos países están de acuerdo que son trabajadores, aunque no les han dado completamente la protección del derecho del trabajo, ya que es una relación especial de trabajo por las peculiaridades y caracteres propios en la prestación de dicho servicio. Ahora bien, si es cierto que es una relación especial esto no es argumento para excluirlos de una gran parte de la protección del derecho del trabajo, sino que como manifestación del carácter "concreto y actual" de nuestra disciplina, debe ser regulado en toda su extensión, cosa que realiza México, como veremos.

Guillermo Cabanellas (25) cita las siguientes características que hacen de esta actividad un trabajo especial:

- a) La necesidad de que las compañías, conjuntos o actuantes individuales se renuevan constantemente por exigencias del público, es por lo que los contratos tienen normalmente un plazo determinado y breve;
- b) La duración de las prestaciones, las cuales, en ocasiones, se pro-

de un determinado estado y aspecto físico durante la filmación de una película, etc.)".
En Manual de Derecho del. . . cit., tomo I, pág. 320.

(24) En Compendio de Derecho del. . . cit., Tomo I, pág. 913.

(25) Compendio de Derecho. . . cit., tomo I, pág. 913.

longan debido a un factor ajeno a la relación entre las partes, consistente en el éxito que el artista haya tenido;

- c) En ciertas actividades, la superación o la moda constituyen un hecho biológico inevitable; de manera que, en plazo relativamente corto, el artista queda superado y se encuentra en situación de decadencia o de falta de popularidad;
- d) Estar a disposición de la empresa sin un plazo determinado, es lo que le da una naturaleza muy especial.

A éstas se podrían agregar las siguientes:

- e) No reciben instrucciones directas sobre la interpretación que le es confiada, en la que existe cierta libertad para que exterioricen su expresión artística (Durand y Vitú);
- f) La falta de estabilidad en el empleo durante la duración de la empresa para esta clase de trabajadores, esto es, no existe continuidad paralela del empleo con la vida de la empresa, ya que la utilidad de sus servicios está subordinada a ciertos imperativos íntimamente ligados a la naturaleza y a las finalidades de la empresa artística (26);
- g) Por causa de su movilidad inherente al ejercicio de su profesión se ve como necesidad la constitución de depósitos de garantía para responder de los perjuicios que se puedan ocasionar cuando el artista no trabaje en el lugar usual o residencia de trabajo (27).

Y son precisamente estas características las que fuerzan la necesidad de una regulación especial dentro del derecho del trabajo, esto es, la característica de actualidad y concretividad de nuestra disciplina aquí se muestra con toda su fuerza.

5.—El Derecho Mexicano del Trabajo no sólo ha reconocido desde hace tiempo a los artistas como trabajadores, sino que ha comprendido también la necesidad de regular las relaciones de trabajo de una manera especial.

Y prueba de ello es que recién expedida la Constitución de 1917, en

(26) En efecto, nos dice Nello Reis, "el profesional llamado a intervenir en un determinado espectáculo, donde su presencia es valiosa, puede ser absolutamente inaprovechable en otra exhibición. De la misma forma, por ejemplo, en el montaje de una determinada ópera el barítono, con participación efectiva, en la ópera siguiente puede ser inaprovechable porque son tenores los que en ella intervienen. El cómico de la obra teatral se encontrará en el drama lírico totalmente sin función". Aunque no deja de reconocer que pueden ser renovados los contratos como una necesidad al ver el éxito o agrado que la obra o pieza musical tenga entre el público. Cit. en Contratos especiales do. . . cit., pág. 102.

(27) Cit. FERNANDEZ GONZALEZ V.: Contrato de trabajo de los artistas, op. cit., pág. 51.

el Código del Trabajo del Estado de Yucatán de 16 de diciembre de 1918 (28), promulgado por F. Carrillo Puerto, se establecía:

Capítulo V

Compañías teatrales o de circo

Art. 35.—Todas las compañías teatrales o de circo que lleguen al Estado de Yucatán deberán, inmediatamente antes de su estreno, presentar los contratos respectivos a la Junta Central de Conciliación y Arbitraje, para su registro de conformidad con el artículo 23 de esta ley.

Art. 36.—Todas las compañías teatrales o de circo que entren al Estado de Yucatán, deberán depositar, por medio de sus empresarios o representados, en la caja de la Sección de Hacienda de la Secretaría General de Gobierno, el importe íntegro de los pasajes de vuelta de todos los artistas.

Art. 37.—Los empresarios de compañías teatrales o de circo o quienes los representen, antes del estreno de las mismas compañías, otorgarán fianza suficiente ante la Junta Central de Conciliación y Arbitraje, para garantizar el cumplimiento de los contratos celebrados con los artistas.

Art. 38.—Sin la previa comprobación de los requisitos señalados en los artículos anteriores, los ayuntamientos no permitirán a ninguna compañía teatral o de circo dar sus funciones.

Como se puede apreciar, desde hace más de 50 años en México ya se contemplaba a los artistas como trabajadores y se les protegía además con disposiciones especiales para brindarles una protección adecuada a la labor que desarrollan. Y si bien esto no se hizo al convertir la legislación laboral en federal y expedir la Ley Federal del Trabajo de 1931, sí se tomó en cuenta en nuestra nueva Ley Federal del Trabajo y se le dedicó un capítulo especial.

Es de hacerse notar que en el proyecto López Mateos no existía ningún capítulo especial y que fue en la iniciativa presentada al Congreso de la Unión el 12 de diciembre de 1968, cuando se incluyó en el Título Sexto el capítulo XI que se llamó "trabajadores actores"; en la exposición de motivos de la iniciativa se expresó que se debía a sugerencias de diversos secto-

(28) Y aún antes del artículo 123 de la Constitución, en la Ley del trabajo de Yucatán, publicada el 11 de diciembre de 1915, del General Salvador Alvarado, se decía: "Art. 106.—Las industrias o trabajos que dan lugar a responsabilidades del patrono serán: XI.—Los teatros con respecto a su personal asalariado".

res artísticos, quienes señalando las difíciles circunstancias por las que atravesaban, pidiendo una regulación especial en el proyecto.

El día 10 de Noviembre de 1969 se discutió dicho capítulo en la Cámara de Diputados, expresando los ciudadanos diputados que:

“Desde el punto de vista jurídico, por primera vez en la legislación universal, México consagra derechos laborales para los artistas; estableciendo claramente que quienes actúan en teatros, cines, centros nocturnos o de variedad, circo, radio y televisión, salas de doblaje y grabación, prestan sus servicios a una empresa; perciben un salario y por consiguiente, tienen la categoría jurídica de trabajadores . . . Sabemos todos que las relaciones de trabajo, que las relaciones entre patronos y trabajadores están regidas, a partir de 1917, por el artículo 123 Constitucional. Entonces no nos explicamos, pero tampoco es el caso que nos pongamos en estos momentos a hacer juicios y conjeturas de por qué había sido así, por qué no se había incluido a ese importante sector laboral de México como son los trabajadores actores, dentro de la ley que parte y que emana del artículo 123 constitucional. Existía una laguna” (29).

Una vez aprobada por dicha Cámara, pasó para su discusión a la Cámara de Senadores, la cual en su Dictamen de 25 de Noviembre de 1969, amplió el contenido de los artículos especiales que sólo se referían a los actores, incluyendo a los músicos profesionales, ya que —se expresó— existe una similitud de actividades así como por la constante relación de los trabajos de unos y otros, en teatros, cines y centros de diversión, por lo que era necesaria dicha modificación. Así fue como quedó redactado definitivamente el capítulo de los “Trabajadores actores y músicos”.

Y en cierta forma, sí tiene trascendencia su inclusión dentro de nuestra ley laboral, ya que es un trabajo especial en la realidad y la ley debía regularlo como tal; pero debemos decir que no era necesario que se mencionara expresamente por la ley para que se les considerara como trabajadores, tesis sostenido por los diputados de la XLVII legislatura, sino que basta que presten su trabajo en forma subordinada a cambio de una remuneración para que se constituya una relación de trabajo y por lo tanto, sujeta a las leyes laborales. Tan son trabajadores que desde hace más de siete lustros formaron sindicatos en defensas de sus intereses.

Así la Asociación Nacional de Actores se constituyó por acuerdo de Asamblea General de fecha 21 de noviembre de 1934, como una organización sindical de resistencia, con registro otorgado por la Junta Central

(29) Vid. Diario de los debates de la Cámara de Diputados, XLVII legislatura, México, 10 de Noviembre de 1969, pág. 39 y sig.

de Conciliación y Arbitraje del Distrito Federal, bajo el No. 626 fojas 103, libro III, expediente R.A. 312/1935. Fue reconocido como organismo obrero de jurisdicción federal por el Departamento de Registro de la Secretaría del Trabajo y Previsión Social con fecha de 3 de Enero de 1949, bajo el No. 2394 (30). Se constituyó, por otro lado, el 7 de Diciembre de 1939 el Sindicato Unico de Trabajadores de Música cuya principal finalidad es luchar: "contra el acaparamiento que de las escasas fuentes de trabajo de los músicos, realizan unos cuantos; luchará contra la explotación de que se hace objeto al músico, no sólo por parte del patrón, sino también por parte de los directores y formadores de orquesta que procedan en igual forma; luchará contra el desplazamiento del músico nacional por músicos extranjeros o nacionalizados y por evitar, que músicos extranjeros nacionalizados mexicanos por intereses bastardos, o músicos mexicanos que hayan repudiado su nacionalidad, exploten al músico nacional" (31).

Nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación, también, desde hace bastante tiempo ha reconocido que un artista puede ser sujeto de una relación de trabajo, en este sentido tenemos la importantísima ejecutoria de 28 de enero de 1944, A.D. No. 6233/1943/1a., Alfonso M. Salazar, en la que se dijo:

"La alegación que se haga en el sentido de que los músicos no deben considerárseles como trabajadores, para los efectos de la Ley Federal del Trabajo, porque son artistas, carece de fundamento, pues no existe disposición legal que ponga a las personas que desempeñan algún arte, fuera de los beneficios de la ley citada".

6.—Respecto a las disposiciones especiales de la nueva Ley Federal del Trabajo sobre los actores y músicos, se expresa en el artículo 304, que se aplicarán a los trabajadores actores y a los músicos que actúen en teatros, cines, centros nocturnos o de variedades, circos, radio y televisión, salones de doblaje y grabación, o en cualquier otro local donde se transmita o fotografíe la imagen del actor o del músico o se transmita o quede grabada la voz o la música, cualquiera que sea el procedimiento que se use. Si bien respecto a los músicos no existe problema con su connotación, sí la hay por lo que hace a la palabra actor, pues la definición jurídica no concuerda con el significado que le ha dado la Real Academia de la Lengua, la cual lo restringe exclusivamente a "el que represente en el teatro o personaje de una acción o de una obra literaria". Como se desprende del artículo es muy importante tomar en cuenta el lugar en que se realicen las actividades, y se coincide en que se trata de una empresa que se dedica a explotar un espectáculo o diversión. Nosotros pen-

(30) Artículo 1 de los Estatutos de la Asociación Nacional de Actores.

(31) Artículo 1 de los Estatutos del Sindicato Unico de trabajadores de Música del Distrito Federal.

samos que en la siguiente definición se pueden encuadrar a todas las personas contenidas en el artículo 304 de la nueva ley:

"LOS TRABAJADORES ACTORES Y MUSICOS SON LAS PERSONAS QUE REALIZAN UNA PRESTACION DE SERVICIOS, ESPECTACULO ARTISTICO EN SI MISMO, EN FORMA SUBORDINADA, A CAMBIO DE UNA REMUNERACION PARA UNA EMPRESA CUYA FUNCION ES INSTRUIR, ENTRETENER O DIVERTIR AL PUBLICO CON DICHO ESPECTACULO".

Como se puede apreciar en esta definición comprende todo lo que la ley entiende por esta clase de trabajadores, porque:

- a) Contiene los elementos de la relación individual de trabajo: una prestación de servicios, la subordinación y la remuneración por el servicio.
- b) Es espectáculo en sí mismo la prestación de servicios; aquí es importante señalar que utilizamos la palabra espectáculo —siguiendo a la Real Academia— como: "aquello que se ofrece a la vista o a la contemplación (consideración) intelectual y es capaz de atraer la atención y mover el ánimo infundiéndole deleite, asombro, dolor u otros efectos más o menos vivos o nobles" (32); y decimos "artístico en sí mismo" para excluir a todo aquel trabajador al servicio de la empresa artística que no sea actor ni músico.
- c) La función de la empresa no es otra que instruir, entretener o divertir al público con dicho espectáculo. Por público se entiende no sólo el conjunto de personas reunidas en un determinado lugar para asistir al espectáculo, sino que se consideran además al: "conjunto de las personas que participan de una misma afición o con preferencia concurren a determinado lugar" (Real Academia). Esto es importante, pues tan público es el que asiste a un teatro o circo, como el radioescucha o televidente o como el aficionado a discos.

Por lo anterior, quedan comprendidos todos aquellos que realicen actividades artísticas en el campo del arte escénico, como los actores propiamente dicho, dialoguistas, sketchistas, cantantes, bailarines, acróba-

(32) En el Reglamento de Espectáculos Públicos en el Distrito Federal, publicado en el Diario Oficial el 12 de marzo de 1929, se establece en el artículo primero que para los efectos de dicho reglamento: "se reputan espectáculos públicos: las representaciones teatrales, las audiciones musicales, las exhibiciones cinematográficas, las funciones de "Variedades", las carreras de caballos, perros, automóviles, bicicletas, etc. Las exhibiciones aeronáuticas, los circos, los frontones, los juegos de pelota, las luchas, los ejercicios deportivos en general, los bailes públicos, los cabarets y, en suma, todos aquellos en que el público paga por el derecho de entrar y a los que acude con el objeto de distraerse". De toda esta enumeración sólo se toma en cuenta las personas que es "espectáculo artístico en sí mismo" la actividad que realizan.

tas, prestidigitadores, modelos, imitadores, maestros de ceremonias, cuerpos de baile, excéntricos, etc. y similares, así como los músicos de cualquier clase, siempre y cuando exista la subordinación, esto es, no se descarta que en algunas ocasiones se pueda presentar una actividad de prestación de servicios en forma autónoma (33), sujeto a lo dispuesto en la legislación civil.

Ahora bien, cabría preguntar si los cantantes de ópera, los ballets, las personas que forman parte de los coros artísticos, los concertistas, y si a toda actividad artístico cultural similar se les aplican las disposiciones de la regulación especial (34), ante esto es preciso decir que debido a que sí existe la subordinación continua a los empresarios sobre la actividad a realizar, tomando en cuenta la coordinación en la prestación del servicio con respecto al de otros que actúan con él, por ejemplo: un cantante de ópera, por importante que sea, debe estar subordinado a la empresa o al director de la obra, respecto a la forma de realizar su actividad combinada con la de los demás que actúan con él, está sujeto a horario en que debe presentar la función, no ausentarse del lugar en el que tiene que realizar la temporada, asistir a ensayos, etc. y no se diga de los comparsas o cualquier persona que acompaña a los artistas principales de representaciones; los ballets y coros que actúan en representaciones auspiciadas por la agrupación de la que forman parte, recibiendo un salario por ello, y realizando su actividad en forma subordinada. Y no sólo se considerará como trabajadores sujetos a la regulación laboral, sino que dado el espíritu y finalidad del capítulo especial sobre actores y músicos, que es la de proteger a todo aquel que actúa ante el público para una empresa a la que se subordina a cambio de un salario, también se les deberá aplicar.

Es común encontrar respecto a las personas descritas en el párrafo anterior, que se les quiera dar la categoría de "becarios" aunque realicen periódicamente una actividad ante el público por un salario que se les paga por dicha intervención, tratando con ello de sustraerlos a las disposi-

(33) Por ejemplo, existe un Reglamento para Músicos y Cancioneros ambulantes no asalariados, en el Distrito Federal, de 17 de Diciembre de 1943, establece en su artículo 1 que: "El presente reglamento tiene por objeto fijar las normas a que estará sujeta la actividad de los músicos y cancioneros, no asalariados, que trabajan en forma ambulante en el Distrito Federal".

(34) Es de señalarse que estas actividades en la mayoría de los casos las realizan en forma subordinada al Instituto Nacional de Bellas Artes, que depende directamente de la Secretaría de Educación Pública, y que por este motivo se considera que son trabajadores al servicio del Estado y regulada la prestación de su servicio por el apartado B del artículo 123 constitucional; no siéndoles aplicables las disposiciones de la nueva Ley Federal del Trabajo, tomando en cuenta lo que se establece en el artículo primero de esta ley. Pero esto no quiere decir que sólo el Instituto de Bellas Artes pueda tener estos trabajadores, sino que también pueden existir grandes o pequeñas empresas o compañías con estos trabajadores, a ellos sí se les aplicará el capítulo especial de la nueva Ley.

ciones laborales; pero aún sobre la denominación que se les quiera dar, hemos sostenido que impera la teoría de la relación de trabajo, o sea, cuando en la realidad se preste un servicio en forma subordinada a cambio de un salario, se le aplicará el derecho del trabajo. Además, becario solamente es la persona que disfruta de un estipendio o pensión temporal que se le concede para que continúe o complete sus estudios, o sea, es una "prestación", una ayuda, una asistencia o contribución para que alcance su objetivo y de ninguna manera esa remuneración se da como una "contraprestación" por haber realizado un servicio, esto es, en la beca no se establece una remuneración por una actividad en una relación recíproca. Se podría argumentar en contra de esta distinción que en algunas becas se adhiere la obligación de que una vez terminados los estudios para los que se les otorgó dicha remuneración trabajen para la institución, pero el hecho de que el otorgamiento de una beca se condicione a que al terminar la misma se obligue a formar una relación de trabajo, no es de ninguna forma una contraprestación por la beca, pues a lo largo de ella no se le exige nada, pero sí se le obliga al final a formar una relación de contraprestaciones, aunado esto a que dicha obligación viene a ser de carácter "moral", ya que no se le puede coaccionar a cumplir dicha obligación contra su voluntad, pues sería violatoria del artículo 5o. constitucional. Como consecuencia de lo anterior y para reafirmar la distinción, hemos de señalar que la relación de trabajo siempre tiene el carácter de conmutativa, característica que la relación institución-becario nunca puede tener, y que si se diera dejaría por sólo ese hecho de ser becario.

Jornada de trabajo.

Respecto a la jornada de trabajo para actores y músicos rige la disposición del artículo 61 de la nueva Ley Federal del Trabajo, en el sentido de que no podrá exceder: la diurna de 8 horas, la nocturna de 7 y la mixta de 7 horas y media. Y en general, los contratos colectivos de trabajo establecen dicha disposición, por ejemplo, en algunos que ha celebrado la A.N.D.A. con la Asociación de Productores de Películas Mexicanas, se establece que la jornada máxima de trabajo será de ocho horas si es diurna (de las 6 a las 20.30) y de siete horas si es nocturna (de las 15 horas a las 3 del día siguiente), pero se omite hablar de la jornada mixta, lo cual en este caso resulta legal, no sólo porque se apega al artículo 123 Constitucional, apartado A, incisos I y II, sino además porque es una disposición que beneficia al trabajador, ya que en vez de jornada mixta de 7 horas y media, sólo trabajará 7 horas como si se tratara de nocturna. Por lo que respecta a los contratos colectivos celebrados con restaurantes con servicio de cantina y cabarets de primera, se establece que la jornada máxima normalmente no podrá exceder de 5 horas; por lo que respecta a los cabarets de segunda se disminuye a cuatro horas y media.

Por lo que concierne a los trabajadores músicos, en algunos contratos colectivos, atendiendo a que la remuneración establecida en ellos es más o menos alta, se fija una jornada mínima que por lo general es de 5 horas, con intervalos entre cada actuación, por ejemplo, en los contratos colectivos del S.U.T.M. del D.F. con la Asociación de Centros Sociales y Salones de Fiesta, A.C., se establece que la empresa contratará a los trabajadores músicos, en festivales o banquetes por un mínimo de 3 horas, y que aún en el caso de que se trabaje menor tiempo se pagará el salario mínimo que se establece para aquellas tres horas; en caso de bailes el mínimo es de 5 horas, señalándose que por cada veinte minutos de actuación habrá 10 minutos de descanso, o que por treinta minutos de actuación quince minutos de descanso. Toda disposición que contienen esos contratos colectivos debe hacerse respetando las jornadas máximas legales.

Por lo que se refiere a si los ensayos quedan considerados dentro de la jornada de trabajo, la contestación es afirmativa, ya que durante ese lapso de tiempo no sólo se está a disposición del patrono para prestar su trabajo (art. 58 de la nueva ley), sino que realmente ejecutan el mismo en forma subordinada. Gran parte de los contratos colectivos celebrados por la A.N.D.A. (por ejemplo: con teatros, con la Asociación de Productores de Películas Mexicanas, etc.) contienen disposiciones sobre jornada máxima de trabajo en los ensayos, así como los descansos intermedios a lo largo de dicho ensayo.

Duración de las relaciones de trabajo.

El artículo 305 dispone que las relaciones de trabajo pueden ser por tiempo determinado o por tiempo indeterminado, para varias temporadas o para la celebración de una o varias funciones, representaciones o actuaciones. El criterio que se tomó en cuenta es por la naturaleza especial del trabajo; y se habla de temporada, porque el tiempo durante el cual se realiza habitualmente el servicio queda en las más de las veces a la acogida favorable o desfavorable del público, lo cual no permite que se establezca una situación estable, esta es la razón por lo que se les puede contratar por una o varias temporadas buscando el derecho de exclusividad. Respecto a la relación de trabajo por tiempo determinado (35) o inde-

(35) En la mayor parte de los contratos colectivos de trabajo entre el S.U.T.M. del D. F. con Cabarets, Restaurantes, Centros Nocturnos, se establece una cláusula como la siguiente: "El presente contrato colectivo de trabajo, se celebra por tiempo indefinido por lo que se refiere al sindicato y será revisable en los términos de la ley, por lo que hace a los trabajadores músicos, éstos estarán sujetos a convenios temporales de trabajo, por escrito y por períodos de 60 días, obligándose la empresa a solicitar la aprobación del Sindicato, cuando menos 5 días antes de que entre la vigencia del convenio temporal. En caso de que la empresa no desee prorrogar dichos convenios temporales, deberá dar aviso por escrito al Sindicato con 10 días de anticipación al vencimiento del período de 60 días, de no hacerlo así, se prorrogará la

terminado, para una o varias funciones, representaciones o actuaciones no existe ningún problema sobre lo que se entiende por ellos.

Ahora bien, el artículo 305 se debe interpretar como limitativo, o bien ¿puede celebrarse un contrato por obra de acuerdo con el artículo 35 de la nueva ley? La respuesta es que de acuerdo con el artículo 181 de la ley, consideramos que sí se puede celebrar un contrato de obra determinada y en la práctica se dan entre los músicos y las compañías grabadoras de discos, en las que se celebran contratos con conjuntos musicales para una sesión de grabación en la que se obligan a grabar un determinado número de selecciones, estableciéndose en dichos contratos la duración mínima de la sesión con descansos apropiados a la actividad.

Si bien el Derecho Mexicano del Trabajo establece que las relaciones de trabajo deben tener una duración indeterminada, a fin de asegurar la estabilidad de los trabajadores en sus empleos (36), también es cierto que esto no debe interpretarse en forma absoluta, ya que existen situaciones que por la especial naturaleza de la empresa o de la actividad que vaya a desarrollar el trabajador exigen que se limite en el tiempo y no sea indeterminado; el trabajador actor y el músico presentan esta situación especial, por lo cual se establece en el último párrafo del artículo 305 que: "No es aplicable la disposición contenida en el artículo 39", que a su vez dice que si al vencimiento del término fijado subsiste la materia de trabajo, la relación se prorrogará por todo el tiempo que dure esta circunstancia. Siendo esta una excepción al principio general, debe ser aplicada en forma restringida, evitando darle una amplitud incompatible con el principio de estabilidad en los empleos, esto es, sí existe dicha estabilidad pero con carácter relativo, limitada en el tiempo; en caso de que se fije por tiempo determinado, para la celebración de una o varias funciones, actuaciones o representaciones, por la duración de una temporada, en todos estos casos, a lo largo de ese lapso no podrá ser despedido sin causa justificada sin que se aplique lo contenido en la fracción XXII del apartado A del artículo 123 Constitucional; ahora bien, si se llega a establecer una relación de trabajo por tiempo indefinido, la estabilidad se convierte en absoluta, y se realizará la prestación del servicio mientras y en tanto subsista la materia de trabajo. Esto está de acuerdo con la tesis 201 de la

vigencia del convenio de que se trata por otro período igual a éste y así sucesivamente". La A.N.D.A. en sus contratos colectivos de trabajo con teatros, cabarets de primera, restaurantes, con servicio de cantina, etc., se establece que no se podrá contratar a ningún elemento por un término menor de dos semanas.

- (36) Nos dice el maestro Mario De la Cueva: "La estabilidad de los trabajadores en los empleos comprende dos modalidades: La permanencia, persistencia o duración indefinida de las relaciones de trabajo y la exigencia de una causa razonable para su disolución. La primera parte de estas modalidades es la esencia misma de la estabilidad de los trabajadores en los empleos y la segunda es su seguridad o garantía; si esta seguridad falta, la estabilidad sería una mera ilusión". En su Derecho mexicano del. . . cit., tomo I, pág. 755.

Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia aparecida en el Apéndice del Semanario Judicial de la Federación de 1965, que dice:

“... La ley del trabajo considera como causas razonables de disolución, en primer lugar, la que se refiere a la esencia de la naturaleza del trabajo desempeñado, que motiva precisamente la celebración de un contrato de trabajo para obra determinada, pues sería ilógico que celebrándose el contrato únicamente para efectuar la obra determinada, una vez concluida, el patrono tuviera que seguir pagando un salario por el desempeño de un trabajo que ya no existe; la desocupación es una consecuencia natural de la satisfacción de una necesidad; no sería justo ni lógico, ni posible económicamente, que una vez terminado el trabajo contratado y ya no existiendo materia para el mismo, se obligara al patrono a mantener un obrero, cuyos servicios no se utilizarán. El segundo caso que reconoce la ley como causa razonable de la disolución, es el contrato celebrado por tiempo fijo, cuando el servicio que se va prestar es transitorio por naturaleza. En este segundo caso son aplicables las mismas consideraciones que anteriormente se hicieron sobre el trabajo para obra determinada; pero la ley no descuida la protección del obrero y establece en el artículo 39 que si vencido el término del contrato, subsisten las causas que le dieron origen y la materia del trabajo, se prorrogará el contrato por todo el tiempo que perduren esas circunstancias. Otras causas están fijadas en el artículo 126 del propio ordenamiento. La estabilidad en el trabajo está condicionada en todos los casos a que sea posible económicamente la prolongación del trabajo. Con las disposiciones que se han analizado, se ha impedido que el patrono, a su libre elección, prive a un obrero de su ocupación” (37).

Pero ¿en qué forma afecta el último párrafo del artículo 305 de la nueva ley la permanencia de algunas relaciones de trabajo de los actores y músicos? Para contestar debemos precisar lo siguiente: al terminar la relación de trabajo por tiempo fijo, por actuación, representación o función, no se puede obligar al patrono a continuar la relación de trabajo, ya que al terminar dicha obra o cualquier espectáculo público, ya no subsiste la materia de trabajo, causa, ocasión o motivo laboral, pues siendo la función de la empresa el presentar espectáculos que entretengan, instruyan o diviertan, debe ir variando los mismos, por lo cual el artista que trabajó en uno no puede ser de utilidad para otro de características distintas; y así, a pesar de que continúa la empresa no acontece lo mismo con el espectáculo concreto para el que fueron contratados, por lo que no se afecta en estos casos el principio de estabilidad en los empleos.

(37) Sexta época, 5a. parte, Vol. LXXXVI, pág. 40, Ampara directo 931/63, Petróleos Mexicanos; Vol. LXXXVIII, pág. 3, A. D. 2415/61, Aurelio Pérez Díez y coags.; Vol. LXXXVIII, pág. 33, A.D. 655/62, Petróleos Mexicanos; Vol. XCI pág. 36, A. D. 9287/61, Petróleos Mexicanos; Vol. XCII, pág. 39, A. D. 2066/62 Silverio Gallardo y coags.

Pero aún más, si en la situación anteriormente contemplada, continuara la misma obra o representación, se puede dar por terminada la relación, puesto que al ser el desempeño de la actividad artística y su acogida por el público la razón de la formación de esta relación de trabajo, no se puede obligar a la empresa a continuar la relación laboral, por lo que al expirar el término que se había fijado para ella, aunque subsista la materia de trabajo, no podría prorrogarse mientras perdure dicha circunstancia, esto es lo que establece el artículo 305 de la nueva Ley, en su último párrafo. Además, si constituye un gran atractivo su actuación no tendría sentido que no se continuara con la relación de trabajo a través de nuevos contratos, pero si no, se da fundamento a la empresa para dar por terminada la relación de trabajo, aunque subsista la materia de trabajo.

Ahora bien, tenemos que hacer una distinción muy importante en los trabajadores actores y músicos: unos son los que se encuentran en un primer plano, pues son los artistas principales o estelares, los cuales con su actuación constituyen un espectáculo artístico en sí mismo, que las empresas deben ir variando y a los que se contrata por tiempo fijo o por temporada, por lo que a ellos sí les es aplicable lo dispuesto en el artículo 305 in fine, pues sería perjudicial a la empresa y a los mismos trabajadores actores y músicos, la repetición constante de sus actuaciones. Pero hay otros trabajadores que acompañan a los principales y que su actuación consiste en "completar" y hacer posible el espectáculo artístico con sus papeles secundarios, los cuales son contratados a tiempo fijo, por función o temporada, para actuar en una obra o representación y por ser necesarios mientras dura ésta se les van haciendo nuevos contratos, o que contratados para una temporada en un año, es indispensable volverlos a utilizar en las temporadas de los años siguientes, puesto que la labor de estos trabajadores es de gran importancia para la empresa, ya que sus servicios son imprescindibles y en realidad pese a los diversos contratos que realizan, existe una permanencia de la relación de trabajo; y si bien, hemos sostenido que es completamente válido y aplicable a los artistas principales, por su naturaleza especial, lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 305, no lo es por lo que respecta al sector de trabajadores artistas que tienen un papel accesorio o complementario, pues mientras sigan subsistiendo las circunstancias que motivaron la prestación del servicio y el objeto al cual se aplica la actividad de trabajo debe considerarse que la relación es por tiempo indeterminado y que no se podrá rescindir si no es con causa justificada, esto es, no se podrá aplicar la excepción que se consagra en el artículo 305 in fine, porque no hay motivo para que no rija el principio general de la estabilidad absoluta de los trabajadores, y no se piense que esta interpretación está en contra del espíritu y del texto de la nueva Ley Federal del Trabajo, sino que se funda en que un artículo nunca se debe interpretar aisladamente sino como formando parte de un todo orgánico, y expresamente el artículo 37, fracción I, señala que la re-

lación de trabajo por tiempo determinado sólo podrá estipularse cuando lo exija la naturaleza del trabajo que se va a prestar (34), situación que no se da en los actores y músicos cuando no son el espectáculo artístico en sí mismo, sino que lo completan, por lo que debe considerarse que sus relaciones de trabajo son por tiempo indeterminado, claro está que mientras subsista la materia de trabajo.

Así, con esto se garantiza al trabajador actor o músico de papeles complementarios, que es la mayoría, una verdadera estabilidad en el trabajo, por lo que los comparsas, coros, ballets, coristas, cirqueros y otros otros muchos que se encuentran en la situación anteriormente descrita y a los que en la mayor parte de los casos por la naturaleza del servicio no se les podrá contratar por tiempo fijo y si se hiciera, mientras subsista la materia de trabajo podrán demandar la continuidad en el puesto.

A los trabajadores actores y músicos también les es aplicable, sobre todo cuando sus relaciones de trabajo han sido por tiempo determinado, si han servido satisfactoriamente por mayor tiempo a la empresa: un derecho de preferencia sobre los demás para obtener trabajo, derecho que se consagra en el primer párrafo del artículo 154 de la nueva Ley.

Puede suceder, por otro lado, que habiéndose fijado un término para la relación de trabajo, la actuación artística del trabajador fuera un rotundo fracaso en los primeros días, aquí surgiría una pregunta: ¿se tiene que respetar la duración que se había fijado y llevar la obra y representación al fracaso y al empresario a la ruina? La respuesta evidentemente debe ser en sentido negativo; en esta situación se podría dar por terminada la relación de trabajo, de acuerdo con el artículo 53 de la nueva Ley Federal del Trabajo, en cuya fracción IV, señala como causa de terminación:

"IV.—La incapacidad física o mental o inhabilitación manifiesta del trabajador, que hagan imposible la prestación del trabajo;"

(38) Se ha establecido por la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, en la tesis No. 34 de la Recopilación de 1965 citada, que debe justificarse plenamente la causa motivadora de la limitación en la relación de trabajo temporal, motivo que se evidencia en el trabajo de actores y músicos que constituyen un espectáculo artístico en sí mismos. Dice la citada jurisprudencia: "De conformidad con los artículos 24 fracción III, 39 y 40 de la Ley Federal del Trabajo, la contratación temporal está legalmente permitida; ahora bien, para la licitud y validez de un contrato temporal, debe justificarse su causa motivadora, o sea, que la naturaleza del servicio que se va a prestar así lo amerite, pues el espíritu de la ley estriba en no dejar al arbitrio del patrón el término del contrato, según se corrobora con el artículo 39 del mismo ordenamiento, que consagra el principio de permanencia del contrato, emergiendo de él el derecho de que el trabajador continúe en el servicio, mientras subsistan las causas que dieron origen a la contratación".

Salarios.

De acuerdo con el artículo 181 son aplicables las disposiciones sobre salarios mínimos y de las normas protectoras y privilegios del mismo. El artículo 306, por su parte, dice que se podrá estipular por unidad de tiempo, por una o varias temporadas o para una o varias funciones, representaciones o actuaciones; esto no es sino consagrar las modalidades que se presentan al estipular el tiempo por el que se pagará el salario, así por ejemplo: En los contratos colectivos de la A.N.D.A. con Telesistema Mexicano, S.A. y con Fomento de Televisión Nacional, S.A. de C.V., se establecen "tabuladores mínimos" en los que se señala que las unidades de tiempo son de quince, treinta, sesenta o noventa minutos, estipulando un salario mínimo en atención a ellas, el cual, muy alto por cierto, varía de acuerdo con la actividad y horario en que se realiza el servicio; en los contratos colectivos con la Asociación de Productores de Películas Mexicanas, se establece, además de otros, un salario mínimo por una producción que no podrá exceder en su filmación de un determinado número de semanas. A los músicos, por lo general se les fija por día o por hora.

Es importante destacar que en la mayor parte de los "tabuladores mínimos" de televisión, sobre todo, los salarios son muy elevados debido a que en él están incluidos: el precio de los kinescopios, cintas magnéticas, videotapes o cualquier otro sistema de impresión que en el futuro se utilice para explotar los programas en cualquier estación de televisión ubicada en la República; también comprende salarios correspondientes a ensayos y demás labores preparatorias al programa, la llamada compensación de emergencia al salario insuficiente y la parte proporcional al día de descanso semanal y a los obligatorios. Debe entenderse que esos días de descanso, son precisamente para eso y que en caso de que trabaje, se debe aumentar además con un salario doble por el servicio prestado.

Aquí es oportuno señalar una situación muy especial que se presenta, que es cuando existe entre actor o músico una relación de trabajo con una empresa artística de teatro, cabaret, restaurants, etc. y ésta autoriza que se filme, televise, grave o transmita por cualquier otro medio de difusión por una empresa que se dedica a eso; sobre este particular señalábamos que el Derecho Internacional del Trabajo establece que es necesario el consentimiento del artista para realizar dicha transmisión; debe, además, percibir una remuneración sobre su salario que no podrá ser menor de la que aquellas empresas de televisión, cine, radio, etc. paguen a sus trabajadores por la misma clase de trabajo, ya que en realidad presta su servicio subordinado, en esos casos, a las dos empresas que se benefician con él; dejar que sólo el empresario del teatro, restaurant, cabaret, etc., reciba todo el dinero por permitir cualquier transmisión, sería un enriquecimiento ilegítimo conseguido a costa del trabajo del artista.

Sobre el principio de que para trabajo igual debe corresponder salario igual, se establece en el artículo 307 que no es violatoria de ese principio, la disposición que establezca salarios distintos para trabajos iguales, por razón de la categoría de las funciones, representaciones o actuaciones o de la de los trabajadores actores y músicos; esto no viene a ser una excepción al principio, sino una aclaración de que no constituye trabajo igual las situaciones que se señalan, sobre todo por la variación de la calidad que pueda un artista actor o músicos desarrollar con respecto a otro, aunque se trate de la misma representación, función o espectáculo, y aún en el caso de la misma actuación que realizaría un suplente de emergencia, pues en esta clase de trabajos tiene importancia preponderante la persona que lo realiza.

Esto está de acuerdo con los requisitos que para la nivelación de los salarios señala la jurisprudencia firme de la Corte, tesis 160 del Apéndice del Semanario Judicial de la Federación de 1965, que dice:

"Aún cuando es verdad que el término "trabajo igual" que consagra el artículo 86 de la Ley Federal del Trabajo, se relaciona también, y no en forma exclusiva, con la identidad de categoría, de cargo o de designación, respecto de los trabajos de una empresa, es ilógica la conclusión de que por esa simple identidad, la remuneración que deba pagarse por sus servicios a los trabajadores que tengan la misma categoría, o designación, deba ser necesariamente igual, pretendiendo desconocer que tal remuneración debe corresponder más directamente y sobre todo, a la cantidad de trabajo desempeñado, según se desprende del artículo citado, por lo cual, no debe interpretarse ese precepto tomando únicamente en cuenta la categoría o designación del puesto para el que han sido nombrados los trabajadores, sino también las labores que realmente ejecutan" (39).

Siguiendo esta tónica, también se ha estimado por la jurisprudencia, tesis 106 del mismo Apéndice, que: "Corresponde al trabajador la prueba de que realiza las mismas labores en igualdad de condiciones, de cantidad, calidad, eficiencia y jornada, que aquél de categoría superior, con el que pretende la nivelación". Por lo que, el artículo 307 muy lejos de apartarse de la fracción VII del apartado A del artículo 123 Constitucional y del artículo 86 de la nueva Ley Federal del Trabajo, los aclara y precisa tomando en cuenta la naturaleza especial de la relación de trabajo de actores y músicos.

(39) Vid.: Vol. LIV, pág. 1628, A. D. 3564/37, Francisco Suárez; Vol. LXIII(A. D. 6163/39, Sindicato de Trabajadores Ferrocarrileros de la República Mexicana; Vol. LXXIII, pág. 1506, A. D. 8360/41, Alianza de Obreros y Empleados de la Cía. de Tranvías de México, S. A.; Vol. LXXIII, pág. 3250, A. D. 3610/41, Unión Linotipográfica de la República Mexicana y coag.; Vol. LXXIII, pág. 4958, A. D. 1031/42, Gonzalo Medina y coag.

Días de descanso y vacaciones.

Los trabajadores actores y músicos por cada seis días de trabajo disfrutarán de un día de descanso, por lo menos, con goce de salario íntegro; es aplicable el artículo 72: para el caso en que el trabajador no preste sus servicios durante todos los días de la semana, tendrá derecho a que se le pague la parte proporcional del salario de los días de descanso, calculada sobre el salario de los días en que hubiese trabajado.

En todos los contratos colectivos de trabajo celebrados por la A.N.D.A. (con la Asociación de Productores de Películas Mexicanas, Telesistema Mexicano, Fomento de Televisión Nacional, Teatros, Cabarets, Restaurants, etc.), no sólo se establece el descanso hebdomadario con goce de sueldo, sino también el derecho al llamado "descanso obligatorio" para los días que marque la ley.

Por lo que respecta al S.U.T.M. del D.F. se establece lo mismo, y se señala que en caso de relaciones de trabajo por una actuación, por uno o varios días que no completen la semana, al salario estipulado en las tarifas se le agregará un 16.66%, que es la compensación por concepto de día de descanso o semanal (contrato colectivo con Fomento de Televisión Nacional, S.A.; con centros nocturnos y otros similares).

Ya dijimos con anterioridad que los "tabuladores" de salarios mínimos, sobre todo en televisión, son altos, porque comprenden también días de descanso hebdomadario y obligatorio; por ejemplo, en los salarios mínimos para la producción de películas se establece expresamente que están "incluyendo horas extras y séptimo día".

Ahora bien, en caso de que por la naturaleza del trabajo se tenga que trabajar dichos días, se aplicará el artículo 73, o bien, el 75 de la nueva Ley, esto es, además del salario que corresponda por el descanso semanal o el obligatorio, un salario doble por el servicio prestado.

También son aplicables las disposiciones sobre vacaciones, en el sentido de que no podrán ser inferiores a seis días laborables, y que aumentará en dos días laborables, hasta llegar a doce, por cada año subsecuente de servicio y que después del cuarto se aumentarán dos días por cada uno de servicios; se tendrá derecho al 25% sobre los salarios que les corresponda durante el período de vacaciones. Si termina la relación de trabajo del actor y del músico antes del año, tendrán derecho a una remuneración proporcional al tiempo de servicios prestados; por ejemplo: el S.U.T.M. del D.F. en su contrato colectivo de trabajo con Fomento de Televisión Nacional, S. A., establece que cuando se presten servicios con carácter eventual se aumentará con un 3.34% sobre el salario mínimo del tabulador, por compensación profesional por concepto de vacaciones.

Otras disposiciones especiales.

Se establece en el artículo 308 que en el caso de que los trabajadores actores y músicos deban realizar su trabajo fuera de la República, se observarán además de las generales contenidas en el artículo 28 de la nueva Ley —contrato escrito, gastos de transporte, repatriación a cargo del patrono, prestaciones de seguridad y previsión social, que sea visado el escrito sobre condiciones de trabajo por el Cónsul de la Nación a donde va a prestar sus servicios—; las disposiciones siguientes por la naturaleza del servicio que se presta: un anticipo del salario por el tiempo contratado de un veinticinco por ciento y deberá garantizarse el pasaje de ida y vuelta; esto último en cierta forma es innecesario, ya que el pasaje de ida y vuelta de todas formas lo pagaría el patrono, en virtud del inciso b, de la fracción I del artículo 28, y se garantiza el cumplimiento de esta obligación mediante fianza o depósito ante la Junta de Conciliación y Arbitraje; sin embargo, si se encuentra alguna forma especial para garantizarse dichos pasajes de una manera mejor que la anterior y que beneficie al trabajador, se podrá hacer fundado en el artículo 308 fracción II.

Es importante lo que se establece en el artículo 309 en el sentido de que en casos de prestaciones de servicios en un lugar diverso de la residencia del actor o músico, dentro de la República Mexicana se deberá hacer el anticipo del 25% sobre los salarios por el tiempo fijado, además de garantizarse el pasaje de ida y vuelta, y también se aplicará lo que dispone el artículo 28 fracción I, siempre y cuando puedan ser aplicables lógicamente, como se dispone en el artículo 30 de la nueva ley. Con esto se protegen dos situaciones:

- a) El caso de que la empresa contrate a un trabajador que resida en un lugar distinto dentro de la República Mexicana y que es necesario que preste su actividad en el lugar donde está establecida la empresa; y
- b) Cuando se trate de lo que en el argot artístico se conoce como "trabajo en locación", esto es, toda actividad relacionada con el trabajo estipulado que se realiza en un lugar distinto a aquel en donde se encuentra establecida la empresa, esto es, un trabajo en el exterior. Esta figura de la locación se regula en todos los contratos colectivos de trabajo de la A.N.D.A. con las empresas productoras de películas y televisoras. Por supuesto que los trabajos en locación a que nos referimos deben ser hechos a una distancia considerable del lugar en que se contrataron.

Así tenemos que a estas dos situaciones distintas se les aplica el artículo 309 de la Ley, o mejor, las dos fracciones del artículo 308 y el 28, en lo que le sean aplicables.

Estos artículos no sólo se inspiran en el punto de vista de la doctrina, según la cual se debía constituir una garantía al trabajador, ateniendo a la movilidad inherente al ejercicio de su profesión, sino que es producto de una situación de inequidad que en la realidad se presenta, y lo que se trata es de evitar desamparar al trabajador en un lugar extraño y alejado de su casa y familiares; sobre este aspecto recuérdese a la ley laboral yucateca de 1918 de Carrillo Puerto, que ya vimos.

Intimamente ligado con lo expuesto, está el artículo 28 de la nueva Ley Federal del Trabajo, en el cual se exceptúa de la prohibición de utilización de menores de dieciocho años para la prestación de servicios fuera de la República a los trabajadores actores y músicos, y esto se debió no sólo al carácter especial del trabajo, sino también a que su protección está plenamente garantizada.

El último artículo del capítulo que comentamos impone la obligación a la empresa, cuando la naturaleza del trabajo lo requiera, a proporcionar a los trabajadores actores y músicos: camerinos cómodos, higiénicos y seguros, en el local donde se preste el servicio. Es aplicable, también, la disposición que establece que en toda empresa o establecimiento, el patrono deberá emplear un noventa por ciento de trabajadores mexicanos, según el artículo 7 de la nueva ley. Y en general, son aplicables todas las demás disposiciones de la nueva Ley Federal del Trabajo que no se opongan a las disposiciones del capítulo especial, como se dispone en el artículo 181.

Así es como el Derecho Mexicano del Trabajo ha dado un gran paso al reglamentar en una forma completa y adecuada las relaciones de trabajo en que interviene un actor o un músico, las cuales era necesario precisar y darles una regulación especial.

“Y Tú, alma mía, si quieres celebrar las luchas de la arena, de igual modo como no existe otro astro que disperse por las soledades del cielo más calor y luz que el Sol, no podrás elogiar combates más nobles que los que se celebran en Olimpia”.

Píndaro (Olimpica primera).

VII

LOS DEPORTISTAS PROFESIONALES

1.—Qué es el deporte y el deportista; 2.—La clasificación del deportista profesional y el aficionado, importancia de la distinción; 3.—El deportista profesional; 4.—El deporte forma parte del arte; 5.—Naturaleza jurídica de la relación deportista-empresa, el deportista profesional como trabajador; 6.—Sucinto recorrido por el derecho comparado; 7.—Situación de los deportistas profesionales en México; 8.—Beneficios de la nueva Ley Federal del Trabajo.

Quizás a lo largo de toda la historia universal no encontremos para el deporte mayor esplendor y excelsitud que en la Grecia antigua, en la que se cultivaba como una de las bellas artes y como pilar fundamental de la cultura tanto individual como colectiva, llegando a ser considerado como un acto religioso celebrado en honor de Jano o Agonio. Allí el espíritu deportivo fue creado, Píndaro le dedicó sus mejodas Odas y Homero lo exaltó en el homenaje de Aquiles a la memoria de Patroclo (en varias páginas de su inmortal *Ilfada*). Y fue en la península helénica donde dos de los genios más sobresalientes del pensamiento universal, Platón y Aristóteles, destacaron la importancia del deporte como un complemento necesario para la educación.

Johann Huitzinga, siglos más tarde, nos hablaría del “Homo Ludens”, del hombre que juega y que precede a la cultura, en un intento de elevar el juego como una actividad humana especial. Pues bien, la transformación del homo ludens en homo faber es el objeto de este capítulo.

Y dicha transformación se verificó en el surgimiento de la sociedad

capitalista en que vivimos, en donde al deporte que era un espectáculo gratuito para el pueblo griego, se vino a convertir en un espectáculo oneroso, surgiendo grandes empresas que empezaron a lucrar con dicha actividad; formándose así un gran conjunto de personas que hicieron del deporte su modus vivendi, prestando sus servicios a dichas empresas, pero sin tener protección adecuada, e incluso hablándose de "ventas" de jugadores, en el caso de futbol principalmente, de una empresa a otra, tratándolos como cosas.

1.—La palabra deporte viene del provenzal "deport": recreación, pasatiempo, placer, diversión. Así según la Real Academia es: "recreación, diversión o pasatiempo". Estos conceptos pecan de ser demasiado amplios, pues hay muchos pasatiempos o diversiones que actualmente no se podrían considerar como deportes, pues faltaría en ellos la esencia del deporte que es la actividad física o destreza encaminada a un fin lúdico.

No existe una definición universalmente aceptada sobre lo que se debe entender por deporte, pero es muy conocida la de Arturo Majada, para quien el deporte está formado por "aquellos ejercicios físicos practicados individualmente o por equipos, con ánimo de lucro o sin él, por lo general al aire libre, para lograr un fin de diversión propia o ajena, y al desarrollo corporal armónico, ejercicio sometido a reglas determinadas, y en que la voluntad de los particulares puede dar origen a negocios jurídicos válidos" (1). Sin embargo, siempre ha existido una problemática para definir al deporte, pero, a pesar de esto, generalmente se ha considerado que el deporte es una actividad física, que requiere fuerza y destreza, que se realiza generalmente en condiciones de competencia, ya sea individual o colectiva, y cuya finalidad bien puede ser de recreo, diversión, un mejor y más armónico desarrollo del cuerpo o buscar otras satisfacciones similares, o bien, a cambio de un salario que les permita vivir del deporte.

Los deportes pueden ser practicados en forma individual o colectiva, según pueda ser realizado por una persona o se necesite la cooperación de un conjunto de personas, las cuales se someten a una disciplina que trata de conducirlos a un mismo objetivo, como es la victoria en la competencia deportiva.

2.—Los deportes pueden realizarse en forma profesional o por aficionados, trasladándose el problema de la definición al de la distinción entre deportista profesional y amateur, esto es, hasta qué punto se puede considerar a la persona que se dedica a la práctica, enseñanza, prepara-

(1) *Naturaleza jurídica del contrato deportivo*, Barcelona, 1948, pág. 30.

ción o adiestramiento de un deporte como perteneciendo a una categoría o a otra (2).

Hasta qué punto puede ser válido señalar que si el deportista obtiene o no una retribución por su actuación, o sea, que el estímulo de lucro que interviene en forma directa, sea la característica que nos guíe para hacer la distinción y decir quién es profesional, siendo que hoy en la actualidad, algunos deportistas, aunque se les denomine aficionados reciben no en pocos casos una recompensa económica, o actúan con la finalidad de que el éxito obtenido los coloque en una situación de serles fácil en lo futuro ingresar al profesionalismo, aunque siempre han existido y existirán los que lo practican para obtener un desarrollo muscular o les sirva para contribuir al mantenimiento y perfeccionamiento de un estado físico y del pensar.

Y no se crea que no tiene trascendencia la distinción, pues para el desarrollo de la Olimpiada es muy importante el distinguo, y el Comité Olímpico Internacional lo ha discutido desde sus inicios, además para nosotros es muy importante porque el derecho del trabajo sólo se aplica a los deportistas profesionales.

En la actualidad, se ha empezado a aceptar la clasificación tripartita (3), que nos habla de:

a) Profesionales, los que se ganan abiertamente la vida con el ejercicio, la práctica, la preparación, el adiestramiento o la enseñanza del deporte;

b) Aficionados (amateurs), que practican el deporte en sus momentos de descanso y a sus expensas sin percibir retribución alguna; y

c) Atletas del Estado, que se ostentan como empleados, militares y universitarios, pero no desempeñan las funciones propias de su cargo, sino que se dedican al deporte subvencionado y en consecuencia disfrutan de ventajas sobre los aficionados (amateurs).

3.—Antes de dar una definición que sin que llegue a ser comprensiva de todo lo que se debe entender por deportista profesional, que es el único que nos interesa para nuestro estudio, para tomarla como punto de par-

(2) Una primera distinción es la de Víctor Mozart Russomano que nos dice: "La piedra angular del problema, por lo tanto, lo que distingue al atleta profesional del atleta amateur es la intención con la cual el deporte es practicado: en el primer caso, el deporte es la profesión; en el segundo, como trabajo espontáneo y sin fines lucrativos, el deporte es una diversión, una distracción, una íntima y profunda alegría, en resumen, pasión "pasión pura". En *Aspectos Generales del Trabajo Deportivo*, en Primer Congreso Internacional de Derecho del Deporte, México, 1968, tomo II, pág. 793.

(3) Cit. HORI ROBAINA-DAVALOS OROZCO-ORONA TOBAR: *Amateurismo y profesionalismo*, en Primer Congreso Internacional de Derecho del Deporte, México, 1968, tomo II, pág. 701.

tida, debemos señalar que la aparición en México del profesionalismo en el deporte, es relativamente reciente. Se ha considerado que los primeros profesionales del deporte en nuestro país fueron los jugadores de pelota vasca o jai-alai, que contratados por las empresas propietarias de los frontones comenzaron a aparecer dando exhibiciones y cobrando por ello; así, siguiendo ese camino, se profesionalizó el box y posteriormente el beisbol; y hace algunos años también llegó a convertirse en profesional el deporte más popular en México: el futbol.

En la actualidad, la finalidad del deporte se ha modificado en detrimento del mismo, los deportistas profesionales en lugar de buscar, como en su nacimiento y su razón de ser de esta actividad, el equilibrio entre su cuerpo y su mente, ahora su preocupación es desarrollar parcialmente el cuerpo para rendir más y así ganar mejor, llegando en algunos casos a deformaciones antihumanas, utilizando a su persona como instrumento del negocio deportivo.

Ahora bien, ¿cómo definiremos al deportista profesional? Entre las diversas definiciones, la más completa es la de Miguel Cantón Moller y Adolfo Vázquez Romero, para quienes: el "deportista profesional es aquél que dedica su capacidad física y posibilidades en alguna especialidad deportiva, al logro de compensaciones económicas inmediatas, y que, para subsistir, depende del ejercicio o práctica de tal especialidad" (4). En términos generales esta es la definición que más se acerca a lo que debemos entender por deportista profesional, aunque la podemos criticar porque no cita un elemento fundamental que se da en el deportista profesional, que es: la subordinación.

Y es muy importante señalar esto, porque se ha querido sostener, sobre todo por Mario L. Deveali (5) que la disciplina existente en una relación deportiva profesional, que importa un verdadero "status subjectionis", de carácter eminentemente personal, es idéntica en un equipo profesional a las que rige en cualquier otro equipo deportivo, aunque compuesto únicamente por aficionados no retribuidos, por lo que un profesional se encuentra en la misma situación que los "pibes" de un barrio que compiten con los de otro barrio, en un terreno baldío, en presencia de sus compañeros. En el mismo sentido encontramos a Luis A. Despontin, pues señala que "al prestar el deportista su actividad de acuerdo a indicaciones del director técnico del club aparece nítido el poder de mando y el correlativo deber de obediencia . . . En tal caso existe subordinación jurídica que no quiere decir que ésta sea necesariamente de trabajo (SIC), porque este deber de obediencia lo es tanto para el profesional como para el aficionado" (6).

(4) Derecho del deporte, Editorial Esfinge, México, 1968, pág. 79.

(5) En sus Lineamientos de . . . cit., pág. 452.

(6) *Naturaleza jurídica del contrato del deportista profesional*, en Primer Congreso Internacional de Derecho del Deporte, México, 1968, tomo II, pág. 666.

Parece ser que esta posición anteriormente descrita no puede sostenerse válidamente, ya que confunde, a nuestro modo de ver, dos cosas distintas, una cosa es que existan determinadas pautas a seguir para desarrollar un deporte, que son las llamadas "reglas de juego", en las que se explica la forma en que se debe desarrollar la competencia y el consejo del técnico para tratar de ganar el juego o encuentro y otra cosa totalmente distinta cuando el deportista, en vista de una relación de trabajo, a cambio de una remuneración tiene el deber de obediencia para con la empresa o cualquiera de sus representantes, los cuales tienen derecho de mandarlos; son, por lo tanto, dos relaciones distintas, en una existe una especie de obediencia jurídica, prueba de ello es que el incumplimiento del uno o del otro trae aparejado consecuencias muy diversas.

Como dice Victor Mozart Russomano: "El servicio que el amateur presta al club al que se ha vinculado es voluntario, como no resulta de una obligación jurídica, no se le puede exigir que lo cumpla. En esa relación de trabajo (lato sensu) no existe la bipolaridad obligacional de la relación de empleo" (7).

Por lo anterior, podemos decir que el deportista profesional es aquel que practica ejercicios o actividades de destreza o de habilidad deportiva en forma subordinada a una empresa o club, a cambio de un salario.

4.—Se planteó por la doctrina brasileña un problema muy interesante, que es el de si se debe considerar al deporte como un arte. Su planteamiento más que nada se hizo por circunstancias de orden práctico, ya que en algunos artículos de su Consolidación de Leyes del Trabajo se hablaba de "artistas y congéneres", y siendo, por un lado, necesario considerar a los deportistas como trabajadores, y por el otro lado, aplicarles disposiciones especiales, los asemejaron a los artistas basados en que eran del mismo género, pues ambos están identificados por la condición de la prestación de servicios, que consiste en dar al público una exhibición de sus cualidades, ya que, como se señala en la obra de Nelio Reis: "El atleta profesional vale por el espectáculo que puede proporcionar al público, el cual paga para asistir a las exhibiciones deportivas" (8).

Y en este sentido es uniforme tanto la doctrina como la jurisprudencia brasileña, considerando que todo espectáculo deportivo se asemeja al teatral, por lo que los jugadores deben ser equiparados a los artistas como ejerciendo actividades congéneres (9).

(7) Aspectos generales del trabajo deportivo. . . cit., pág. 794.

(8) Contratos especiales. . . cit., pág. 76 y sig.

(9) Cita Nelio Reis las sentencias mantenidas por el tribunal regional de la primera región, sobre todo la del juez Moacyr Ferreira da Silva, merece especial mención, en la que se consideró que los jugadores de fútbol, únicos profesionales del deporte que en aquella época existían en el Brasil, eran trabajadores artistas. Por lo que respecta

En contra del punto de vista de la doctrina brasileña, encontramos en la Argentina a Mario Levi Deveali (10), quien nos señala que en un partido de fútbol, las masas populares, las "hinchas", que llenan los estadios en ocasión de los partidos de campeonato, no concurren al partido para asistir a una exhibición de un espectáculo artístico deportivo, sino que son arrastrados por una pasión partidaria, esto es, por el deseo de ver triunfar al club de su predilección; y que, incluso, el espíritu agonístico que anima a los equipos es una preocupación por el resultado del match más que por la capacidad demostrada por los componentes del equipo, la cual sólo interesa en cuanto pueda con su intervención facilitar el éxito de aquél.

Por lo anterior no puede considerarse como un espectáculo público de la misma naturaleza que los de un teatro o cualquier arte, ya que quien compite en el campo de juego no son determinados jugadores —nos sigue diciendo Deveali—, no es el equipo compuesto por ellos, sino el mismo club, para el que su posición en la clasificación depende del resultado del encuentro; por lo que los simpatizantes van a ver vencer al club, con sus colores, tradiciones, ambiciones y esperanzas, sin que los propósitos sean los de ver la actuación del jugador o jugadores en particular.

No estamos de acuerdo con la argumentación de Deveali, pues es necesario que jueguen bien para alcanzar el triunfo, y no en pocos casos, encuentran mayor satisfacción los aficionados con una buena actuación de un equipo que cuando gana jugando pésimamente y sólo por azar. Pero debemos destacar si el deporte es un arte o no.

El maestro Antonio Caso (11), después de resaltar la importancia y trascendencia del arte como fuerza ociosa del hombre que crea un objeto que le es propio y que, en cierta forma, lo distingue de los animales, estudia los puntos de contacto y las diferencias entre arte y juego, partiendo de que ambos son resultados de la sobreabundancia de la vida:

"Juego y arte, representarían y éste es el punto verdadero de su positividad íntima — una como finalidad sin fin, que diría Kant; esto es, una acción que no trasciende, sino indirectamente y que llevaría implícita en sí propia, su objeto. El verdadero jugador, jugaría "por" jugar, no "para" ganar; lo que sería admitir una interpretación

a la doctrina, además de la opinión de Arnaldo Sussekind, de Lacerda y de Segada Vianna, nos señala que Cotrin Neto destaca la importancia que tiene considerar a los deportistas profesionales como artistas y no como servidores de comercio, ya que si los consideran artistas no tendrán derecho a la estabilidad en el empleo, pues si la prestación del servicio está íntimamente ligada a la aptitud física que demuestre y ésta llegara a faltar por cualquier circunstancia, no se podría obligar a la empresa a seguir la relación de trabajo. Op. cit., págs. 79 y sig.

(10) Lineamientos de derecho. . . cit., pág. 480 y sig.

(11) Principios de Estética, Edit. Porrúa, México, 1944, pág. 34.

espuria de lo único que guió a quienes a este ejercicio se consagran. El artista verdadero, también ejecutaría una acción, por la fatalidad misma de su naturaleza, no para cumplir otros fines extrínsecos" (12).

Esto es, para considerar como un arte es necesario que el deporte se realice por el deporte mismo y no con otra finalidad principal exterior, sería como diría Goethe: "es el canto que canta la garganta, el pago más gentil para el que canta". El maestro De la Cueva, en este orden de ideas, nos precisa que:

"La acción deportiva, acabamos de expresarlo, es una finalidad en sí misma y no un medio para obtener un fin extraño. Es cierto que en ocasiones aparece un segundo fin: el triunfo en una competencia o un ingreso por el espectáculo, pero es un fin accesorio, mas no el fin primario y fundamental, que es siempre y ante todo la armonía entre el pensar y el actuar. Así se explica que en el instante de la competencia, el deportista se olvida de todo lo que lo rodea, deja a un lado los motivos por los cuales compite, y atiende exclusivamente a la perfección de las acciones" (13).

Así tenemos que cuando se realiza el deporte en forma principal por realizar dicha actividad será un arte, como sostienen los maestros Caso y De la Cueva, situación que se presenta en todos los deportistas amateurs y que llega al clímax con la celebración de la Olimpiada de los tiempos modernos, en que se recuerda el pensamiento helénico de ver en la educación deportiva un complemento indispensable de la cultura, como medio de coordinación perfecta entre el pensar y el actuar. Ahora bien, en el caso de los deportistas profesionales parecería, a primera vista, que realizan la actividad deportiva como un medio para obtener una remuneración y para alcanzar otras finalidades y no practicar el deporte por el deporte mismo. Sin embargo, la mayor parte de ellos realizan el deporte considerándolo como fin y no como un simple medio, cierto, existe la finalidad de vivir de su profesión al obtener una remuneración, pero este fin es accesorio y no el principal, esto es, la satisfacción de las necesidades de la vida material quedan relegadas a un segundo plano, como ocurre con los pintores profesionales, los actores, los músicos y demás artistas. Nos indica Krotoschin que los artistas trabajan, en primer término, para servir a una idea; sin embargo, no puede prescindir, por regla general, del aspecto económico de su trabajo, por lo que: "el motivo del trabajo en el sentido ético no influye sobre el carácter de trabajador

(12) Ibidem.

(13) **El deporte como un derecho y un deber ético de la juventud, como una función social y como un deber jurídico de la Sociedad y del Estado**, en "Primer Congreso Internacional de Derecho del Deporte", México, 1968, tomo I, pág. 235.

cuando éste en su persona cumple, además, todos los requisitos materiales de los que depende aquella clasificación" (14).

5.—Sobre la naturaleza jurídica de la relación que une a un deportista y a una empresa, hemos de señalar que a pesar de que doctrinalmente se discute dicha naturaleza, empieza a preponderar, con justicia, la idea de que es una relación de trabajo. Podemos hablar de cuatro corrientes que contemplando desde diferentes puntos de vista el vínculo jurídico que une a los deportistas profesionales con las empresas, llegan a diferentes conclusiones, las cuales son las siguientes:

- A) Los que ven una relación de derecho común o civil, llamándole contrato innominado;
- B) La teoría de Mario L. Deveali del "mandato deportivo";
- C) El punto de vista iniciado por el español Arturo Majada, que nos habla del "contrato deportivo" como el pilar de un nuevo "Derecho Deportivo" autónomo;
- D) La que ve en el vínculo deportista-empresario una relación laboral, aunque sujeta a un régimen especial.

A) La primera teoría, que es la más antigua, ha sido sostenida principalmente por el argentino Luis A. Despontin (15), quien nos dice que el contrato deportivo es uno de los múltiples contratos innominados que se permiten dentro de la inagotable cantera de pactos sin "designación" especial (16); el surgimiento de estos contratos se debe al crecimiento o desarrollo de las instituciones del derecho que se imponen por exigencias del progreso social o industrial para satisfacer los nuevos intereses surgidos de ese desenvolvimiento.

El contrato deportivo es un contrato innominado que aún no se incorpora al derecho laboral; así puede albergar jurídicamente la actividad del deportista profesional, "eludiendo con lo de innominado la dificultad jurídica momentánea de darle a esta actividad una figura propia que lo contenga" (17).

A pesar de que reconoce la existencia de una subordinación jurídica,

(14) Instituciones de derecho. . . cit., tomo I, pág. 61.

(15) **Naturaleza jurídica del contrato del deportista profesional**, ponencia en "Primer Congreso Internacional de Derecho del Deporte", México, 1968, Tomo II, pág. 663 y sig.

(16) Es falsa esta aseveración del jurista argentino, pues innominado es aquel contrato que teniendo o no una denominación especial, carece de una reglamentación particular y específica; los tratadistas alemanes para evitar confusiones gramaticales, prefieren hablar de atípicos en contraposición a los típicos que son los que sí están reglamentados. Si tomáramos como criterio e idea Despontin dejaría de ser innominado por llamarse "deportivo".

(17) DESPONTIN: **Naturaleza jurídica**. . . cit., pág. 665.

dice que ésta no es laboral, sino agonal, pues el deber de obediencia es tanto para el profesional como para el aficionado; además, nos señala, la actividad del deportista no es de trabajo, desde que no se crean valores o elementos de la producción pues sólo efectúa un espectáculo de destreza y de habilidad. Indica que dentro de esta postura se encontraban en Argentina las Cámaras de Apelación del trabajo de la capital federal, principalmente en el asunto Vachi, Ricardo Ac./Club Atlético River Plate, 31 de octubre de 1962.

En cierta forma, colocarse en esta posición es ignorar muchos aspectos, como: la existencia de subordinación laboral y la de que la empresa se enriquece con la explotación de la actividad "espectáculo de destreza y habilidad del deportista". Y en última instancia se podría concluir con Ernesto Krotoschin en el sentido de que: "se trataría de todos modos de un contrato innominado en que sólo algunos elementos serían extraños a los comunes del contrato de trabajo. (Y) Como los contratos innominados se rigen por las normas que regulan los contratos nominados a los que más se acercan, parece lícito concluir que las normas válidas para el contrato de trabajo son aplicables al "contrato deportivo" (18).

B) En Argentina, Mario Levi Deveali (19), ha sostenido una tesis muy peculiar, ya que para él: el contrato deportivo futbolístico, que es el objeto de su estudio, no se puede considerar como una relación de trabajo desde un punto de vista práctico más que jurídico, pues según Deveali, no se podría aplicar la estabilidad en el empleo; no se podría, con fundamento, negar el derecho de los clubes de retirar un jugador del equipo en ocasión de algún partido, privándole así de la posibilidad de ganar las primas que se abonan en el caso de victoria; piensa Deveali que no se podrían aplicar las disposiciones sobre trabajo dominical y nocturno; la imposibilidad de tomar vacaciones en el período legal, aún cuando durante el mismo deba jugarse algún juego muy importante; sostiene la idea de que es un hecho el de que es substancialmente idéntica la relación que rige a cualquier equipo deportivo, aunque compuesto únicamente por aficionados no retribuidos; considera que las limitaciones en esta relación son tan rígidas, que aceptar la teoría de la relación de trabajo es considerar que por voluntad del trabajador acepta que se constituya un jus in corpore, el cual sería propio del período de esclavitud. Por todo lo anterior, llega a la conclusión de que nos encontramos ante una figura que tiene "naturaleza especialísima" y dado que cualquier equipo representa a un club, en una competición interclubes, sea nacional o internacional, actúa en virtud de una vinculación que está mucho más cerca de la figura del mandato que cualquier otra.

Por todo lo anterior llega a la siguiente conclusión: "... en lugar de

(18) en Tratado práctico de. . . cit., Vol. I, pág. 91.

(19) en Lineamientos de Derecho. . . cit., págs. 480 y slg.

hablarse de "trabajo deportivo", juntando dos términos evidentemente antagónicos (SIC) —basta pensar que el pueblo que más ha practicado y ennoblecido los deportes, es el mismo que más ha despreciado el trabajo— nos parecía más exacto hablar de mandato deportivo . . . Bien sabemos que el mandato tiene por objeto una actividad negocial, lo que no ocurre en el caso en examen, pero el sufijo "deportivo" parece suficiente para aclarar que no se trata de un verdadero "mandato". Este término, en cambio, es el más apropiado para evocar la idea de la representación" (20).

Desde hace muchísimo tiempo, nos indica el maestro De la Cueva (21), se ha descartado al mandato como una figura similar o que se podría confundir con la relación de trabajo, porque aquél solamente existe para la ejecución de actos jurídicos, principio que se consagra en la mayor parte de las legislaciones del mundo; y Argentina no es la excepción, ya que en su código civil vigente desde el 29 de septiembre de 1869, establece en su artículo 1869:

"El mandato, como contrato, tiene lugar cuando una parte da a otra el poder, que ésta acepta, para representarla, al efecto de ejecutar en su nombre y de su cuenta un acto jurídico, o una serie de actos de esa naturaleza".

Además, este autor olvida, por otro lado, que un mandatario puede actuar sin representación, o sea, a nombre propio, lo cual, como él sostiene, no se podría dar en el deportista profesional; así se establece en el código civil argentino, primera parte del artículo 1929, que dice: "El mandatario puede, en el ejercicio de su cargo, contratar en su propio nombre o en el del mandante . . . Si contrata en su propio nombre, no obliga al mandante respecto a terceros". Por lo que la figura del mandato es demasiado amplia para denotar que el deportista representa a los colores del club o empresa, esto es, no justifica su utilización por Deveali para tratar de precisar la idea que quiere presentarnos acerca de la representación.

Esto ocurre cuando se quiere contemplar a una relación jurídica nueva desde los estrechos moldes del campo civilista, y no se dan cuenta que el derecho del trabajo es una disciplina tuitiva y autónoma, y que en el aspecto individual se finca en la teoría moderna de la relación de trabajo.

C) Tomando como bandera la idea de Arturo Majada, iniciador de esta corriente, se ha sostenido que no se debe encajar al contrato deportivo a martillazos en la estrecha figura de la relación de trabajo (22).

(20) Ibidem, pág. 485.

(21) Derecho mexicano del. . . cit., tomo I, pág. 452.

(22) Op. cit., pág. 58.

Este autor define al contrato de trabajo como un "contrato principal, bilateral o plurilateral, conmutativo o aleatorio, generalmente de adhesión y de ejecución sucesiva, en su caso, por el cual las partes regulan una determinada actividad deportiva" (23); estamos —nos dice— frente a una rama jurídica de novísima creación, de carácter autónomo, que está constituida por el conjunto de normas escritas o consuetudinarias que regulan la organización y práctica de los deportes y en general cuantas cuestiones jurídicas plantea la existencia del deporte como fenómeno de la vida social (24).

En este orden de ideas tenemos en Argentina, a Agricol de Bianchetti (25) quien concluye que cuando se considera al contrato deportivo como poseyendo una significación laboral, se está situado fuera de la esfera de su aplicación, "pues esta figura jurídica consagra la sujeción del deportista a la asociación que posee la prerrogativa de reglar el ejercicio de la actividad deportiva" (26); aunque no da los argumentos consistentes para señalar la diferencia, implícitamente reconoce que es una relación individual de trabajo, al decirnos: "En la relación que tratamos, la situación del deportista sugiere la idea de un cierto sometimiento a las directivas de la asociación con quien contrata, aspecto que debe ser apreciado como una consecuencia del fundamento agonal del acto deportivo . . . la disponibilidad consiste en la facultad que tiene la asociación de determinar "in limine" las condiciones de tiempo, lugar y modo en que podrá actuar el deportista (partidos o combates en que intervendrá, el puesto o lugar que ocupará y su participación en las confrontaciones internacionales cualquiera que sea el lugar en que éstas se realicen)" (27). Y esto no es otra cosa que subordinación, o sea, una prestación de servicios subordinados, por lo que deben aplicarse las normas del derecho del trabajo.

Lo que llevó a Majada a imaginar un derecho deportivo "nuevo" y "autónomo", nos señala Máximo Daniel Monzón (28), es un "tren de extremar lo novedoso en desmedro de lo sustancioso", sin que dé un fundamento válido que permita establecer que deben quedar fuera de la legislación laboral; además, se comprenderían situaciones completamente distintas como es la del profesional con respecto al amateur, que a pesar de que los dos practican un deporte, son situaciones muy heterogéneas.

(23) *Ibidem*, pág. 72.

(24) *Ibidem*, pág. 38-39.

(25) **El contrato deportivo**, en Revista "La Ley", tomo 100, Octubre-diciembre, 1960. (Martes 15 de Noviembre de 1960). Replió los mismos argumentos en: **El contrato deportivo**, en el Primer Congreso Internacional de . . . cit., Tomo II, págs. 635 y sig.

(26) *Ibidem*, pág. 4.

(27) *Ibidem*, tomo II, pág. 641.

(28) **Los futbolistas profesionales y el Derecho del Trabajo**, en Revista de "Derecho del Trabajo", Buenos Aires, 1949, pág. 532.

D) Planteadas así las cuestiones, hoy en día ya no existe discusión sobre la naturaleza jurídica, ya que empieza a preponderar la idea de que es una relación de trabajo.

La paradoja del deporte-trabajo es más aparente que real, pues la utilización del deporte como entretenimiento o diversión puede transformarse ipso facto, en un trabajo para quien practica en forma sistemática una actividad y se somete a una serie de condiciones con el fin de obtener salario, y en esta situación se le aplicarán las disposiciones del derecho de trabajo.

El jurista uruguayo Francisco De Ferrari (29) señala que puede tenerse la existencia de una relación de trabajo porque:

a) El jugador, que empieza su carrera con fines puramente deportivos y desarrolla inicialmente una actividad recreativa y libre, al incorporarse al profesionalismo, convierte sus aptitudes para la práctica de un deporte en una actividad económica de la que muchas veces depende desde el punto de vista material;

b) Respecto al fútbol, si bien es cierto que ganar un campeonato es un resultado, éste debe considerarse un resultado perseguido por la empresa, la cual, por otra parte, no puede obligar al jugador, ya que el triunfo no depende exclusivamente de él ni existe entre él y sus compañeros un concierto para alcanzarlo;

c) La actividad deportiva, como la científica o la artística, puede tener un sentido comercial y dar lugar a un contrato de trabajo si, por una suma de dinero, se permite que otra persona dirija esa actividad y la utilice en su provecho.

El deportista profesional es un trabajador subordinado a la entidad que ocupa sus servicios, ya que ésta tiene la facultad de dictar instrucciones precisas y estrictas sobre la preparación, sobre la actividad y manera de comportarse, la forma en que debe condicionar su acción a las necesidades y modalidades de su equipo, en caso de que forme parte integrante de él; además, se establecen sanciones en caso de indisciplina o desobediencia, recibiendo una remuneración por la prestación del servicio. Así, los elementos de la relación de trabajo aparecen con caracteres indudables aunque especiales, producto mismo de la naturaleza y particularidades de la labor.

A igual conclusión se llegó en el Primer Congreso Internacional de Deporte, celebrado en la ciudad de México, del 26 al 30 de mayo de 1968, el cual tuvo mucha influencia en la decisión de incorporar en nuestra legislación laboral el capítulo objeto de nuestro estudio. En esta reunión, después de varias brillantes ponencias sobre el tema, se

) Lecciones de . . . clt., Vol. I, pág. 377 y sig.

decidió señalar la presencia de una relación de trabajo en la prestación del servicio de los deportistas profesionales, por lo que se sugirió:

"... que la Organización Internacional del Trabajo, encare el examen y el estudio preliminar del problema que plantea la actividad laboral del deportista profesional teniendo en vista la posibilidad de adoptar una convención internacional que tenga por finalidad garantizar en su proyección multinacional los derechos fundamentales que lo amparen como persona humana y como trabajador, tanto en el ámbito del derecho del trabajo como de la seguridad social" (30).

6.—A pesar de que empieza a preponderar la doctrina sobre el deportista profesional como un trabajador y sujeto, por lo tanto, a la protección del derecho del trabajo, la preocupación de los legisladores sobre los deportistas profesionales ha sido muy escasa aún para señalar que son trabajadores. Hemos tenido noticias de reglamentos y proyectos y una que otra disposición sobre el particular, pero una reglamentación y una consagración en una legislación laboral como la que se establece en México en su nueva Ley Federal del Trabajo, no la hemos encontrado en el derecho comparado.

Así tenemos que en España, en el Reglamento de Jugadores del 14 de junio de 1965, después de señalar en su artículo quinto que será calificado como profesional todo jugador que acepte de su club compensación pecuniaria de cualquier clase o reciba dinero que exceda del justo pago de los gastos hechos por él en viajes y hotel o cualquier otro de los autorizados a los aficionados, también considerando profesional a aquel que haya solicitado su inscripción como profesional en la Real Federación Española de Fútbol, se establece en el artículo 66, que en relación con la Ley sobre Educación Física de 23 de diciembre de 1961, todo jugador de fútbol, al inscribirse por un club, queda automáticamente sujeto a la disciplina de la Real Federación Española de Fútbol y sometido a la jurisdicción deportiva; y en los siguientes párrafos del citado artículo se dice que la práctica del juego de fútbol, no puede considerarse como actividad **laboral** ni habitual o permanente, no priva a los jugadores de cursar sus estudios, y que, ni aún aquellos que tengan mayor dedicación a la práctica del fútbol, que vivan primordialmente de las compensaciones económicas serán considerados como trabajadores y sin que dichas compensaciones por muy superiores que sean: "puedan tener la consideración de salario o base de su medio de vida".

Ahora bien, si no es trabajador según este ordenamiento jurídico, ¿cuál es la naturaleza del vínculo que une al empresario con el deportista profesional?, la respuesta nos la da el artículo 21 del citado reglamento, en el que al hablar del trámite de las inscripciones, para la presentación

(30) Op. cit., Tomo II, pág. 857.

de las demandas o solicitudes para hallarse inscritos a favor del club que los álinee, se establece que:

"1.—Los jugadores serán filiados de los clubs a cuyo favor se extiende la demanda, y esta calidad de socio-jugador se acreditará mediante la propia solicitud de inscripción formada por el interesado".

Tal es la conclusión de dicho reglamento español. Darío Hernández Martín (31) ha criticado esta postura, por desvirtuar una realidad innegable, que es la de no ver una relación de trabajo en la prestación subordinada del deportista profesional y más aún, negar que no sea un salario la retribución que el jugador recibe a cambio de la prestación de sus servicios subordinados.

Sin embargo, es de señalarse que la corriente iniciada en España, en cierta forma, por la tesis doctoral de José Cabrera Bazán (32), en el sentido de considerar al deportista profesional como trabajador, ha empezado a preponderar y no dudamos que dentro de poco se modifique el reglamento comentado.

Otro país que ha puesto especial atención en su condición jurídica es Brasil, en donde debido a que existe una regulación especial en la Consolidación de Leyes de Trabajo sobre "artistas y congéneres", se les quiso aplicar dichas disposiciones legislativas, como anteriormente dijimos; así es como se les regula con los mismos artículos, al decir que es un espectáculo similar. Así, por ejemplo, no tienen estabilidad en el empleo, por idénticas razones que los artistas; en caso de terminar la relación de trabajo sin justa causa, el empleado tiene la prohibición de trabajar en un período de un año, salvo cuando se le dé un certificado por la empresa que los libere, y demás disposiciones que se les aplican por vía de analogía (33).

Un intento de una verdadera reglamentación especial de estos traba-

(31) **Contrato de trabajo de los futbolistas**, en "Catorce lecciones sobre contrato especiales de trabajo" op. cit., págs. 165-166.

(32) Fue precisamente con la estructuración de su obra como probó que el deportista es un "típico trabajador por cuenta ajena". Nos dice: "el objeto por el cual se constituye esencialmente la relación de trabajo que liga a las partes y a la que configura con el carácter laboral, consiste en la prestación de servicios a que el jugador se obliga —típica obligación de hacer— en virtud de un pacto expreso y a cambio de una remuneración en que consiste la obligación onerosa del club —típica obligación de dar—. No puede caber duda alguna de que esta prestación de servicios tiene la consideración jurídica de trabajo, tanto más cuando que, en el caso del futbolista profesional, quien la lleva a cabo hace de esa actividad su profesión habitual y su único o normal medio de vida". En: **El contrato de trabajo deportivo**, Estudios de trabajo y previsión del Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961, págs. 112-113. En el sentido de que son trabajadores los futbolistas: Vid. ALONSO GARCIA, Manuel. Curso de derecho. . . cit., págs. 299-300.

(33) Vid. REIS Nello: Contratos especiales. . . cit., págs. 76 y sig.

adores fue el "Anteproyecto de código del trabajo" para el Brasil, del año de 1963, cuyo autor fue Evaristo de Moraes Filho (34). En dicha regulación le dedicaron un capítulo especial a los "atletas profesionales", el que por su contenido merece comentarios. Después de establecer que se considera trabajador a quien practica el fútbol bajo la subordinación de una persona jurídica a cambio de una remuneración (artículo 528), encontramos las siguientes disposiciones sobre condiciones de trabajo: la duración de la relación de trabajo no podrá exceder de dos años (artículo 529, b); prohibición estricta para que no trabajen como deportistas los menores de dieciséis años (artículo 530); sobre la jornada de trabajo, el artículo 532 dispone:

"El horario de trabajo será organizado en forma tal que sirva para el adiestramiento y exhibición del atleta, no excediendo, no obstante, de 8 (ocho) horas diarias, o 48 (cuarenta y ocho) horas semanales, el patrono puede exigir que se coloque al empleado a su disposición, hecha reserva de la hipótesis del artículo siguiente".

Se prohibían en dicho anteproyecto las multas o penalidades de carácter pecuniario (artículo 541); las concentraciones anteriores a un juego no podían ser superiores a tres días por semana, pudiéndose exceptuar de la citada concentración a los deportistas casados, con vida regular de familia (artículo 533); dicha concentración podía ser ampliada, excepcionalmente, hasta un límite máximo de 60 días (artículo 534); el atleta profesional que tenga más de diez años de servicio, tenía derecho a todas las ventajas que el código de trabajo garantiza al trabajador estable, exceptuando la reinstalación (artículo 536); sólo para el pago de impuestos y/o deudas con la Confederación Brasileña de Deportes, se podía descontar el salario del trabajador (artículo 540); lo que se conoce como "transferencia" de jugadores, se deja su reglamentación a las leyes deportivas (SIC), estableciéndose que dicha transferencia debe hacerse respetando la Constitución (artículo 539); después de un partido oficial o amistoso, no se podía obligar a realizar otro, sino hasta después de transcurridas 72 horas, salvo juegos de tiempos extras o de desempate de torneos o campeonatos (artículo 550) y al final del capítulo se establece que con autorización expresa del Consejo Nacional de los Deportes, decisión tomada por mayoría absoluta y sólo por excepción, sería permitida la competencia futbolística fuera de las exigencias del articulado especial (artículo 553) (35).

En Italia, la jurisprudencia se ha decidido por considerar a los jugadores futbolistas profesionales como trabajadores, así se ha sostenido por la Corte de Casación Italiana, primero en la sentencia del 4 de julio de

(34) Vid. su Anteprojeto de código do trabalho, presentado el 31 de marzo de 1963 ante el Ministro del Trabajo Joao Mangabeira, Río de Janeiro, 1963.

(35) Ibidem.

1953, No. 2085, y después en la de 21 de octubre de 1961, No. 2324, en los casos de los clubes Torino y Milán, respectivamente (36).

En Venezuela, nos dice Caldera (37), desde hace varios años se ha considerado a los deportistas como trabajadores por la jurisprudencia de su más alto tribunal.

En la República Argentina, se dieron varias sentencias contradictorias sobre la naturaleza jurídica de los futbolistas, hubo unas sentencias en el sentido de que eran trabajadores y otras en que se declararon incompetentes los tribunales de trabajo por considerar que la relación era de carácter civil y no laboral; ante esta situación en un fallo plenario, el 15 de octubre de 1969 se solucionó definitivamente el problema, en el caso Ruiz Silvio R.c. Club Atlético Platense; en dicha resolución se dijo que: "El jugador profesional de fútbol y la entidad que utiliza sus servicios se encuentra vinculado por un contrato de trabajo" (38); sólo hay que hacer notar que esta resolución se aprobó por mayoría de votos, o sea, no hubo unanimidad, pues hubo algunos juristas que sostuvieron que era un contrato civil y no laboral, citándose mucho la opinión de Despontín y de Deveali, que ya analizamos. Esta resolución plenaria fue dictada un año después de que se había publicado en México un proyecto de nueva Ley Federal del Trabajo, en el que se consideraba que todo deportista profesional es trabajador; por otra parte, en dicha resolución plenaria no se tomaron en cuenta las conclusiones a que se llegó en el Primer Congreso Internacional de Derecho del Deporte, al que asistieron varios de los principales juristas argentinos, y en el que se llegó a la conclusión de que son trabajadores.

De ahora en adelante todo jugador de fútbol es un trabajador y el club al que presta sus servicios en forma subordinada es su patrono o empresario. La idea en Argentina no es completamente nueva, pues a pesar de que no se les haba reconocido jurídicamente, mejor dicho, a pesar de la vacilación de la doctrina y de la jurisprudencia argentina para considerarlos como trabajadores, nos dice Cabanellas (39), que todos ellos te-

-
- (36) Vid. DEL GIUDICE Riccardo: *Natura ed obblighi previdenziali del contrato di attivita sportiva*, en "Rivista de Diritto del Lavoro", Dott. a. Giuffrè Edit. Milán, Enero-junio, 1966, pág. 3 y sig. En este estudio se destaca la importancia del cambio de la palabra ludes ha tenido, ya que de un ejercicio atlético destinado al mejoramiento físico como ocupación de división, de fin o pasatiempo, pasó a significar juego organizado para divertir o ser un pasatiempo para otras personas. Basta pensar en el ludí circenses respecto a aquel campestre o militar.
- (37) En la sentencia del tribunal de 1.ª instancia, del 29 de Octubre de 1954, cit. en Decho del. . . op. cit., pág. 220. Vid. también ALVAREZ Víctor M.: El contrato de trabajo y. . . cit., págs. 122 y sigs. en el cual se citan varios fallos judiciales en idéntico sentido.
- (38) Vid. La resolución íntegra en "La Ley", Año XXXIII, Buenos Aires, Argentina, 11 de noviembre de 1969.
- (39) Compendio de. . . cit., tomo I, págs. 917-918.

nían la conciencia de que eran trabajadores y que se empezaron a unir para presionar a fin de que se les reconociera dicho carácter, así fue como se formó desde hace varios años un verdadero sindicato de estos deportistas, que se llamó "futbolistas agremiados".

Esta actitud, nos sigue diciendo Cabanellas (40), se ha llevado a un nivel internacional; así, el 20 de mayo de 1964, en Utrecht, quedó constituida la Federación Internacional de Futbolistas Profesionales, integrada por representantes de los sindicatos de los futbolistas profesionales de los principales países europeos, entre los cuales se encuentra Alemania, Bélgica, Francia, Holanda, Italia y parte de la Gran Bretaña (Escocia e Inglaterra).

7.—En México, antes de la nueva Ley Federal del Trabajo, el deporte profesional era una de las "zonas grises" que suscitaba discusión acerca de su naturaleza jurídica; nuestra Suprema Corte de Justicia no pudo conocer de ningún asunto relacionado con la naturaleza jurídica de los deportistas y principalmente sobre sus condiciones de trabajo.

Esto era muy notorio sobre todo en el fútbol, y se debió a que en los contratos individuales tipo que celebraban los jugadores de fútbol, se establecía la siguiente cláusula:

"1.—El jugador y el club se obligan a acatar las decisiones de la Federación Mexicana de Fútbol Asociación con arreglo a los estatutos y reglamentos de dicha institución, que ambas partes aceptan como ley reguladora de sus relaciones contractuales y deportivas, **renunciando a impugnarlas ante tribunales o autoridades ajenas a la Organización.** El jugador que para dirimir sus diferencias acudiere a organizaciones ajenas tales como tribunales o autoridades, será descalificado a perpetuidad de la Federación Mexicana de Fútbol Asociación".

Y no se crea que solamente en México se da esta situación, sino que también se da en ordenamientos deportivos de otros países (41).

Ahora bien, ¿cuál es el alcance jurídico de la citada cláusula?

Nosotros pensamos que ninguno, ni en el derecho privado ni muchísimo menos en la nueva Ley Federal del Trabajo. Y decimos que ni en el derecho privado con su principio de la autonomía de la voluntad, pues desde el siglo pasado, en 1868, con Oscar Von Bülow se expone la teoría del proceso como relación pública entre el juez y las partes y un poco

(40) Ibidem.

(41) Así por ejemplo, en España, en los contratos tipo se dice: ". . . con renuncia expresa a la jurisdicción de toda otra autoridad o tribunal y a cualquier otro derecho o procedimiento que no sean establecidos en los Reglamentos de la Real Federación Española de Fútbol"; en este mismo sentido tenemos el artículo 46 de los Estatutos de la Federación española. Cit. en BAZAN CABRERA J.: El contrato de trabajo. . . cit., págs. 239 y sig.

antes, entre 1856-1857, con la célebre polémica entre Windscheid y Muther en que contempla a la acción como un derecho frente al Estado (Klagerecht), para que éste preste la tutela jurídica, esto es, aparece como un derecho subjetivo público del ciudadano, que es diferente o autónomo del derecho material que se hace valer; son estas dos posiciones las que iniciaron una nueva corriente que vio en las instituciones de Derecho Procesal no sólo la autonomía con respecto a otras ramas del derecho, sino, también, su carácter de derecho público. Como nos dice el maestro Fix Zamudio:

“Esta publicidad de la relación procesal se explica porque el Estado es el único destinatario de la acción en todos los órdenes del enjuiciamiento, y porque habiendo prohibido el propio Estado la autodefensa y adquirido el monopolio jurisdiccional, tiene la obligación de proveer a todas las reclamaciones” (42).

Y precisamente debido a su carácter público y a su autonomía respecto del derecho material, es por lo que el derecho a la jurisdicción es irrenunciable, no importando que la controversia sea entre particulares, o comprenda relaciones de derecho privado, pues aquel derecho es de carácter público, entendido en el sentido de Chiovenda, como aquel que: “quíeralo o no contrae el ciudadano con el Estado en concepto de tal, esto es, la relación que no podría contraer con otros ciudadanos” (43).

Ni aún es válida dicha cláusula desde el punto de vista del derecho privado, pues nos dice el artículo 2209 del código civil vigente que:

“Cualquiera puede renunciar su derecho y remitir, en todo o en parte, las prestaciones que le son debidas, excepto en aquellos casos en que la ley lo prohíbe”.

De la redacción de este precepto se desprende que la renuncia es un acto unilateral voluntario y que sólo son renunciables los derechos hecha excepción de los que la ley prohíbe expresamente. Pues bien, no es un acto unilateral voluntario la renuncia del deportista, ya que su conducta está viciada, pues se le impone en un contrato por disposición de la Federación Mexicana de Fútbol, institución que es ajena a las mutuas prestaciones prometidas, aunque interesada en el mantenimiento de una disciplina, de la que es suprema autoridad, y no sólo no es renuncia por no ser un acto unilateral voluntario, sino que tampoco sería una transacción, pues ésta es un convenio por el cual las partes haciéndose recíprocas concesiones, terminan o previenen una controversia, y en el caso del deportista hay imposición y no convenio y además no existen recíprocas concesiones; y prueba de que carece de espontaneidad la “pseudo” renuncia,

(42) El juicio de amparo. . . cit. Pág. 18. Vid. el primer capítulo de este trabajo en que se expone su teoría del “derecho procesal social”.

(43) Cit. por Fix Zamudio, *Ibidem*.

es que si no se firma un contrato con dicha cláusula no se podría trabajar como futbolista en ninguna otra parte por el monopolio que posee la Federación citada, por lo que la conducta del deportista está viciada y por último, el derecho a la jurisdicción no es susceptible de renuncia porque no es de interés particular sino de interés público, y expresamente se establece en el artículo 60. del código civil que: “. . . Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente el interés público, cuando la renuncia no perjudique derecho de tercero”; en primer lugar no es derecho privado y en segundo lugar no es interés privado sino público porque la acción nace históricamente como una supresión de la violencia privada, substituida por la obra de la colectividad organizada de la que se espera una justa reacción en un acto racional y reflexivo de los órganos de la colectividad jurídicamente ordenados.

Y si desde el punto de vista iusprivatista no tiene validez una cláusula en que se renuncia al derecho de ir a la jurisdicción, podemos considerar que en el derecho del trabajo es inexistente para obstaculizar su acción; con la nueva Ley Federal del Trabajo estarán abiertas las puertas de las Juntas de Conciliación y Arbitraje para solucionar cualquier conflicto sobre relaciones de trabajo de los deportistas, y esto es, porque pensamos con el ilustre procesalista Piero Calamandrei que:

“Esta ulterior actividad del Estado, dirigida a poner en práctica la coacción amenazada y a hacer efectiva la asistencia prometida por las leyes, es la jurisdicción. En la vida del Estado, el momento legislativo o normativo no puede entenderse con separación del momento jurisdiccional: legislación y jurisdicción constituyen dos aspectos de una misma actividad de carácter continuo, que puede denominarse, en sentido lato, actividad jurídica: primero dictar el derecho y después hacerlo observar; primero el establecimiento y después el cumplimiento del derecho. La jurisdicción aparece, pues, como la necesaria prosecución de la legislación, como el indispensable complemento práctico del sistema de la legalidad” (44).

La cláusula que restringiera y no se diga la que suprime el derecho de ir a los órganos estatales competentes para solucionar los conflictos sobre relaciones individuales o colectivas de trabajo, sería violatoria del artículo 123 constitucional, apartado A, fracción XX, que dispone que: “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 lo anterior debemos concluir que cuando encontremos una cláusula en la que se establezca la renuncia a ir a la jurisdicción de los órga-

(44) en *Instituciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo código*, trad. Santiago Sentis Melendo, Editorial De Palma, Buenos Aires, 1943, pág. 48.

nos estatales competentes, se tendrá por no puesta, y el trabajador podrá concurrir a aquéllos, siguiendo el procedimiento que señala la nueva Ley Federal del Trabajo, aún sin necesidad de ir previamente a los órganos de la Federación de los clubes a que pertenezcan los deportistas.

El futbolista indudablemente es un trabajador en México y por lo tanto, está sujeto a las disposiciones del Derecho Mexicano del Trabajo, el vínculo que lo une a la empresa es una relación de trabajo, esto lo podemos desprender visiblemente de las cláusulas de los contratos tipo (45), en donde claramente se señala que es una actividad subordinada a las instrucciones del entrenador o cualquier representante del club, a cambio de un salario. Lo mismo podemos decir de los jugadores profesionales de beisbol.

Dentro del juego de frontón, vemos que los "pelotaris" son trabajadores al servicio de la empresa de espectáculos, esto se deduce del "Reglamento de Juego de Pelota (Frontón) sin apuestas" (46), en el cual se dice: "Artículo 13.—El pelotari, a fin de que se encuentre en perfecto estado físico para cumplir con sus servicios, se sujetará a los entrenamientos y reglamentos deportivos que señale el inspector técnico de la empresa"; y en el artículo 14, se establece que: "El pelotari que tomare parte en un partido que no llegue a concluirse por motivos de suspensión, tendrá derecho a percibir íntegro el sueldo convenido; sin que tenga derecho a dicho sueldo si por cualquier circunstancia anunciada el partido no llegase éste a jugarse...". Esto es, por un lado vemos que existe la actividad prestada en forma subordinada y por otro lado, que se protege su sueldo.

En el boxeo profesional, también encontramos relaciones de trabajo, a pesar de que en los contratos individuales tipo, las empresas alejaron a dichos deportistas de la protección del derecho laboral, insertando la siguiente cláusula:

"El señor . . . declara: Que es boxeador profesional y conoce perfectamente el Reglamento que rige esas actividades; que a su profesión únicamente le consagra el tiempo necesario para entrenarse debidamente y el tiempo que dura el encuentro en que interviene, después del cual se dedica a actividades de muy diversa índole; que dentro

(45) Así, por ejemplo, se establece que: "El jugador debe considerar la práctica del juego de futbol, como ocupación habitual y su remuneración como único medio de vida"; como obligaciones del jugador encontramos: "Concurrir a donde el Club le indicare a expensas del Club en el caso de ser fuera de la Ciudad de México o del lugar de residencia si fuere en los Estados, ya sea al campo del Club o a cualquier otro, para partidos o entrenamientos obedeciendo las instrucciones de sus directivos, entrenador o persona autorizada por el Club".

(46) Publicado en la "Gaceta Oficial" del Departamento del Distrito Federal, el 20 de Enero de 1945.

del ejercicio de su profesión, o sea en los encuentros, procede con absoluta libertad, no escuchando ni permitiendo siquiera sugerencias de ningún género por parte del Promotor; declara por último que este encuentro no es consecuencia de ninguna obligación anterior, de tal manera que no depende, ni ha dependido nunca económicamente del señor... ni ha estado ni está subordinado a dicho señor técnicamente. Expresamente reconoce que la remuneración que por virtud del encuentro que contrata ha de recibir, llegado el caso, sólo supondrá el precio alzado a una actuación artística y deportiva, pero nunca un salario continuo con las características que cataloga el Derecho Industrial. Atentas las declaraciones anteriores, los contratantes pactan: ...".

Aunque con la nueva Ley el problema de su naturaleza jurídica ya está resuelto, aún si no se dijera nada, dicha cláusula no podría ser un obstáculo para ocultar la prestación de servicios en forma subordinada, sólo es una muestra de los subterfugios de que se valían las empresas para impedir que se aplicara el derecho del trabajo. Los criterios en que se funda la citada cláusula son muy débiles, ya que se basa en la dirección técnica y la dependencia económica y hemos dicho con anterioridad, que la subordinación es de naturaleza jurídica, esto es, con la facultad de mandar por parte del patrono y el deber de obedecer por parte del trabajador, pues bien, esta situación se da en el boxeo profesional, en el cual el boxeador está a disposición de la empresa durante el encuentro, situación que se puede apreciar sobre todo en lo que se pacta en los contratos individuales tipo, puesto que el boxeador se obliga a pelear con uno previamente determinado o con otro boxeador que fija libremente el promotor, siempre y cuando sea de su peso y categoría; en caso de que por fuerza mayor se suspenda el encuentro, el promotor libremente decidirá para cuando se celebrará la pelea, y no sólo eso, sino que también se establece que: "Queda entendido y aceptado que este encuentro se llevará a cabo en el local que designe el promotor".

La subordinación todavía es más clara en los llamados boxeadores "emergentes", los cuales deben estar a disposición de la empresa durante toda la función de box, y que la empresa está obligada, si no fue necesario que pelearan, a utilizarlos en la función inmediata posterior (47).

Hemos dicho que la característica del trabajo en el mundo capitalista consiste en que el factor trabajo se ve obligado a subordinarse al empresario y, por tanto, a incorporar su energía de trabajo al capital extraño y esta situación se da en la relación que estamos estudiando. Es cierto, por otro lado, que el promotor no interviene directamente dirigiendo el encuentro, pero esto no quiere decir que el boxeador pueda realizar la acti-

(47) Vid. los artículos 29 y 34 del Reglamento de los espectáculos de boxeo profesional en el Distrito Federal, publicado en el "Diario Oficial" de 5 de diciembre de 1946.

vidad libremente, sino que existen reglas e instrucciones que debe cumplir para realizar el trabajo prometido y para que pueda exigir su pago, aquí es donde interviene un tercero: la autoridad, la que por todos los medios a su alcance vigila que las empresas, boxeadores, representantes o auxiliares no defrauden o traten de defraudar los intereses del público en cualquier forma, y que en el Distrito Federal, dicha función corresponde a la Comisión de Box. Y es precisamente por esta situación especial, por lo que la relación de trabajo es sui géneris, toda vez que las funciones que debían corresponder al patrono o sus representantes, por el interés público del espectáculo, las realizan "oficiales" que nombra la Comisión de Box y cuyos sueldos son pagados por la empresa, destacándose entre dichos oficiales: los árbitros o "referees", los directores de encuentros y los tomadores de tiempo; es muy importante la labor del primero, pues es el que aprecia, vigila y dirige la contienda, cuidando de que los boxeadores no se aparten de los Reglamentos, para que realicen el trabajo debido.

Por lo que respecta a la remuneración que recibe el boxeador, es claramente un salario por la prestación de su servicio en forma subordinada a la empresa y no un "precio alzado" por su actuación artística o deportiva, pues no existe un contrato de obra a precio alzado, porque la prestación de servicios no tiene por objeto la entrega de una obra, cuya ejecución quede en forma absoluta y sin restricción jurídica alguna, a la dirección del operario.

El mánager es el representante del boxeador profesional, y le presta una serie de servicios como son: dar o proporcionar la enseñanza en el deporte del boxeo, por medio de entrenamientos adecuados; dirigir al boxeador, durante el desarrollo de las peleas que sostenga; así como de buscarle el mayor número de peleas o exhibiciones pugilísticas. La remuneración que recibe el manager por la prestación de servicios consiste en un tanto por ciento de la "bolsa" que se pague por la pelea. En el medio boxístico sólo se pueden acordar peleas por medio del manager o representante, por lo que para tener la exclusiva de un boxeador, en los contratos tipo que celebra con ellos, se compromete a garantizarle al peleador una ganancia mínima anual libre de todo gravamen. Desde el primero de mayo de 1970, dicha ganancia mínima no podrá ser menor del salario mínimo general que deba percibir un trabajador en un año.

Los luchadores y en general todo deportista profesional, presenta los elementos de la relación de trabajo, pero antes de la nueva Ley no se le aplicaba el derecho laboral, dándose situaciones en que se traslucía un verdadero "ius in corpore", en el que se negociaba al jugador como una cosa, pues su voluntad no era tomada en cuenta, tales eran las situaciones de "traspasos" de jugadores en sus diversas variantes, en fútbol, en boxeo y demás deportes; también se les prohibía ir a los tribunales de trabajo y no sólo esto, sino que aún para cualquier reclamación, apelación, protesta y demás recursos ante las autoridades deportivas, se establecía en

el futbol que: "En el trámite de promociones de esta naturaleza, no es permitida la intervención de abogados, procuradores, a menos que tales personas ostenten un cargo directivo de un club o asociación, en cuyos casos actuarán en función de la personalidad deportiva que ostentan" (48).

8.—Así estaban las cosas, cuando se expide la nueva Ley Federal del Trabajo, en cuya exposición de motivos se expresó que la causa de dedicar un capítulo especial a los deportistas profesionales se debió a que los sectores deportivos profesionales de la República, después de señalar las difíciles circunstancias por las que atravesaban, pidieron que se les reglamentaran sus relaciones con las empresas o clubes. Asimismo influyeron las conclusiones a que se llegó en el Primer Congreso Internacional de Derecho del Deporte en 1968, del cual ya hablamos.

Por las particularidades de la relación de trabajo deportivo, por las condiciones personales de los sujetos que intervienen en esa relación (deportista y club) y por las condiciones tan peculiares en que se presta el servicio, se le tuvo que regular como una relación de trabajo sujeta a un régimen especial. Hoy en día ya no existe la menor duda, todos los deportistas profesionales son trabajadores en México.

Así, hemos de sostener, que por primera vez en el mundo se reguló en forma completa y eficaz todo el deporte profesional y no sólo el futbol; dice el artículo 292 que las disposiciones del capítulo especial se aplican a "los deportistas profesionales, tales como jugadores de futbol, beisbol, frontón, box, luchadores y otros semejantes", y en virtud del artículo 181 se aplican las demás normas generales de la Ley, en cuanto no contraríen a las especiales.

Para mayor seguridad del deportista, sobre todo del boxeador, le son aplicables las disposiciones del artículo 14 de la nueva Ley Federal del Trabajo, en el que se establece que las personas que utilicen intermediarios para la contratación de trabajadores serán responsable de las obligaciones legales y de los servicios prestados, teniendo el trabajador derecho a prestar su servicio en las mismas condiciones de trabajo, con los mismos derechos de los trabajadores que ejecutan trabajo similar en la empresa, y que el intermediario no podrá recibir ninguna retribución o comisión con cargo a los salarios de los trabajadores.

La duración de la relación de trabajo y el salario.

Las relaciones de trabajo pueden ser, según el artículo 293, por tiempo indeterminado, para una o varias temporadas o para la celebración de uno o varios eventos o funciones. Si no se estipula expresamente el tiempo,

(48) Art. 311 de los Reglamentos de la Federación Mexicana de Futbol Asociación, aprobados por la Asamblea General Extraordinaria celebrada el día 27 de agosto de 1962, de la Federación Mexicana de Futbol Asociación.

la relación de trabajo se entiende por tiempo indeterminado. Ahora bien, si se vence el término o concluida la temporada no se estipula un nuevo término de duración u otra modalidad, y el trabajador continúa prestando sus servicios, la relación continuará por tiempo indeterminado; con esto último se termina una situación de incertidumbre en que se encontraba el jugador al terminar la temporada o tiempo por el que fue contratado. Así, por ejemplo, en el boxeo en que se señala el artículo 64 del Reglamento de los Espectáculos de Boxeo Profesional del Distrito Federal, que: "Cuando un contrato llegue al término de su vigencia, ya no tendrá validez legal alguna" (49); si termina el tiempo señalado del contrato y sigue trabajando el boxeador, se considerará, de acuerdo con la nueva Ley Federal del Trabajo, que la relación es por tiempo indeterminado y sigue aplicándose el derecho del trabajo.

¿Es aplicable el artículo 39 de la nueva Ley, en el cual se establece que si subsiste la materia de trabajo, la relación quedará prorrogada por todo el tiempo que perdure dicha circunstancia? Pensamos que no, pues siendo un trabajo especial, el segundo párrafo del artículo 293, señala claramente que vencido el término o concluida la temporada si no se estipula un nuevo término de duración u otra modalidad, sólo que continúe prestando sus servicios, la relación continuará por tiempo indeterminado.

Y no podía ser de otra forma, ya que la estabilidad en el empleo de los deportistas, igual como sucede con los artistas, no es absoluta, pues la materia de trabajo está condicionada al entusiasmo y al interés emocional que el nombre, presencia y actuación del deportista causen en los medios populares y no se puede exigir que la empresa conserve en su plantel de jugadores profesionales a astros en decadencia o atletas inhabilitados a la práctica eficiente del trabajo.

La apreciación anterior se confirma más con el artículo 303, fracción II, de la nueva Ley; pues precisamente por la naturaleza especial del trabajo, de que hemos hablado, se vio como una necesidad la de establecer como causa especial de rescisión y de terminación de la relación de trabajo: "La pérdida de facultades". No tendría razón de ser una relación de trabajo donde no se preste el servicio debido.

El salario podrá ser estipulado por unidad de tiempo, para uno o varios eventos y funciones, o para una o varias temporadas (artículo 294). Este, como se ve, está vinculado con las disposiciones especiales sobre la duración de la relación de trabajo.

El artículo 297 precisa que no es violatorio del principio de igualdad de salarios la disposición que estipule salarios distintos para trabajos

(49) Se refiere al contrato entre el boxeador y sus representantes, los cuales no podrán ser mayores, si son boxeadores "estelares" de un año, los "semifinalistas" de dos años, y los "preliminaristas" de tres años.

iguales, por razón de la categoría de los eventos o funciones, de la de los equipos o de la de los jugadores, esto es para recalcar que no estamos frente a trabajo igual, ya que para esto es importante la calidad y eficiencia del mismo.

En virtud del artículo 84, se considerará parte del salario toda prestación que sea entregada al deportista por su trabajo, como las cantidades que reciba por haber obtenido un campeonato o haber vencido en un juego.

Según el artículo 107 está prohibida la imposición de multas a los deportistas profesionales, cualquiera que sea su causa o concepto.

Ahora bien, relacionado con esto, hasta qué punto sería válida la siguiente disposición del Reglamento de Espectáculos de Boxeo Profesional del Distrito Federal:

Art. 103.—Los emolumentos de un boxeador no podrán serle pagados por la empresa, hasta que el Comisionado en turno considere que la pelea fue honrada, limpia y ajustada al presente reglamento. Cuando el Comisionado en turno considere que la pelea no tuvo esas condiciones, ordenará a la empresa la retención del sueldo del boxeador, para que sea entregada en depósito a la Comisión de Box y que ésta decida la sanción que debe aplicarse al boxeador”.

A primera vista parecería que dicho Reglamento, en la cláusula citada, sería inconstitucional e ilegal, ya que si el salario es la retribución que debe pagar el patrono al trabajador por su trabajo, ni éste puede renunciar a que se le pague (artículo 123 constitucional, apartado A, fracción XXVII, inciso h; y artículo 99 de la nueva Ley); ni el patrono tiene ningún fundamento para retener el salario, ni siquiera por concepto de multa; también se pensaría que dicha cláusula es contraria al artículo 4o. constitucional, que en el primer párrafo, in fine, dice: “Nadie puede ser privado del producto de su trabajo sino por resolución judicial”; por lo que no se podría privar del salario sin incurrir en responsabilidad. Para el acto ilícito del deportista están abiertas las vías penal o civil, para tipificar el delito de fraude y/o exigir daños y perjuicios, pero respetando el derecho del trabajo.

Pero la anterior conclusión es falsa y cae por su propio peso, porque: primero, el que propiamente retiene la retribución no es el patrono sino un tercero que ordena, que es la autoridad que debe cuidar o vigilar que la pelea se realice respetando los Reglamentos, y sin cometer fraude al público; segundo, y este es el aspecto más importante, el deportista en el caso al que se refiere el Reglamento, no prestó el servicio a que se había obligado y, por lo tanto, no tiene derecho a ninguna remuneración, esto es, la prestación del servicio se debe realizar de acuerdo con el artículo 298, fracción IV, de la nueva Ley, con la obligación de respetar los reglamentos locales, nacionales e internacionales que rijan

la práctica de los deportes, y si no se realiza en esa forma, no se presta el trabajo debido y, por lo tanto, sí existe el derecho de parte de la autoridad de retener "la bolsa", o sea, impedir que se pague un salario que no se ha ganado.

Una solución contraria a la anterior, sólo auspiciaría la corrupción en el deporte.

La transferencia.

Una de las particularidades sobresalientes del trabajo deportivo es, sin duda, el "derecho de pase o transferencia", según el cual la empresa o club se reservaba la prerrogativa de transferir, prestar o ceder al deportista para otra empresa o club, mediante condiciones establecidas por las dos asociaciones deportivas interesadas, unilateralmente, es decir, sin tomar en cuenta la voluntad del deportista y aún en contra de su voluntad, siendo este sistema una reminiscencia de la teoría romana de la locatio conductio que veía en el hombre una cosa, "res", y que colocaba a la persona humana sometida al poder omnímodo y despótico de la deliberación del patrono.

En todo el mundo se la ha criticado como semejante a la servidumbre y aún a la esclavitud.

Esa práctica era atentatoria contra el derecho fundamental del trabajador de no ser obligado a trabajar sin su previo consentimiento, que está consagrado en el artículo 50. constitucional que lo prohíbe. Es por todo esto que con el firme propósito y con la convicción de desterrar definitivamente esa forma de explotación que se redactaron dos artículos: el 295 que dice: "Los deportistas profesionales no podrán ser transferidos a otra empresa o club sin su consentimiento" (50).

Pero no sólo se tomó en cuenta en la nueva Ley Federal del Trabajo el consentimiento del jugador, sino que también se le da derecho a una prima (artículo 296), la cual se sujetará a:

I.—La empresa o club dará a conocer a los deportistas profesionales el reglamento o cláusula que la contenga;

II.—El monto de la prima se determinará por acuerdo entre el deportista profesional y la empresa o club, y se tomará en consideración la categoría de los eventos o funciones, la de los equipos, la del deportista profesional y su antigüedad en la empresa o club; y

(50) En la redacción inicial del proyecto presentado ante el Congreso de la Unión se hablaba de "Trasposos"; pero en el dictamen elaborado por la Cámara de Senadores el 25 de Noviembre de 1969, se dijo: "En cuanto al artículo 295 estimamos que debe substituirse la palabra "trasposos" por la de "transferidos", por ser más exacto este vocablo y porque corresponde mejor a la dignidad de la persona".

III.—La participación del deportista profesional en la prima será de un veinticinco por ciento, se aumentará en un cinco por ciento por cada año de servicio, hasta llegar al cincuenta por ciento, por lo menos.

Así se prevee perfectamente y se soluciona el problema que por la antigüedad del jugador ya no se le quería tener más y se le transfería sin tomar en cuenta ni su voluntad ni la citada antigüedad, a otro equipo en donde tenía que empezar nuevamente.

Obligaciones especiales.

Dentro de las obligaciones especiales que por la naturaleza de la prestación del servicio se establecen para esta clase de trabajadores (artículo 298) encontramos las siguientes:

- a) Someterse a la disciplina de la empresa o club;
- b) Concurrir a las prácticas de preparación y adiestramiento en el lugar y a la hora señalados por la empresa o club y concentrarse para los eventos o funciones;
- c) Efectuar los viajes para eventos o funciones de acuerdo con las disposiciones de la empresa o club. Siendo los gastos de transportación, hospedaje y alimentación a cargo de la empresa o club;
- d) Obedecer los reglamentos locales, nacionales e internacionales sobre la práctica del deporte.

El artículo 300 establece para los patronos, las siguientes obligaciones especiales:

- a) Organizar y mantener un servicio médico que practique a los jugadores reconocimientos periódicos;
- b) Conceder a los trabajadores un día de descanso a la semana, aunque no necesariamente sea domingo y sin estar obligado en caso de prestar un servicio el trabajador en domingo, a darle la prima adicional del veinticinco por ciento de que habla el artículo 71 de la ley.

Para asegurar el espectáculo que ofrecen estos deportistas profesionales, cuidar el prestigio del club y buscar el mejor rendimiento del equipo, se establecieron dos prohibiciones:

1) Para los deportistas: todo maltrato de palabra o de obra a los jueces o árbitros de los eventos, a sus compañeros y a los jugadores contrincantes. Y si se trata de una contienda personal, se deben abstener de todo acto prohibido por los reglamentos;

2) Para los patronos: no podrán exigir de los deportistas un esfuerzo excesivo que pueda poner en peligro su salud o su vida. Dentro

de esta prohibición se implica la obligación del patrono de dejar descansar convenientemente a los jugadores entre partido y partido.

Las medidas disciplinarias.

Para las sanciones a los deportistas, la nueva Ley Federal del Trabajo dispone que se les aplicarán de conformidad con los reglamentos locales, nacionales e internacionales que rijan la práctica de los deportes (artículo 302). Ya vimos que está prohibida la multa. De las demás medidas disciplinarias que comúnmente se imponen a los deportistas que son: amonestación, suspensión, inhabilitación y expulsión, por sus peculiaridades sólo nos interesan la suspensión y la inhabilitación, las cuales vamos a estudiar a continuación:

Sobre las suspensiones que se presentan con frecuencia en los deportes profesionales como la forma más común de sanción, tomando en cuenta el artículo 181 de la nueva Ley, es aplicable el artículo 423 que establece lo que debe contener todo Reglamento Interior de Trabajo, y que en su fracción X establece que las disposiciones disciplinarias y procedimiento para su aplicación se establecerán en dicho reglamento, pero que: "La suspensión en el trabajo, como medida disciplinaria, no podrá exceder de ocho días", y que el trabajador tendrá derecho de ser oído antes de la aplicación de la sanción.

Ahora bien, debemos analizar la sanción más grave que se podría imponer a los deportistas profesionales por las federaciones deportivas o por la autoridad deportiva competente, y que es la inhabilitación profesional, y si contraría esto el precepto constitucional de libertad de trabajo.

En la doctrina argentina se ha discutido mucho este problema, apareciendo dos puntos de vista contrapuestos y que consisten en si es o no una sanción penal; estas dos posturas son:

A) Una primera corriente parte de la idea de que es necesario mantener la vigencia de una regulación deportiva, por lo que se crea un cuerpo de medidas disciplinarias que no deben confundirse con la sanción penal; y es precisamente el fundamento de estas medidas disciplinarias del derecho deportivo las que nos dan la pauta, pues se proponen mantener la vigencia de los principios generales del deporte, esto es, en otras palabras, la distinción con respecto a la sanción penal consiste en que: "El fin de la medida disciplinaria deportiva no es ni que se haga justicia, ni que el condenado expie su falta, ni que se logre su enmienda. El fin primario de la sanción es el establecimiento y la vigencia de los principios que condicionan la existencia y subsistencia del instituto deportivo" (51).

Se dice que la inhabilitación, que es la medida disciplinaria más

(51) BIANCHETTI, Agricol de: **La pena de inhabilitación en el derecho deportivo**, en Revista "La Ley", Buenos Aires, 10 de mayo de 1960, pág. 3.

fuerte, es una sanción autónoma, aplicable por sí misma y sin ninguna relación con las otras sanciones que integran el derecho deportivo disciplinario, por lo que no le caben las modalidades y distinciones propias de la materia penal y menos aún en cuanto a la esfera de derechos sobre los que recae, ya que la inhabilitación es "la caducidad conjunta de los derechos deportivos, que le pudieran corresponder al sancionado y en la prohibición de ejercitar, pública y reglamentariamente, la práctica del deporte por el tiempo y en la jurisdicción que la entidad rectora del mismo determine" (52).

Si partimos de la idea de que todos los derechos deportivos tienen su origen y se consagran en la costumbre que se ha impuesto y que es un "derecho estatutario" elaborado por la federación o asociación rectoras del mismo, tenemos que concluir que:

"La inhabilitación, así explicada, que decreta una asociación deportiva no vulnera ninguna garantía constitucional, ya que la misma consiste en la caducidad de esos derechos deportivos resultante de la inobservancia por parte de quien se comprometió, voluntariamente, a repetir y cumplir con las prescripciones y principios generales que regula el instituto deportivo" (53).

B) Otra postura es la de que entendida la inhabilitación como la sanción en la que se prohíbe, provisional o definitivamente, ejercer una o varias profesiones, se desprende por su naturaleza jurídica que la "interdicción" de una profesión, "en cuanto priva a un individuo —temporaria o indefinidamente y en forma total o parcial— del ejercicio de los derechos constitucionales de trabajar, ejercer una industria lícita o comerciar, es una sanción penal" (54), y si bien es de reconocerse que la finalidad de la materia disciplinaria es distinta de la represión o prevención de un delito, pues aquella tiende a preservar la deontología profesional, la naturaleza jurídica, sin embargo, es la misma: una sanción penal.

Así las cosas, surge la imposibilidad de aplicar esta medida, sin que se encuentre estatuida por la ley la infracción o el presupuesto que posibilite su ordenamiento y que sólo puede ser dispuesto por el órgano legalmente autorizado; pero aún más, para ser legal una medida disciplinaria, no sólo es necesario que se encuentre dentro de los estatutos, sino, lo que es más importante, que afecte al socio como socio, que alcance sólo la extinción de sus derechos societarios (55), cosa que no ocurre en la inhabilitación profesional.

(52) Ibidem.

(53) Ibidem.

(54) GARCIA RUA, Omar Jorge: *Inhabilitación profesional y acción de amparo*, en Revista "La Ley", Buenos Aires, 29 de septiembre de 1960, pág. 3.

(55) Ibidem. pág. 4.

Por lo que es de concluir que: "Cuando la sanción excede del ámbito societario y afecta actividades del individuo que hacen a su subsistencia económica —como la comentada inhabilitación que afecta el derecho constitucional de trabajar—, adquiere los caracteres de sanción pública, sanción penal. La facultad de conminar sanciones de este tipo, es expresión del poder de policía profesional que tiene el Estado, y sólo puede ser ejercido por entidades privadas cuando les es confiado por ley" (56).

Trasladando el problema a nuestro derecho, pensamos que la primera postura es la correcta, porque se ajusta más a la naturaleza jurídica de esta medida disciplinaria.

La autoridad deportiva tiene que velar por la disciplina, el cumplimiento de los reglamentos y las limitaciones que hacen compatible el deporte profesional, y que los deportistas se subordinen a los intereses superiores de la comunidad deportiva; así, las restricciones se imponen a las actividades deportivas individuales o representativas con objeto de asegurar el orden, la salud y la moral de los principios deportivos, que todo deportista conoce y se somete voluntariamente a ellos.

Por lo anterior, si se comete una falta de tal naturaleza que ponga en peligro la deontología deportiva y que amerite, por lo tanto, la inhabilitación, ésta debe entenderse como la medida que asegura al deporte, medida que siempre va acompañada de la expulsión de la comunidad deportiva.

La inhabilitación profesional no puede considerarse, de ninguna manera, como una pena, sino como una medida de seguridad que se impone atendiendo al carácter peligroso del sujeto activo y que tiene como finalidad la de evitar la comisión de delitos futuros, esto es, tiende a preservar de la acción dolosa del deportista a la comunidad deportiva organizada. Sin embargo, algunos juristas la confunden con la pena, pues casi siempre la acompaña, por ejemplo: expulsión de un deportista e inhabilitación, destitución de empleo o cargo e inhabilitación, etc.

Por lo anterior, no podemos considerar que se viole el artículo 40. constitucional que habla de la libertad de trabajo, pues las federaciones o autoridades deportivas sólo protegen al deporte profesional, no vedan que se pueda escogitar entre diversas actividades, sino que lo único que hacen es señalar que la actividad deportiva que realiza una persona la hace en forma ilícita, o sea, contrariando las leyes o las buenas costumbres que rigen la deontología y el buen desempeño del deporte.

Otros derechos nuevos.

Siendo el trabajo deportivo un factor importante para que junto con

(56) Ibidem.

el capital, puedan obtenerse utilidades, tienen derecho los trabajadores deportistas a participar en las utilidades de las empresas o clubes, pues nada se opone a ello y por el contrario tienen derecho a ese beneficio que se consagra constitucionalmente para todos los trabajadores; por lo tanto, el deportista no sólo tiene derecho al salario, sino también a la participación de las utilidades. El procedimiento para el reparto se encuentra precisado en el capítulo VIII del título tercero de la nueva Ley Federal del Trabajo y en la Resolución de la Comisión Nacional para el Reparto de Utilidades a los Trabajadores, de 12 de diciembre de 1963, aún vigente.

Tendrán derecho a formar sindicatos en los que se coligarán en defensa de sus intereses comunes, buscando el estudio, mejoramiento y protección de los mismos, y así mediante la celebración de contratos colectivos de trabajo con las empresas o clubes, empezarán a conquistar nuevos derechos, los cuales estarán más acordes con su naturaleza especial, pero siempre sobre los mínimos que se consagran en el capítulo especial de la nueva Ley Federal del Trabajo, y de acuerdo con el artículo 181, por todas las disposiciones que contiene la nueva Ley; entre las disposiciones importantes que se les aplican destaca el artículo 7o. de la nueva Ley, en el que se impone la obligación a la empresa de emplear el noventa por ciento de trabajadores mexicanos, por lo menos, con lo que se logrará dar oportunidad y fomentar a los deportistas nacionales.

Con todas estas disposiciones de la nueva Ley Federal del Trabajo, el deporte profesional en cierto modo vuelve a tener en nuestro siglo, la dignidad y la nobleza que el deporte tuvo en la antigüedad y que desde hace mucho tiempo ya no se le reconocía. Y en este sentido, podemos decir con Victor Mozart Russomano que: ¡El deporte vuelve a ser griego!

*“Es la misma historia de siempre...
Nosotros ponemos el hambre para que
coman los otros. Es la misma historia
desde hace cuarenta años”.*

Gabriel García Márquez.

VIII

TRABAJO EN HOTELES, RESTAURANTES, BARES Y OTROS ESTABLECIMIENTOS ANALOGOS.

(La propina)

1.—Ambito personal de aplicación del capítulo; 2.—La ausencia de subordinación de estos trabajadores con respecto a la clientela; 3.—Qué se entiende por propina y sus características; 4.—Autores que están por la supresión de la propina, su crítica; 5.—La doctrina que ha sostenido que la propina forma parte del salario; 6.—En qué consiste el pot-de-vin o adehala y sus diferencias con la propina; 7.—La relación de trabajo cuando el trabajador entrega una parte de sus ganancias, posición del derecho mexicano; 8.—La relación de trabajo con salario consistente en la ocasión de recibir propinas; 9.—La propina y las primeras leyes del trabajo de los Estados; 10.—La Ley Federal del Trabajo de 1931 y la posición de la Suprema Corte de Justicia; 11.—La nueva Federal del Trabajo.

Las palabras que como preámbulo citamos de los reproches de la esposa de aquel coronel que no tenía quién le escribiera, podrían ponerse en boca de gran parte de los trabajadores a que se refiere el presente capítulo, con relación a su situación antes de la nueva Ley Federal del Trabajo y con referencia a la poca protección que les brindó la anterior ley del trabajo de 1931.

Si bien hemos sostenido en el capítulo de trabajadores domésticos que a los trabajadores de restaurantes, bares, hoteles y otros establecimientos análogos no se debían de aplicar las normas propias para el trabajador doméstico, puesto que la actividad que ellos realizan no es en la misma situación, ya que entre ellos y los trabajadores domésticos existe

la misma diferencia que existe entre el hogar y un negocio público, por lo que no era necesario crearles un capítulo especial, ya que les eran aplicables las disposiciones generales de la nueva Ley Federal del Trabajo; sin embargo, tres causas impulsaron al legislador a incorporar un capítulo especial sobre estos trabajadores:

Primero: señalar terminantemente que los principios generales sobre jornada de trabajo les eran aplicables íntegramente;

Segundo: la necesidad de la fijación de salarios mínimos profesionales no tanto para aquellas personas que trabajan en lugares de primera categoría, sino para aquellas personas que trabajan en condiciones, a veces, irreconciliables con la dignidad de la persona humana; y

Tercero, y sin lugar a duda este fue el motivo más importante, solucionar de una vez por todas el problema de la propina, que viene a ser la fuente principal de ingresos de todos estos trabajadores y que sin este capítulo no se hubieran considerado como parte del salario, por lo que podemos afirmar que este capítulo bien pudo llamarse "De los trabajadores con parte de su salario en propinas".

1.—Ahora bien, antes de empezar a estudiar cuál ha sido la posición de la doctrina con respecto al problema de la propina y ver cuál es la postura del Derecho Mexicano del Trabajo, debemos ver el alcance que tienen las disposiciones del capítulo especial de la nueva Ley Federal del Trabajo.

El título de dicho capítulo es: "Trabajo en hoteles, restaurantes, bares y otros establecimientos análogos", y en el artículo 344, se dice: "Las disposiciones de este capítulo se aplican a los trabajadores de hoteles, casas de asistencia, restaurantes, fondas, cafés, bares y otros establecimientos análogos".

Pues bien, ¿cuáles son esos establecimientos análogos? Para contestar dicha pregunta debemos utilizar la interpretación analógica, o sea, aclarar la voluntad de la norma, para comprender aquellas situaciones que a pesar de estar inmersas en el propósito de la ley, no se describen expresamente; la analogía consiste jurídicamente en aplicar la disposición legal donde existe la misma razón de derecho, ubi eadem legis ratio, ibi idem dispositio, por lo que hay que buscar esa razón legal; pensamos y sostenemos que la razón principal de dicho capítulo es la de comprender aquellos establecimientos en donde se tiene a trabajadores que prestando sus servicios al público, tienen como parte principal de su remuneración la que se les paga habitualmente como propina; de ahí que se señalan empresas tan variadas como puede ser un hotel, restaurantes, un bar, un café, casas de asistencia, y demás.

Por todo lo anterior, indudablemente, y debe desprenderse de una sana interpretación del capítulo que estamos comentando, también se

aplican las disposiciones a los trabajadores de salones de belleza, peluquerías, cines y teatros (caso de los acomodadores), y en general a todo trabajador subordinado que labore en una empresa, que preste un servicio al público y en el que reciban usualmente una propina por los servicios que prestan, la cual se toma en cuenta al momento de formarse la relación de trabajo, o sea, al determinarse el salario que han de percibir.

Ya desde 1936, en la Colección Internacional de Jurisprudencia del Trabajo, se decía que para que la propina sea computable en la remuneración del trabajador, es esencial que:

“... en la profesión del interesado, éste género de remuneración sea de uso cierto, continuo y notorio, que permita considerarlo como un verdadero suplemento del salario, y que las partes los hayan tomado en cuenta en el contrato de trabajo, para fijar el precio del salario normal de los trabajadores y al estipular en un quantum inferior el salario normal de los trabajadores del mismo nivel sin contrato con el público” (1).

Siendo el objetivo primordial, no el único de dicho capítulo, el proteger a un gran sector laboral con una reglamentación apropiada de la propina como formando parte del salario para todos los efectos de la Ley Federal del Trabajo, debemos preguntarnos cuál es la opinión de la doctrina del derecho del trabajo y en qué posición se encuentra nuestro nuevo ordenamiento legal con respecto a la propina.

2.—Pero antes de estudiar la propina, debemos resolver una primera cuestión, que es la de si existe relación laboral de estos trabajadores para con la clientela, y sobre todo, si existe subordinación jurídica.

Las personas que concurren a un establecimiento de los que hemos hablado para recibir un servicio, en algunas ocasiones dan instrucciones de cómo deben proporcionarle dicha actividad y el trabajador que la presta tiene que obedecer, pero esto no quiere decir que exista una subordinación, pues existe en realidad una relación indirecta, ya que el contrato que se celebra para el suministro de servicios es entre el cliente y la empresa, esto es, con el patrono, y sólo como vía de consecuencia y debido a la subordinación que el trabajador tiene con respecto a la empresa, es por lo que recibe el servicio del trabajador, y como una de las obligaciones de éste es hacerlo con la intensidad, cuidado y esmero apropiados y en la forma, tiempo y lugar convenidos (artículo 134, fracción IV de la nueva Ley Federal del Trabajo y cuyo correlativo en la Ley anterior era el artículo 113, fracción II); y si para esto es necesario atender las instrucciones del cliente para prestar su servicio con el cuidado y esmero apropiados, lo debe hacer.

(1) Cit. en SUSSEKIND, MARANHÃO, VIANNA: Instituciones. . . cit., tomo I, pág. 439.

Nuestra Suprema Corte de Justicia ha sostenido un parecido punto de vista, en la ejecutoria de 13 de marzo de 1964, A.D. 5324/63, Guadalupe de la Rosa y otros, en la que se dijo:

"La circunstancia de que la clientela de un negocio ordene al trabajador la forma en que deba realizar su trabajo, no excluye la subordinación de dichos trabajadores con relación al dueño del negocio, máxime si está sujeto a un horario y a cumplimentar las órdenes relativas al buen funcionamiento de la empresa dictados por el propietario de la misma".

3.—En la antigua literatura latina la propina se indicaba con el término "corollarium", y se decía: "quia liberalibus apud Atticos vinum cantoribus pro corollario dabatur"; y en efecto, el vocablo propina se derivó del verbo latino propinare, convidar a beber, que era lo que los antiguos griegos ofrecían como agasajo entre los concurrentes a una junta y que después se transformó en dinero. En una acepción más laboral, significa la gratificación pequeña que se da como recompensa de un servicio eventual, esto es, pequeño sobreprecio que se da voluntariamente —o por coacción social— como satisfacción de algún servicio recibido (2).

Para Guillermo Cabanellas, la propina: "es la retribución que el usuario de un servicio abona directamente al trabajador, con carácter voluntario, o consuetudinario a lo menos, como satisfacción de la atención recibida (3). Napoli dice que jurídicamente la propina es una donación, la cual, aunque proviene de terceros —los usuarios o consumidores—, se considera salario, en virtud de que el empleador computa su tasa al convenir la remuneración de su personal (4).

Sussekind, en el Brasil, dice que: "es la retribución voluntariamente pagada, por aquellos que utilizan los servicios de una empresa, a los empleados que las ejecutan" (5). Dorval Lacerda, por su parte, considera que: "la propina es una gratificación en dinero dada por un cliente de la

(2) ENRIETTI Enrico: *La cosiddetta mancia-debito*, en "Rivista di Diritto privato", Parte primera, Vol. XI, Padova, 1941, pág. 210. Vid. a CABANELLAS G.: *Compendio de . . . cit.*, tomo I, pág. 610.

(3) CABANELLAS, *ibidem*.

(4) *Op. cit.*, pág. 192. Cabanellas sobre este aspecto nos dice que no hay realmente animus donadi, sino una imposición cuyo punto de partida se encuentra en la satisfacción o vanidad de gratificar en más el servicio prestado. La costumbre es así social, establecida por unos y generalizada por los más, lograda por una imposición y exigida últimamente como retribución obligatoria en virtud de acuerdos de patronos y trabajadores, sin el consentimiento de la parte agravada, el público consumidor. *Compendio de cit.*, tomo I, pág. 611.

(5) SUSSEKIND, MARANHÃO, VIANNA, *Op. cit.*, Tomo I, pág. 435.

empresa al empleado de ésta, por el servicio que éste le ha prestado, en calidad de empleado de la empresa" (6).

En Francia, se ha dicho por Planiol y Ripert (7) que la propina es la entrega voluntaria de una suma de dinero, módica, que una persona hace a un empleado con quien trata, y que lo característico de la propina es que la suma se da no a la persona que haya de entregar el objeto convenido o realizar el servicio prometido, sino al empleado o trabajador utilizado por aquella persona, y a fin de estimularlo. En la actualidad, Paul Durand y André Vitú han expresado que: "Por esta remuneración el cliente manifiesta su satisfacción por la complacencia y el celo realizado por el empleado en el cumplimiento de su tarea, prestación todavía frecuente del cliente en virtud del cumplimiento de una costumbre" (8).

Dentro de las definiciones más completas tenemos las de Francisco de Ferrari y Mario de la Cueva, el primero nos dice que: "la propina es una recompensa que recibe cierta categoría de trabajadores, no del empleador, sino de terceros, los cuales con esa liberalidad procuran estimular el celo profesional o buscar testimoniar su satisfacción por la forma solícita en que fueron atendidos" (9); para el segundo: "es una cantidad de dinero que entregan los clientes de una negociación al trabajador que personalmente los atiende y cuyo objeto es testimoniar satisfacción por el tratamiento recibido" (10).

Ahora bien, la propina puede presentar varias modalidades en la realidad, las cuales es necesario distinguir por las consecuencias que se han deducido de ellas y por la importancia que tiene para el derecho del trabajo esta distinción.

Así las cosas, la propina puede presentar las siguientes formas:

a) La cada vez más generalizada práctica que ha querido quitarle cierto de su primitivo carácter aleatorio, haciéndola devenir en una verdadera obligación jurídica, impuesta por la costumbre o por los mismos patronos bajo la forma de un aumento en la cuenta, o sea, se aumenta una cantidad en el contrato entre el patrono y el cliente por concepto de propina, así, por ejemplo, es común en algunos países europeos y sudamericanos encontrar esta clase de recargo o porcentaje, el cual indudablemente constituye parte del salario, y lo único que hace el patrono es recaudar esas sumas, teniendo la obligación posterior de distribuir las.

(6) Cit. en SUSSEKIND Arnaldo: **Diccionario brasileiro de decisoes trabalhistas**, Edit. A. Nolte, Río de Janeiro, 1953, Vol. II, pág. 169.

(7) Tratado práctico. . . cit., tomo V, pág. 339.

(8) *Traté de. . . cit.*, tomo II, pág. 701.

(9) *Op. cit.*, Tomo II, pág. 264.

(10) *Op. cit.*, tomo I, pág. 650.

b) La propina no impuesta por el patrono, pero moralmente obligatoria para el cliente en virtud de la costumbre, es también aquí una parte del salario, sobre todo, si la consideración de la misma ha determinado el tipo de salario pagado por el patrono. A veces, un trabajador consiente en trabajar por un salario sumamente bajo, o aún sin salario alguno pagado por el patrono, porque éste y él cuentan con las propinas para complementar o reemplazar el salario;

c) La propina casual, que es aquella liberalidad esporádica que se entrega a un trabajador de una empresa que nos presta un servicio y que sin estar obligado y sin existir en consenso ni por parte de dicho trabajador ni por parte de esta tercera persona, de que es obligatoria, la entrega de ella es por la satisfacción del servicio que nos prestó. Así, por ejemplo: el caso de un cartero, del chofer de un coche de alquiler y otras, en las que ni los trabajadores la esperan ni se tomó en cuenta para fijar un salario más bajo.

Los casos comprendidos en los dos primeros incisos son los que nos interesan por las consecuencias que producen en el derecho del trabajo, por lo que sólo a ellos se circunscribe este estudio; cualquiera de las dos formas de propina que hemos enunciado se puede adoptar en los hoteles, restaurantes, bares, centros nocturnos, salones de belleza, peluquerías, para los acomodadores de cines y de teatros y demás situaciones semejantes; siempre que estemos ante estos trabajadores y veamos que reciben una propina la debemos considerar formando parte del salario, ya que es una remuneración de uso cierto, continuo y notorio, que permite tal consideración.

Las características que la doctrina del derecho del trabajo (11) ha señalado para esta clase de remuneración no casual, son las siguientes:

- a) Es abonada por un tercero, que no es el patrono, en ocasión del trabajo realizado por el empleado;
- b) Es habitual, estable y normal en determinados gremios a que pertenezca el trabajador;
- c) Generalmente se toma en cuenta por las partes al fijar la remuneración que paga el patrono, o sea, que teniendo en cuenta la propina, el patrono no paga un salario igual al que reciben otros empleados de análoga categoría, no relacionados con la clientela del establecimiento;
- d) Integra en la mayor parte de los casos un salario indeterminado;

(11) Vid. CABANELLAS G.; Compendio de. . . cit., tomo I, pág. 610; y GARCIA MARTINEZ Fco.— GARCIA MARTINEZ Julio A.: *El contrato de trabajo en el derecho argentino y comparado*, Imp. López, Buenos Aires 1945.

- e) Generalmente está en proporción a la naturaleza y clase de servicios prestados;
- f) Es aleatoria en cuanto a un cliente, pero susceptible de apreciación en su cuantía total, considerando sucesivas prestaciones;
- g) Su importe está determinado con mayor o menor exactitud por la costumbre;
- h) La cuantía depende también de la satisfacción que el consumidor encuentra en la prestación de los servicios, y así varía de uno a otro trabajador.

4.—En ciertos países, tales como la U.R.S.S. y las democracias sociales, está prohibida rigurosamente la propina por considerar y ver en ella un gesto contrario a la dignidad del trabajador, el cual tiene que cumplir sus obligaciones sin recibir más que una dádiva o caridad; por otra parte, la Comisión Técnica tripartita de la O.I.T., se pronunció en Ginebra en el mes de octubre de 1965 en el sentido de la abolición de la propina, pero, si bien desde un punto de vista moral y altruista es bueno, no lo podemos aceptar en un sistema capitalista como el nuestro, en el cual se la toma en cuenta para dar un mísero salario a algunos trabajadores, considerando a la propina como su principal fuente de ingresos; habría que quitarle el carácter de limosna y de dádiva, por lo que fue necesario considerar que se recibía jurídicamente como parte integrante del salario, pues el derecho del trabajo ha estimado que la propina no es humillante para el trabajador, puesto que tiene por causa el trabajo efectuado, y tampoco es ofensiva por parte de quien la otorga, ya que su propósito es remunerar extraordinariamente un servicio que considera eficiente.

Por lo anterior, no estamos de acuerdo con las exclamaciones de algunos autores que criticaban a la propina por considerarla una dádiva o limosna y pedían su abolición, así, por ejemplo, Ihering decía: "La propina debe considerarse, en nuestra costumbre, como una forma organizada de la mendicidad"; Voirin, por su parte, era de la opinión de que: "La propina es culpable de herir la dignidad de los trabajadores"; para Ascoli: "el uso de la propina es de criticarse como aquello que contrasta con el concepto de elevación moral del personal de servicio"; en Italia, fue abolida por Mussolini, por considerarla lesiva para la dignidad y altivez fascistas (12). Hoy en día no se puede considerar inmoral o como una donación, pues si en su origen era facultativa, hoy es un sistema de remuneración que nadie discute, que la costumbre ha impuesto en el mundo y que reconocen como tal los patronos, los trabajadores y la clientela. La propina constituye, pues, para muchos empleados, su única remuneración, o forma parte de ésta; además, el hecho de que la propina se haya

(12) Cit. ENRIETTI E., Op. cit., pág. 204.

difundido universalmente, nos demuestra que no es inmoral, ni contraria a las buenas costumbres.

Las propinas que habitual y normalmente reciben los trabajadores de cafés, hoteles o restaurantes, de peluquerías, de salones de belleza, los acomodadores de teatros y cinematógrafos, y otros semejantes, es una remuneración que forma parte del salario.

Otra corriente que también pugna por la supresión de la propina, es la surgida en Italia, en donde se inició la distinción entre "mancia-debito" (porcentaje en el servicio) y la "mancia-dono" (propina potestativa), argumentando que son dos figuras distintas, de tal manera que es imposible construir una teoría única que comprenda ambas; por otra parte, el recargo en la cuenta de servicios que debe pagar el público debe substituir a la propina-facultativa.

Esta corriente que tiene su mejor proyección en el derecho sudamericano, tanto en la doctrina (13) como en la legislación, argumenta que el recargo en la cuenta del cliente tiene las siguientes ventajas, por lo que debe substituir a la propina:

- a) Substituye una dádiva o merced por una obligación;
- b) Substituye una forma irregular e incierta de ingresos por otra pre-establecida y exigible;
- c) Substituye una forma considerada denigrante de ingresos por otra considerada digna;
- d) Substituye la falta absoluta de control en la percepción y distribución, por un sistema que asegure el cabal conocimiento del ingreso y una equitativa distribución entre los beneficiarios;
- e) Son dos formas distintas de remuneración por la condición de la persona, pues la propina se da, generalmente, intuitu personae, en cambio el recargo en el servicio se abona en consideración a la empresa que lo presta, sin tener en cuenta la persona que lo realiza, por lo que con este último se tiene mayor garantía.

Este porcentaje o recargo constituye un procedimiento especial de remuneración, que no está a cargo de la empresa, sino del cliente, que no es aleatoria o indeterminada, sino obligatoria y fija. Sobre su naturaleza jurídica, se ha dicho que en realidad es una forma de participación en los

(13) Vid. CABANELLAS G.: Tratado de . . . cit, tomo I, pág. 583; López, Justo: **El salario**, en "Tratado de Derecho del Trabajo", dirigido por DEVEALI, Tomo II, pág. 468; NAPOLI, Op. cit., pág. 192; TRAINI, Alberto J.: **El laudo gastronómico ¿remuneración por cuenta del empleador, o recargo de servicio público?**, en "Derecho del Trabajo", Año XXIX, No. 1, Buenos Aires, Enero 1969, pág. 52; DEVEALI Mario L.: **Lineamientos**. . . cit., pág. 440; KROTOSCHIN: Instituciones de . . . cit., tomo I, pág. 364.

ingresos del empresario (14), o como una parte de la doctrina sostiene, un gravamen sobre las adiciones o facturas que el cliente abona y que el empresario debe recaudar en beneficio de los trabajadores, para distribuirlos con posterioridad entre éstos, en la proporción que se indique. Nos dice Guillermo Cabanellas (15), que en este porcentaje si bien el empresario lo estipula a favor del trabajador, lo hace ciertamente en su propio beneficio, pues este salario substituye parcialmente al salario que estaría obligado a dar el patrono.

A pesar de que consideramos que son muy buenas las ventajas prácticas que para su control y cálculo presenta el llamado porcentaje o recargo en el servicio, no estamos de acuerdo en que sea una figura distinta de la propina, sino que las dos en esencia tienen una misma raíz y elementos constitutivos, además de que las dos clases de remuneración son obligatorias, puesto que la que llaman propina-potestativa, está establecida por la inveterata consuetudo et opinio juris seu necessitatis, o sea, por la costumbre; además, tanto una como la otra son, según la Real Academia de la Lengua: "la gratificación pequeña con que se recompensa un servicio eventual".

Sobre lo que se establece en el inciso e), no estamos de acuerdo que es una prestación intuitu personae, en todo caso será en consideración al servicio; tanto en una como en otra se da como remuneración por la prestación de un servicio personal y la eficiencia con que lo desarrolla el trabajador; la única diferencia es que una es obligatoria por la costumbre y la otra por estar fijada en la nota de consumiciones, que en una es más difícil determinar la cantidad y en la otra hay que calcular aproximadamente.

Por último, tenemos que citar una corriente (16) que también pide su supresión por considerar que se está dando para que cumpla con su deber, o sea, por realizar una conducta que está obligado a realizar, que al darse implica la pretensión de obtener una ventaja indebida por un beneficio que el trabajador no puede prometer sin el conocimiento y consentimiento del patrono y que al recibir la remuneración el trabaja-

(14) Cit. DE LA CUEVA M.: Derecho mexicano. . . cit., tomo I, pág. 650.

(15) Compendio de. . . cit., Tomo I, pág. 609.

(16) Vid. ENRIETTI Enrico, Op. cit., págs. 205 y sig.; Manuel Alonso García llega a una parecida conclusión: "Cuando la propina es, simplemente la donación liberal del cliente que utiliza un servicio al trabajador que lo presta por cuenta de la empresa titular —no del cliente mismo—, no cabe hablar de salario. El trabajador ya percibe su remuneración del empresario. La propina recibida podría aquí, incluso, caer dentro de los supuestos de ausencia de fidelidad a la empresa en que se trabaja, que regulan los artículos 70 y 71 de la Ley del Contrato de Trabajo, si se aceptase por incumplir los deberes derivados del Contrato laboral, en el primer caso, o si no mediase consentimiento —ni expreso ni tácito— del empresario, en el segundo". En Curso de. . . cit., pág. 501.

dor celebra un convenio para prestar un servicio que ya estaba obligado a realizar por la relación de trabajo que existe con la empresa, pudiendo ser, inclusive, en contra de sus obligaciones, y que por lo tanto, en ambas situaciones tendrían una causa ilícita y se celebrarían violando el deber de fidelidad que nace de la relación de trabajo.

Tampoco estamos de acuerdo con estos puntos de vista: la remuneración no se da para que cumpla o incumpla con su deber, sino que se da de acuerdo con la costumbre por el servicio que se prestó y que de ninguna manera se hace a espaldas del patrono, puesto que ya dijimos que él es el primero en considerarlo al formar la relación de trabajo y al determinar el monto del salario. Además, esta parte de la doctrina no hace una distinción, que trataremos más adelante y que la doctrina francesa creó e impulsó, que es la diferencia entre el "pourboire" (la propina) y el "pot-de-vin" (que traduciremos por adehala para evitar confusión), esta última es la criticable, porque es el pago para que se cumpla con el deber, una especie de cohecho, siendo esta clase de entendimiento objeto de una sanción en el código penal francés, que ha declarado delitos tales convenios.

5.—Pues bien, la mayor parte de la doctrina en la actualidad ha sostenido que la propina forma parte del salario y que se debe computar para toda clase de consecuencias en el derecho del trabajo; sería interesante hacer una sucinta relación de algunas de las ideas doctrinales y de algunas de las legislaciones que han recogido estas ideas. Es de hacerse notar que algunos autores, aún desde un punto de vista civilista, llegaron a las mismas conclusiones, decidiendo la controversia de si era o no parte del salario, a favor de los trabajadores.

En el derecho francés.

Parece ser que los primeros juristas que abrieron la brecha a favor del derecho del trabajo fueron los franceses, ideas que incluso tuvieron consecuencias prácticas, ya que se plasmaron en algunas sentencias muy importantes de la Corte de Casación francesa.

Ya en los primeros lustros de nuestro siglo, dos grandes juristas civilistas: Georges Ripert y Marcel Planiol, señalaban con todo acierto: "Parece difícil sostener que la propina sea la remuneración del servicio prestado por el empleado u obrero, ya que el cliente que abonó la propina tenía derecho a ese servicio en virtud del contrato celebrado con el empresario. Pudiera aducirse, desde luego, que el cliente lo que procura del empleado u obrero es un celo o cuidado más metódico, pagando especialmente ese trabajo suplementario que el empresario no remunera, en términos generales, en todo o en parte, con las propinas de los clientes; en este caso, la propina aparece como una remuneración del trabajo"; y más adelante siguen diciendo: "Pero estas donaciones consisten

en sumas tan módicas que en realidad no empobrecen al donante. Además, el empleado que las recibe las considera como un suplemento de su salario, y la jurisprudencia tiene en cuenta ese suplemento al aplicar las leyes que se refieren a la cuantía del sueldo. Por tales motivos, la propina no está sujeta a las reglas fundamentales de las donaciones, las cuales, además, serían en la práctica de imposible aplicación" (17).

Poco tiempo después, otro jurista, Ch. Beudant, señaló sobre la propina que: "Su prestación es libre, pero esto no significa que sea una liberalidad, porque la costumbre de darla, por una parte, y sobre todo el conocimiento que tiene el cliente del hecho de que en la práctica la propina disminuye y aún llega a suprimir toda prestación de salario para el empleado, conducen a ver en el gesto del cliente el pago de una obligación natural. Esta calificación se impone en las empresas en donde la gratificación del cliente es constante y regular" (18).

La propina entra en el patrimonio del trabajador como un salario, y si bien no existe acción para exigir su pago, no por eso deja de ser una obligación, como señala este autor, puesto que deriva de la opinión juris seu necessitatis.

En la actualidad, Paul Durand y André Vitú, han señalado, siguiendo a la doctrina que les había precedido, que: "... la generalización de la práctica de la propina en ciertas profesiones le ha hecho perder su carácter primitivo de donación; deviniendo en tal caso para el cliente una verdadera obligación jurídica, impuesta por la costumbre, o por los mismos patronos bajo la forma de un aumento en la cuenta. Para los trabajadores, el carácter obligatorio de la propina crea un verdadero derecho a recibir una remuneración bajo esta forma; en esta medida, la propina constituye un suplemento del salario: eso es tanto más exacto por la consideración de que la propina determina frecuentemente el importe del salario fijo que el empleador paga; lo mismo pasa en las profesiones en donde el trabajador acepta la labor sin recibir algún salario, en razón de que el patrono y el trabajador han tomado a la propina como equivalente al salario" (19).

Estas ideas tuvieron una gran repercusión en el derecho positivo francés, tanto en la legislación como en la jurisprudencia, la cual juega un papel muy importante en la vida jurídica de ese país.

En efecto, la Corte de Casación, en múltiples sentencias, que van desde la tercera decena de nuestro siglo y que llegan hasta la actualidad, ha sostenido que:

(17) Tratado práctico de derecho. . . cit., tomo V, pág. 340

(18) *Cours de droit civil français (contrats civils divers)*, Librairie A. Rousseau, París, 1947, tomo XII, pág. 110.

(19) *Traité de droit*. . . cit., tomo II, pág. 701.

"En las empresas en donde la costumbre quiere que el obrero reciba una propina del cliente, y donde, como consecuencia, el jefe de la empresa le paga un salario inferior al que está concediendo a los obreros de la misma categoría sin relación con el público, la propina deviene un suplemento del salario, que debe ser tenido en cuenta para determinar la remuneración efectiva del obrero . . ." (20).

Por medio de un decreto del 25 de mayo de 1930, se asimiló igualmente al salario las propinas que constituyen "un modo de remuneración constante y regular". Paul Durand y André Vitú (21) han señalado cuales han sido las consecuencias por haber tomado a la propina como formando parte del salario, las cuales son las siguientes:

a) La propina se toma en consideración para el cálculo de diversas indemnizaciones, tales como por despido ilícito o abusivo, previsto en el artículo 23, Libro I, del Código de Trabajo; indemnizaciones por preaviso de despido e indemnizaciones de vacaciones pagadas, establecida por ley del 20 de junio de 1953;

b) A la propina considerada como suplemento del salario se le aplican las disposiciones de las prescripciones de la acción para el pago del salario de seis meses y de un año, pasados los cuales no pueden reclamar nada al patrono que centralizó las propinas;

c) Se añaden igualmente las propinas al salario para la determinación de las cotizaciones de seguridad social;

d) Debe ser tomado en cuenta el monto de la propina para determinar, en el derecho de la seguridad social, el salario base que sirva para calcular las prestaciones que se le hayan de pagar al trabajador por los riesgos profesionales, principalmente accidentes de trabajo;

e) La propina no constituye un provecho seguro, la remuneración por propina se combina frecuentemente con la garantía de salario mínimo. La orden de 31 de diciembre de 1947 ha incorporado en el mínimo de garantías de indemnización de 10 francos.

También el legislador se ha preocupado de proteger la propina. Una ley de 19 de julio de 1933, insertó los artículos 42a al 42d del Libro Primero del Código de Trabajo, estableciendo que el empresario no puede reservarse el todo o parte de las propinas que reciban sus trabajadores; posteriormente, en la ley de 2 de abril de 1931, que formó el artículo 51a del citado ordenamiento, prohíbe al empresario retener, cualquiera que sea el motivo, el todo o parte de las propinas (22).

(20) BEUDANT Ch., Op. cit., pág. 112.

(21) Traité de droit . . . cit., tomo II, pág. 702.

(22) Vid. DE LA CUEVA M.: Derecho mexicano del. . . cit., tomo I, pág. 652.

En resumen, según el derecho francés:

- 1) La propina aumentada en la cuenta de consumiciones como recargo, indiscutiblemente forma parte del salario y debe tomarse en cuenta para cualquier consecuencia en el derecho del trabajo;
- 2) En caso de que sólo la costumbre la haya impuesto, también se considerará como obligatoria, pero sería una obligación natural que deriva de la costumbre;
- 3) Se debe considerar como parte del salario, sobre todo cuando se ha tomado en cuenta para fijar el salario del trabajador y éste ha resultado ser menor que otros en los que no se toma en cuenta la propina;
- 4) Debe ser hecho con cierta habitualidad en determinadas profesiones, por lo que se considera una inveterata consuetudo y existe la opinión de que es obligatoria;
- 5) Debe considerarse como un suplemento del salario, puesto que el empleado la recibe en ese sentido y no puede considerarse como una dádiva, puesto que se siente en cierta forma presionado el cliente a realizar esa conducta.

el derecho italiano.

En Italia, también existe la corriente que ve en la propina una parte salario, aunque la única forma que han contemplado es cuando se carga en la cuenta, excluyéndose la idea de donación o cualquier otra se de liberalidad; así Francisco Ferrara (Sr.), al tratar cómo el uso social se puede convertir en costumbre jurídica, nos dice:

"... Se habla actualmente de la propina como una forma de uso no jurídico. Pero no es difícil que un uso social de hoy en día se transforme en una costumbre jurídica el día de mañana, y así, como un uso negocial el deber de la propina ya está formado y aceptado (por lo menos en ciertos lugares y círculos sociales). La transformación, por otro lado, está confirmada en muchas ciudades con su incorporación en el precio de consumo, o como adición por compensación obligatoria del servicio" (23).

Ascoli, por su parte, sostiene una postura muy interesante sobre la propina, pues nos habla de:

"La transformación de la propina en un derecho subjetivo: la propina a un camarero de hostería o de restaurante no es más una

Trattato di diritto civile italiano, (dottrine generali), Edit. Athenaeum, Roma, 1921, Vol. I, pág. 141, nota 1.

prestación gratuita, sino que ella es debida como suplemento por el servicio en virtud de una precisa declaración del propietario de esos lugares . . . la propina se halla transformada en una verdadera y propia obligación civil y viene considerada expresamente como una compensación debida al trabajador por su prestación de servicio" (24).

Dentro de una postura todavía más avanzada tenemos al jurista Maroi, quien al estudiar la propina propiamente dicha y no el recargo en la cuenta, nos dice: "La propina se da con el objeto de obtener la liberación de un deber que, aún cuando no socorrido por una acción, tiene carácter jurídico porque encuentra su fundamento en aquella opinión *necessitatis* que la práctica constante ha impuesto . . . la consideración sobre su desenvolvimiento autoriza la conclusión de que la propina es salario, es dada y recibida como remuneración del trabajo" (25).

Por lo que resumiendo la postura de este autor:

- a) Existe una obligación natural de dar generosamente la propina;
- b) Esta obligación natural tiene su propia fuente en la costumbre; y
- c) la propina es un verdadero y propio salario, "es la remuneración de un servicio o trabajo prestado".

Nos parece que dentro de la postura civilista, este autor y algunos franceses que ya estudiamos, son los que más se han acercado a la verdadera naturaleza de la propina al hablarnos de una obligación natural y que de ahí deriva su obligatoriedad.

Pero ¿qué es una obligación natural?, entre nosotros Ernesto Gutiérrez y González (26), nos dice que es la relación jurídica que se establece entre una persona llamada acreedor y otra llamada deudor, en virtud de la cual el primero puede exigir al segundo, que debe cumplir, una prestación de carácter patrimonial, pecuniaria o moral, pero que no puede exigirla coactivamente si el deudor no cumple, pues no engendra una acción. Y decimos que la propina sí es una obligación aunque no tenga acción, porque recordamos que no tiene la obligación como elemento de existencia la coacción, ya que siguiendo al sistema alemán, vemos que la obligación se reduce a la idea de "schuld", esto es, se reduce a un "deber cumplir" y a un "poder exigir", y que, la coacción designada con la palabra "haftung", no es un elemento de la obligación, sino que se presenta en un momento posterior de la misma.

Esta concepción tiene importantes consecuencias jurídicas, pues una

(24) ENRIETTI Enrico, Op. cit., pág. 204.

(25) *Ibidem*, pág. 212.

(26) Derecho de las Obligaciones, Op. cit., pág. 762.

vez hecho el pago ya no se da acción para repetir, alegando pago de lo indebido.

Esta postura que se podría sostener en el derecho del trabajo de otros países con influencia civilista, en México, hoy en día, es inaceptable, porque nuestro ordenamiento laboral ha roto con el derecho civil, porque dado su avance y autonomía tiene sus instituciones propias y no necesita hacer construcciones con figuras civilistas que no se amoldan al fundamento y finalidades del Derecho Mexicano del Trabajo.

La doctrina brasileña.

Merece especial mención este país, en vista de que es en donde se tiene una legislación y una doctrina muy avanzada por lo que respecta a la propina como parte del salario.

En efecto, dice el primer párrafo del artículo 457 de la Consolidación de Leyes del Trabajo que: "Comprende la remuneración del empleado, para todos los efectos legales, además del salario debido y pagado directamente por el empleador, como contraprestación del servicio, las propinas que reciban...".

Para tratar de salvar el obstáculo de determinar su monto se estableció en el segundo párrafo del artículo 29 de dicha Consolidación, que en la cartilla de identificación profesional deberá anotarse la remuneración, con la especificación de la determinación del salario, cualquiera que sea la forma de pago, ya sea en dinero o en utilidades, y además la indicación estimativa de la cantidad que reciba el trabajador en propinas.

La estimativa, por lo tanto, debe resultar del acuerdo entre el empleado y su empleador, a falta de acuerdo o en el interim, en lo que se ponen de acuerdo, corresponde a los Tribunales del trabajo juzgar y decidir al respecto, arbitrando el valor del discutido porcentaje de la propina.

La legislación brasileña siempre se ha inclinado a sostener a la propina, ya sea obligatoria en los recargos a la cuenta o bien facultativa, como formando parte del salario; así, en el Decreto-ley No. 65, de 14 de diciembre de 1937, en su artículo 8, se disponía que: "Siempre que el pago al empleado sea hecho en utilidades o en la costumbre de que el empleado reciba habitualmente propinas o gratificaciones de terceros, tales utilidades o pagas serán arbitrados, de común acuerdo, entre empleados y empleadores, y computados en los salarios no sólo para los efectos de la previsión social, sino también para los de la legislación de protección a los trabajadores, debiendo tal arbitraje ser declarado en la cartilla de identificación profesional del empleado, so pena de ser suplido por acto de la autoridad competente o pronunciamiento del Instituto o Caja interesados".

Como se desprende de su derecho positivo, Brasil alteró la terminología tradicional que veía al salario igual a remuneración, pues para ellos la remuneración es igual a salario más propinas, esto es, la palabra remuneración tiene una connotación más amplia y más compleja. Es muy usual en la doctrina brasileña utilizar, al hablar de la propina, la feliz expresión de Cesarino Junior de "salario indirecto", que es "el recibido por el empleado de otro, que no es el empleador, como consecuencia de los servicios que se le han prestado" (27).

La legislación brasileña, nos dice Orlando Gómes, no hace distinciones en la propina, si se paga como práctica generalmente aceptada o como recargo en las cuentas de los clientes, ordenándose incluir la propina en la remuneración del trabajador en cualquier hipótesis (28).

Los principales ius-laboralistas de aquel país, están de acuerdo en esa idea; así, por ejemplo, Dorval Lacerda nos dice que la propina, para los efectos legales, es una gratificación en dinero dada por un cliente de la empresa al empleado de ésta, por el servicio que éste le ha prestado, en calidad de empleado de la empresa, excepto por lo que respecta al salario mínimo, el cual deberá ser pagado por el empleador; así, con este salario se integra la remuneración, y es sobre tal remuneración (salario más propinas) que se hacen los cálculos de días de descanso, salario-enfermedad, indemnización, contribución para los institutos de previsión, etcétera (29).

En el derecho español.

A pesar de que en el artículo 70 de la Ley de Contrato de Trabajo, en el que se habla de la fidelidad que deben guardar los trabajadores a la empresa en que trabajen, se establece que: "Si se aceptaren propinas, regalos, o cualquiera otra ventaja que constituyera soborno para hacerles incumplir sus deberes derivados del contrato de trabajo, el empresario tendrá derecho a incautarse de cuanto el trabajador reciba por ese concepto, sin perjuicio de la indemnización correspondiente por daños o perjuicios". En este artículo se confunde lamentablemente a la propina con la figura que la doctrina francesa ha denominado "pot-de-vin", que hemos traducido por adehala y que estudiaremos más adelante. Eugenio Pérez Botija llega a la conclusión de que las propinas en general, en las dos formas que venimos estudiando: "... constituyen una manera muy particular de retribución del trabajo; su asimilación al salario es evidente; significan ganancias por razón de la labor realizada... Las retribuciones

(27) en **Contrato Individual de trabalho. Salario indireto**. Edit. da Rev. Arcadia, Sao Paulo, 1944, pág. 7.

(28) **O salario no directo brasileiro**, en "Coleção de direito do trabalho", Jose Konfino edit., Rio de Janeiro, 1947, pág. 34.

(29) Cit. en SUSSEKIND Arnold: **Dicionário brasileiro de decisoes trabalhjstas**. . . op. cit., Vol. II, pág. 169.

calculadas sobre las propinas tienen carácter completamente aleatorio, ya por el número de clientes, ya por la cantidad que cada uno asigne al trabajador. La obligación de la empresa se limita a establecer las condiciones para que el trabajador perciba esa gratificación o remuneración directa de manos del cliente . . ." (30).

En el derecho uruguayo.

Nos dice Francisco de Ferrari (31) que la propina se ha considerado como un suplemento del salario o el salario mismo, y que esto ha sido sostenido por la doctrina y la jurisprudencia uruguayo, las que ponen como única condición la de que aquella esté vinculada a un uso y que el hecho de darla y recibirla sea habitual y permanente en la profesión y no una mera liberalidad esporádica.

Este criterio ha sido plasmado en su derecho positivo, y así, el artículo 26 de la Ley de 28 de febrero de 1941 sobre accidentes de trabajo, establece que las propinas se tomarán en cuenta para establecer el salario base, pero sólo "cuando se tuviere habitualmente en cuenta en la remuneración del trabajador".

La misma orientación tiene la Ley No. 10489, del 6 de junio de 1944, al referirse a las "propinas y otras compensaciones estimadas como remuneración normal y permanente".

Recientemente, nos dice De Ferrari, el artículo 11 de la Ley de 23 de diciembre de 1958, acaba de considerar también la propina como una parte del salario.

En el derecho chileno.

En este país se decidieron por motivos de carácter práctico a establecer la propina como obligatoria, recargando un tanto por ciento en las cuentas de consumición de los clientes, prohibiendo exigir por el trabajador otra remuneración que no fuera esa.

Así, la Ley No. 7388, de 21 de Diciembre de 1942, reglamentada por el decreto No. 344 de 14 de junio de 1943, en las que se estableció que la propina ya no era más un acto de liberalidad, sino un acto oneroso que corresponde al pago de un quantum de trabajo que ha beneficiado al que lo solicita (cliente) o al que lo ofrece (patrono). Las citadas remuneraciones adicionales eran de un 10 o de un 20%, según la empresa de que se tratara (32), y en el artículo tercero de la citada Ley, se dice: "Queda

(30) En Curso de. . . cit., 5a. ed., pág. 229.

(31) Lecciones de. . . cit., tomo II, págs., 265-266.

(32) Dice el artículo 1o. de la citada Ley: "En los establecimientos que expenden bebidas y artículos alimenticios para ser consumidos en sus locales y en que el cliente sea

prohibido al personal a que se refiere esta Ley recibir del público otra remuneración adicional que no sea la establecida en el artículo 1o."

En el derecho argentino.

Ya hemos visto que en este país se quiso suprimir a la propina por una nueva institución a la que llaman "porcentaje" o "recargo", pero que en realidad es la misma propina con la modalidad de que está determinada sobre la cuenta de los clientes en una cantidad fija y obligatoria.

En el decreto 4148/46, se declararon de cumplimiento obligatorio las disposiciones del laudo llamado por la doctrina argentina "gastronómico", dictado el 4 de septiembre de 1945 por la Dirección Nacional de Trabajo y Acción Social, y que rige las relaciones entre los patronos y los trabajadores de hoteles, restaurantes, bares, confiterías, "dancings" y "boitos", cafés, lecherías y demás establecimientos que tengan por principal objeto proporcionar al público servicios de alojamiento y suministro de comida y bebida; en estos establecimientos enunciados en el artículo 1o., quedaba prohibido el otorgamiento y percepción de importes de dinero considerados como propina, bajo apercibimiento de la aplicación de las sanciones que al efecto se establecen. En el artículo tercero de la Ley 12921, el porcentaje o recargo se hizo extensivo a todo el territorio de la República Argentina (33).

Cabanellas (34) nos dice que fue deplorable pretender suprimir la propina al establecer el recargo en el servicio, pues no se logró sino burlarse del público, pues se cobró más obligatoriamente y persistió la dádiva.

En un estudio reciente, Alberto J. Traini, llega a las siguientes conclusiones: a) el obligado directo al pago del recargo es el público; b) el porcentaje recaudado integra un fondo común perfectamente diferenciado de los ingresos del empleador y su destino es la distribución entre el personal al que pertenece originariamente, de acuerdo al sistema de porcentaje; c) el empleador o patrono es una suerte de mandatario legal de los trabajadores beneficiados por el porcentaje, cuya función específica consiste en recaudarlo y distribuirlo, por lo que existe acción contra el empleador mandatario por incumplimiento de la función que el laudo le impone de recoger dichos porcentajes para después repartirlos (35).

atendido por garzones o camareros, como ser: hoteles, restoranes, bares, clubs, y otros. similares deberá agregarse a la cuenta de consumo un diez por ciento adicional, destinado a remuneración del personal encargado de atender directamente al público. . . En las fuentes de sodas, salones de té y confiterías, se agregará a la cuenta de consumo el veinte por ciento adicional. . .". Vid. GAETE BERRIOS Alfredo: **Estatuto jurídico de los obreros**, Edit., jurídica de Chile, 1953, pág. 147 y sig.

(33) Vid. NAPOLI, Op. cit., pág. 251.

(34) En su Compendio de derecho. . . cit., tomo I, pág. 609.

(35) en El "laudo gastronómico. ¿remuneración por cuenta del empleador o recargo de servicios al público? Op. cit., pág. 52.

Como se puede apreciar, implícitamente este autor, al hablarnos de la mecánica del sistema argentino, está dándonos la razón, pues no se puede diferenciar tajantemente por un lado a la propina y por el otro el porcentaje o recargo, ya que en esencia son lo mismo, nada más que el segundo es más práctico, porque interviene el patrono para precisarlo en la cuenta, recogerlo y después distribuirlo entre todos los trabajadores, pero en el fondo sigue siendo una retribución que da un tercero a un trabajador por la satisfacción del servicio que ha recibido.

Hace poco tiempo, Luis A. Despontin, al estudiar las partes integrantes del salario, o sea, los elementos que contribuyen a formarlo aunque no se manifiesten en forma expresa al hacerse el pago de la retribución, pero que se tienen en cuenta para fijar: aportes jubilatorios, sueldos de vacaciones, aguinaldos, indemnizaciones, etc., señala que forma parte del salario la propina, que es "la entrega facultativa y graciable del cliente al trabajador. No son obligatorias. Es una costumbre universal, en mozos de hoteles, transportes, etc. Se diferencia del salario, en que este es a cargo del empleador y es fijo su monto. La propina es aleatoria, facultativa y a cargo del cliente" (36); y añade que integra el salario:

- a) Si es conocida y cobrada por el empleado;
- b) Si tiene un carácter de normal y regular;
- c) Si se ha tenido en cuenta al tomarse al empleado y fijarse su salario.

Así es como podemos llegar a la conclusión de que la mayor parte de la doctrina y de la legislación, con Francia y Brasil a la cabeza, han considerado a la propina, sea entregada directamente por el cliente al trabajador, sea a través del patrono que las percibe a nombre de los trabajadores para después hacer un reparto equitativo entre ellos, en ambas situaciones, forma parte del salario, no importando que provenga de un tercero, puesto que se recibe por el trabajador como remuneración por su prestación de servicios, se ha tomado en cuenta al establecerse el salario con el patrono, y es obligatoria porque así lo ha impuesto la costumbre, y en algunos países la ley.

Ahora bien, el derecho del trabajo ha tratado tres problemas muy interesantes: uno es el de la diferencia entre lo que nosotros hemos llamado adehala con respecto a la propina, otro es el de si el patrono puede exigirle al trabajador una parte de las ganancias para dejarlo trabajar, y por último, si un trabajador puede tener como única remuneración las propinas que perciba del público. Vamos a analizar a continuación estos tres problemas:

(36) *Derecho privado y público del trabajo*, Universidad de Córdoba, Córdoba Arg., 1961, pág. 64.

6.—¿En qué consiste el pot-de-vin o adehala? Para esto hay que recurrir al derecho francés, en donde vemos configurarse esta figura jurídica, y en donde se hizo la diferencia con la propina, con la que no debe confundirse.

El pot-de-vin o adehala está relacionado con la corrupción de los trabajadores en las empresas privadas, es una institución estudiada mucho por los principales penalistas franceses, como son: Garraud, Lebret, Rousselet y Patin, Henry, Lévy-Caen, y otros.

El trabajador, nos dicen Paul Durand y André Vitú (37), al tener relación con los terceros por razón misma de su trabajo que es por cuenta del patrono, recibe, a veces una remuneración de aquéllos, que es lícita cuando es recibida por el trabajador con el consentimiento del patrono, cuando la costumbre la ha consagrado en ciertas profesiones bajo el nombre de propina.

Pero cuando esta remuneración es pagada a escondidas del empleador o patrono, dicha remuneración se califica de "pot-de-vin" y es considerada peligrosa para el patrono, pues viola la confianza que existe entre las partes, ya que dicha remuneración puede estar destinada a obtener un tratamiento en beneficio del tercero y en detrimento de los intereses del patrono y a veces contrariando sus órdenes; esta remuneración se debe considerar como una forma de corrupción.

Georges Bry decía que estas "remuneraciones ocultas", refiriéndose al "pot-de-vin" y no a la propina, como gran parte de la doctrina ha mal interpretado, violaban el deber de fidelidad del trabajador; comenta que en un principio el legislador no creyó indispensable intervenir en estas "remuneraciones ocultas" por ser demasiado raras y casuales, y porque no influían gravemente sobre la honestidad del comercio y de la industria, pero posteriormente empezaron a ser más frecuentes y cada vez más arraigadas por los trastornos económicos y sociales de la guerra, lo que motivó la intervención del legislador (38).

Ahora bien, la expresión "pot-de-vin" la hemos traducido por adehala, palabra que proviene del árabe ad dajala: la entrada, el ingreso, y que según la Real Academia de la Lengua es: "lo que se da de gracia o se fija como obligatoria sobre el precio de aquello que se compra o se toma en arrendamiento", o bien, "lo que se agrega de gajes o emolumentos al sueldo de algún empleado o comisión". Y lo utilizamos porque así lo podemos diferenciar de la propina y porque denota claramente que es una remuneración que se da a la entrada, al comienzo, para que se preste un servicio o se entregue una cosa y no con posterioridad, por el servicio

(37) *Traité de droit*. . . cit., tomo II, pág. 589.

(38) *Les lois du travail industriel*, 6a. ed., Recueil Sirey, París, 1921, pág. 119.

prestado, como acontece con la propina; aunque no dejamos de reconocer que se acerca la adehala mucho al delito de cohecho.

En Francia, nos dice Bry (39), era frecuente exigir esta adehala o "pot-de-vin" en ciertas empresas, en las cuales los empleados, al momento de la compra o recepción de las mercancías, cobraban una remuneración secreta a los proveedores, especialmente durante la primera guerra mundial, a las casas alemanas para favorecer o eliminar su concurrencia. También se conoce el escandaloso tráfico de vagones que hacían ciertos agentes de las estaciones ferroviarias durante la guerra. Estas prácticas no solamente eran nocivas para el patrono al que se le ocultaban, sino también a los proveedores y clientes de menor fortuna que no se atrevían o no podían ofrecer los "pots-de-vin" que eran muy elevados.

Pues bien, esta situación fue escandalosa en Francia, no teniendo un tipo penal en el que pudieran encuadrarse para sancionarla como delito, pues el código penal francés de 1810 sólo hablaba de la corrupción de los funcionarios, o sea, el cohecho del código penal mexicano; este fue el motivo para expedir una ley el 16 de febrero de 1919 que adicionaba los artículos 177 y 179 del código penal francés, con una nueva figura delictiva: "la corrupción pasiva y la corrupción activa de los empleados de las empresas privadas", la primera se dirige al trabajador, quien ya sea directamente o por interpósita persona haya solicitado o recibido una remuneración para hacer un acto de su empleo o abstenerse de hacer un acto que su deber le encomienda hacer; y la corrupción activa era para cualquiera que haya corrompido o trate de corromper, por cualquier medio, a un trabajador, para obtener que realice un acto o se abstenga de realizar un acto comprendido dentro de sus obligaciones (40).

Así se hace de la ley de 1919, "un texto que reprime toda violación a la obligación de fidelidad que todo trabajador debe tener para con su patrono" (41).

Por medio de la Ordenanza del 8 de febrero de 1945, se modificó el texto de los artículos citados del código penal, a fin de introducir, además, otra figura que es más grave y que es la corrupción activa y pasiva que tiende a obtener el cumplimiento o abstención de un acto que no entra dentro de las atribuciones del trabajador, pero que se facilita por su función; para este delito la pena y la multa es más elevada (42).

Estos contratos, que en el derecho civil son además nulos por tener una causa viciada, puesto que se paga por realizar un hecho lícito u honorable pero que está dentro de sus obligaciones y no puede hacerse pagar

(39) Ibidem.

(40) Durand et Vitú, Op. cit., tomo II, pág. 590.

(41) Ibidem.

(42) Ibidem.

para cumplir con su deber; nos dice Ripert, que aquí: "el ideal moral se afirma, puesto que se hace preponderar para perseguir el perfeccionamiento del individuo y se impone desinteresadamente . . . las personas no pueden tener la pretensión de exigir una remuneración para cumplir con su deber, por la misma razón que se han declarado nulas las convenciones que acuerdan como deuda la remuneración para que cumplan la obligación contractual o legal a su cargo, por ejemplo: la restitución de la cosa prestada o recibida en prenda" (43).

Ahora bien, esta distinción se puede hacer y tiene consecuencias en el derecho del trabajo de México, así, si uno de los trabajadores a que se refiere el capítulo que comentamos pide o recibe una cantidad por cumplir con sus obligaciones, por ejemplo: si un mesero pide una cantidad por buscar u ofrecer una mesa, o para prestar un servicio, o para buscar o dar un cuarto en un hotel, para atender a un cliente en un bar u otras situaciones simitares, que en la mayor parte de los casos se hace a espaldas del patrono, y a pesar de que se le denominen propinas, son faltas de probidad y honradez hacia el patrono, y por lo tanto, causa justificada para que se rescinda la relación de trabajo, con fundamento en el artículo 47, fracción II, de la nueva Ley Federal del Trabajo.

7.—La segunda cuestión que ha tratado el derecho del trabajo desde hace mucho tiempo, es si el trabajador de hoteles, restaurantes, bares, salones de belleza, peluquerías y otros similares, pueden trabajar por la sola propina, sin recibir remuneración del patrono, sino por el contrario, pagar una parte de sus ganancias para que se le deje trabajar en la empresa del patrono; de hecho así sucede, pero a la luz del derecho hay que estudiar el problema.

En esta situación, o sea, cuando el trabajador da una parte de lo que percibe al dueño del lugar para que lo deje seguir trabajando en su empresa, se configuraría lo que en derecho civil alemán se conoce como "negocio parciario", que es aquel contrato en que uno promete a otro ciertas prestaciones a cambio de una cuota en la ganancia que el otro se propone, por ejemplo: cuando se arrienda una finca por una cuota de los frutos que se han de obtener en el mismo, o cuando se prometen servicios en un negocio mercantil a cambio de un tanto por ciento en las ganancias o en las operaciones, o cuando se cede el derecho de editar una obra a cambio de una parte de la ganancia (44).

Cabanellas opina que en este caso no existe relación de trabajo, puesto que lo único que se hace es arrendar el puesto, así dice: ". . . si-

(43) *La règle morale dans les obligations civiles*, 2a. ed., Librairie Générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1927, págs. 59-60.

(44) Vid. ENNECCERUS-KIPP-WOLFF: *Tratado de Derecho Civil (parte general)*, trad. Pérez González B. y ALGUER J., Edit. Bosch, Barcelona, 1944, Vol. II, pág. 75.

tuación diferente surge cuando el desempeño de los servicios reviste, en quien lo presta, la naturaleza especial de sub-contratista; como la persona que arrienda un guardarropa en un restaurante, café, confitería, baile o teatro. Abone o no una retribución al patrono, no existe en esos casos contrato de trabajo, sino de explotación de servicio o de sub-empresa. El contrato de trabajo exige una remuneración a cargo del patrono y un estado de subordinación de una parte ante otra; ninguna de las dos condiciones aparece en esa prestación especial en que una persona compra el puesto a la empresa y abona a ésta una suma, para poder explotar un servicio . . ." (45).

J. Ramírez Gronda es de la misma opinión, y así concluye sobre este problema: "Estimamos, por nuestra parte, que no existiría un típico contrato de trabajo, porque parece faltar uno de sus elementos: la remuneración. Podría tratarse, en cambio, de una concesión de servicios (en alguna manera semejante a la que ocupa el derecho administrativo), pero sin que ello autorice a descartar la aplicabilidad de las normas sobre condiciones de labor" (46). Para Mario L. Deveali, esta situación se perfila hacia un contrato de empresa, aunque puede hablarse de un contrato mixto "con prevalencia de uno u otro esquema contractual, según la situación" (47).

Sin embargo, estas posturas civilistas no se pueden sostener y el derecho del trabajo volvió a imponerse, así la doctrina moderna con Francisco de Ferrari ha dicho que sí existe una relación de trabajo, porque:

"En realidad, el empleado no abona ningún precio al dueño del hotel o confitería; no adquiere tampoco el derecho a explotar el servicio; simplemente entrega al empleador una parte de la propina, porque excede de la que habitualmente se percibe en otros establecimientos similares. Si no se procediera así el mozo recibiría un salario notablemente superior al que, de un modo corriente, perciben los trabajadores de la misma categoría. Hay, pues, una retribución que se distingue de la habitual en el hecho de consistir en una parte y no en la totalidad de la propina . . . concurren, además, los otros elementos característicos de esta figura contractual: el estado de subordinación y la prestación personal del servicio. Si en realidad, se ajusta en estas circunstancias un contrato de sub-empresa, el concesionario del servicio podría hacer atender por otro su plaza de mozo

(45) Compendio. . . op. cit., tomo I, pág. 611. Justo López nos dice que la venta del puesto, "que se practicó en otras épocas, es una convención nula, no sólo por contraria a las buenas costumbres, sino también por ilícita en cuanto significa un descuento anticipado". El salario, en Tratado de. . . cit. dirigido por Deveali, Tomo II, pág. 471.

(46) El contrato de. . . cit., pág. 399.

(47) Lineamientos de. . . cit., pág. 445.

y no tendría, además, por qué desempeñar sus tareas bajo la dirección del empleador" (48).

Y así, partiendo de la idea de que estamos frente a una relación de trabajo, ahora debemos contemplar si puede formarse jurídicamente en México una relación con esa modalidad, la de que una parte de las propinas que perciba de los terceros o clientes se la entregue al patrono para que lo deje continuar en su puesto.

Las propinas se dan por el cliente al trabajador por su eficiencia al prestar el servicio y como una forma de demostrar satisfacción, y de ninguna manera puede considerarse ingresos de la empresa de la que toca una parte al trabajador, pues si el cliente se diera cuenta de que no es la remuneración para el trabajador sino para el patrono, con toda seguridad no la daría, por considerar que ya le pagó a la empresa al entregar el importe de la nota o cuenta por las mercancías o servicios que contrató.

Esta figura está expresamente prohibida en el Derecho Mexicano del Trabajo. En la nueva Ley Federal del Trabajo existe la prohibición expresa, tanto en un aspecto general como en una prohibición de carácter particular; la primera se encuentra en el artículo 133, que prohíbe a los patronos, en la fracción tercera: exigir o aceptar dinero de los trabajadores como gratificación para que se les admita en el trabajo o **por cualquier otro motivo que se refiera a las condiciones de éste**; y por si no fuera suficiente, en el artículo 346, al hablar de las propinas como parte del salario, se dice en el segundo párrafo: "Los patronos no podrán reservarse ni tener participación alguna en ellas".

Por lo que si llegara a formarse de hecho una relación de trabajo en que el trabajador tenga que dar una parte de su salario en propinas al patrono para que lo deje trabajar, podrá demandar el trabajador no sólo la devolución de las cantidades pagadas ilegalmente, sino además, el importe del salario, el mínimo por lo menos, que le debió haber pagado el patrono por su prestación de servicios.

8.—El tercer problema, más frecuente todavía que el anterior, es el de la prestación de los servicios en forma subordinada teniendo como única remuneración las propinas que reciben de los terceros o clientes de la empresa.

Ante esta situación la mayor parte de la doctrina ha tomado una posición civilista que proviene del derecho alemán; así Enneccerus, Kipp y Wolff nos dicen que la contraprestación del contrato de servicios" puede consistir también en que se conceda al obligado a los servicios la oca-

(48) Op. cit., tomo II, págs., 268-269.

sión de recibir propinas" (49). Quizás el impulsor de la idea en el derecho del trabajo haya sido Lotmar, ya que hablaba de que: "la posibilidad de la percepción de la propina y no la propina misma, es lo que constituye la contraprestación de la empresa, la cual reemplaza así su obligación de pago de salario en metálico" (50).

En Italia han prosperado mucho estas ideas, que se ha denominado de la "oportunidad de la ganancia", que constituye una contraprestación en especie de la empresa por el servicio recibido; así se ha sostenido por Barassi, Riva-Sanseverino, Grecco, De Litala; y en Bélgica por Henri Velge (51).

En la actualidad, Deveali defiende esta postura en Argentina, diciendo que dicha posibilidad que el patrono ofrece al dependiente de cobrar dichas propinas sirviendo a los clientes de su negocio, configura una retribución en especie, así: "cuando el importe normal de las propinas corresponde, más o menos, al salario que sería debido por los servicios que el trabajador se obliga a prestar, y éste no recibe ninguna retribución directa del patrono, trátase en estos casos, de un contrato de trabajo con retribución en especie; retribución que consiste —lo repetimos— no ya en la propina, sino en la posibilidad de cobrarla" (52).

En contra de esta postura, tenemos al maestro De la Cueva (53), quien acertadamente dice que dichos trabajadores no prestan servicio subordinado a la clientela, sino a la empresa misma, y, en consecuencia, es el empresario o dueño del restaurante quien debe cubrir la retribución; dicho dueño de la empresa podrá aumentar los precios de sus productos, pero tiene el deber de pagar el servicio que recibe de sus trabajadores. "El análisis de algunas medidas de protección al trabajo confirman estas observaciones: El dueño del restaurante tiene el deber de pagar las primas de los seguros sociales y son también a su cargo las responsabilidades por los riesgos profesionales que sufran los trabajadores; solamente el empresario puede despedir a los meseros y es él y no la clientela, contra quien puede reclamarse por el despido". Y concluye, que la propina como retribución única habría sido admisible en el siglo XIX, cuando el trabajo estaba regido por el derecho civil, pero no en el Derecho Mexicano del Trabajo, cuyo propósito es la protección de la persona del trabajador.

Además de estas razones por sí convincentes, el fundamento para

(49) Tratado de derecho civil. . . op. cit., tomo II, pág. 233-234, nota 10.

(50) Cit., en PEREZ BOTIJA E.: Curso cit., pág. 229, nota 47.

(51) Cit. en CESARINO JUNIOR F.: Contrato individual de trabajo: salario indirecto, op., cit., págs. 8 y sig.

(52) Lineamientos. . . cit., pág. 444.

(53) Derecho mexicano del. . . cit., tomo I, pág. 651.

rechazar como salario esta oportunidad de ganancia para eximir al patrono está en su inconstitucionalidad, pues, por un lado, en la fracción VI del artículo 123 Constitucional, apartado A, se garantiza el pago del salario mínimo, el cual según nuestro derecho del trabajo, siempre debe ser en efectivo; por otro lado, la fracción X del citado precepto constitucional es terminante: el salario deberá pagarse precisamente en moneda de curso legal, prohibiéndose hacerlo en efectivo con mercancías, vales, fichas o cualquier otro signo representativo con que se pretenda substituir la moneda, como podría ser también la "oportunidad de la ganancia" o cualquiera otra prestación en especie que quiera dar el patrono por el trabajo subordinado.

A mayor abundamiento, nuestra nueva Ley Federal del Trabajo, en el artículo 82, define al salario como la retribución que debe pagarse al trabajador por su trabajo y que es a cargo del patrono, la que según el artículo 84 se integra con los pagos hechos en efectivo por cuota diaria, gratificaciones, percepciones, habitación y otras prestaciones que se enumeran, pero en ninguna parte se dice que se puede suprimir esa parte en efectivo; además, el artículo 85 nos dice que el salario debe ser remunerador y nunca menor al fijado como mínimo de acuerdo con las disposiciones de la ley, y el artículo 90 establece claramente que ese salario mínimo es la cantidad menor que debe recibir "en efectivo" por los servicios prestados; por último, el artículo 97 cita los casos de pensiones alimenticias y el pago de rentas como las únicas causas para compensación, descuento o reducción de dicho salario mínimo, pero ni habla de la "oportunidad de la ganancia" como otra de las causas, ni mucho menos autoriza la supresión de ese salario mínimo en efectivo.

Así, las propinas forman parte del salario de los trabajadores, pero dicho salario del que forman parte, debe necesariamente tener una parte en efectivo, cuyo quantum, no puede ser, de ninguna forma, inferior al salario mínimo.

9.—Recién consagrados los derechos sociales en nuestra Constitución de 1917, algunas de las legislaciones de los Estados, al reglamentar el artículo 123 Constitucional y al dedicar un capítulo a los trabajadores domésticos, que ya analizamos en el capítulo respectivo, dentro de él dictaron algunas disposiciones especiales para los trabajadores de hoteles, restaurantes, bares, cafés y otros similares.

Así, tanto la Ley del Trabajo de Aguascalientes, como las de Campeche, Michoacán, Nayarit, Querétaro y Veracruz (54), hablaron del "doméstico público"; para diferenciarlo del que tradicionalmente ha sido considerado trabajador doméstico; se definía en aquel entonces al doméstico público, para los efectos de dichas leyes, como: "el que desempeña

(54) Vid. Secretaría de Industria, Comercio y Trabajo: Legislaciones, op., cit.

las mismas labores que el doméstico particular o privado en un establecimiento abierto al público”.

En dichos ordenamientos se establecían obligaciones tanto en beneficio del patrono como de los terceros; dentro de las primeras estaban: la de desempeñar personalmente y con cuidado el servicio convenido; obedecer las órdenes que se les dieran; observar buenas costumbres y respetar al patrono y sus familiares; cuidar los intereses del patrono; procurar mayor economía para el patrono y prestar auxilio en caso de peligro. Dentro de las obligaciones para con el público tenían las de: atenderlo con el debido comedimiento, obedeciendo sus órdenes cuando estén de acuerdo con el objeto de su empleo; guardar completa reserva sobre los negocios objeto de la visita y vida privada de la persona a quien atiende; velar por los intereses de las personas que concurren al establecimiento, indemnizándolas de los daños que ocasionen en sus intereses por descuido o desobediencia punibles.

Si bien estos derechos y obligaciones no tienen mucha trascendencia, ni mucha diferencia con los generales, existen dos prohibiciones que nos son de mucha importancia destacar:

Una era la prohibición del patrono de: “aceptar o exigir dinero del doméstico, como gratificación por admitirlo al trabajo o por cualquier otro motivo” (artículo 88, fracción II, de la Ley de Campeche; artículo 125, fracción II, de la Ley de Michoacán; artículo 71, fracción II, de la Ley de Nayarit; artículo 73, fracción II, de la Ley de Veracruz); o bien, sólo prohibían: “aceptar o exigir dinero para conceder empleo al doméstico” (artículo 125, fracción II, de la Ley de Querétaro).

Con esta prohibición se nos indican dos cosas: primero, que la corruptela de pedir o aceptar dinero para conceder empleo a estos trabajadores, tiene raíces muy hondas y antiguas; y por otro lado, confirma cuál ha sido lo postura del Derecho Mexicano del Trabajo al prohibirla.

La segunda prohibición importante en esas leyes de los Estados, es la de que no se permitía a los domésticos públicos: “Exigir propinas o gratificaciones por el desempeño del trabajo convenido con el patrono” o “en cambio del cumplimiento de su deber, al desempeñar el trabajo convenido con el patrono” o “por el desempeño del trabajo” o “en cambio del cumplimiento de su cometido” (artículo 121, fracción II, de la Ley de Aguascalientes; artículo 89, fracción II, de la Ley de Campeche; artículo 125, fracción III, de la Ley de Michoacán. artículo 75, fracción III, de la Ley del Estado de Nayarit; artículo 126, fracción II, de la Ley de Querétaro; y artículo 77, fracción III, de la Ley de Veracruz).

Sobre esta prohibición deben hacerse las siguientes observaciones: por un lado, no se prohíbe recibir sino sólo exigir “las propinas”, por lo que estaba permitida la figura; y por otro lado, no se refieren propia-

mente a la propina, sino a lo que hemos llamado adehala, en francés pot-de-vin, que ya estudiamos y que es causa justificada de rescisión de la relación de trabajo, de acuerdo con nuestro sistema legal.

Como una prestación muy peculiar para estos trabajadores tenemos la contenida en el artículo 70, inciso V de la ley del trabajo del Estado de Nayarit, que establece como obligación del patrono: "Darle al cumplir el primer año de haber ingresado al trabajo, y en los subsiguientes, en concepto de participación en las utilidades, una gratificación equivalente a un mes de sueldo".

En contraposición a estas legislaciones y con un espíritu más avanzado, tenemos a la Ley Reglamentaria del Artículo 123 Constitucional, del Estado de Hidalgo, publicada el 30 de noviembre de 1928, en la que se establecía con mejor criterio, en su artículo 148 que: "los trabajadores de uno y otro sexo que desempeñen labores domésticas en establecimientos abiertos al público, no se considerarán dentro del artículo anterior (trabajadores domésticos), sino que se tendrán como simples trabajadores".

10.—Cuando nuestra legislación del trabajo se convirtió en Federal, en la Ley Federal del Trabajo de 1931, vigente hasta el 30 de abril de 1970, se siguió el mismo pensamiento de la Ley Reglamentaria del Artículo 123 Constitucional, del Estado de Hidalgo, esto es, en el artículo 129 se establecía que no se aplicarán las disposiciones del capítulo de trabajadores domésticos a los que trabajen en hoteles, fondas, hospitales, restaurantes u otros establecimientos comerciales análogos. Las razones eran, por un lado, que no son trabajadores domésticos, pues éstos tienen una connotación precisa y, por otro lado, porque no se consideró necesaria una reglamentación especial.

Pero en el transcurso del tiempo se presentó un problema ante la Suprema Corte de Justicia relacionado con estos trabajadores: ¿se debía o no considerar a la propina como parte del salario? A lo que nuestro más alto tribunal, sin considerar que sí se toma en cuenta para fijar un salario menor por el patrono y que constituye la principal fuente de ingresos de esta clase de trabajadores y que se ha impuesto por la costumbre, decidió que no formaban parte del salario; así tenemos que en la ejecutoria de 30 de junio de 1960, A.D. 5574/58, Ezequiel González, se dijo:

"De acuerdo con los artículos 84 y 86 de la Ley Federal del Trabajo (1931), no pueden estimarse como salario las gratificaciones que los trabajadores que por cuenta del patrono sirven al público, reciben de los clientes. El salario es la retribución que debe pagar el patrono, en virtud del contrato de trabajo, y han de considerarse como tal, los pagos hechos por cuota diaria, las gratificaciones, percepciones, habitación y cualquiera otra cantidad ordinaria, pero es inconcuso que

éstas forman parte del salario cuando es el patrono el que las concede o paga y no cuando éstas provienen de personas extrañas al contrato de trabajo. Consecuentemente, no incurrió la responsable en violación de garantías individuales al computar únicamente como salarios caídos los que percibía el trabajador del patrono por su labor ordinaria" (55).

Este fue el principal problema que se solucionó con las disposiciones de la nueva Ley Federal del Trabajo, en la que se puso a nuestra disciplina acorde con la doctrina moderna y más apegada a la realidad al considerar a la propina como parte del salario.

11.—Ya en el proyecto "López Mateos" se establecieron disposiciones sobre que el patrono no se podrá reservar ni tener participación o cantidad alguna en las propinas (artículo 320); y que la propina para cualquier efecto del derecho del trabajo se consideraba como parte del salario, y que en caso de que no se cargase un porcentaje fijo sobre las consumiciones, se dejará al libre acuerdo el monto promedio que se debe tomar en cuenta para indemnizaciones o prestaciones que correspondan a los trabajadores; asimismo, al revisarse contratos colectivos y también los individuales, se lee en la exposición de motivos del citado proyecto: también al estudiarse las condiciones reales en que se prestaba el servicio, se comprobó la grave explotación de su trabajo, por lo que era necesario enfatizar que eran trabajadores y que se les aplicaba la jornada máxima de trabajo de ocho horas y la necesidad, por otro lado, de los salarios mínimos profesionales, sobre todo para la mayor parte que no presta sus servicios en establecimientos de categoría con ingresos altos.

Estas mismas ideas se tomaron en cuenta por el legislador al crear la nueva Ley Federal del Trabajo, como se desprende de la exposición de motivos. Afortunadamente no se tomó en cuenta las ideas plasmadas en las ejecutorias de la Suprema Corte de Justicia, las cuales, como vimos, no consideraban a la propina como formando parte del salario, pues si bien es un importante precedente como interpretación de los textos legales de materia laboral, no puede ser, de ninguna manera, un obstáculo para que el Poder Legislativo, al reglamentar el artículo 123 Constitucional, cumpla su función dictando las normas conforme a las cuales deban regirse en el futuro de las relaciones de trabajo.

Así es como surgió el capítulo XIV del Título dedicado a los trabajos especiales, bajo el rubro: "trabajo de hoteles, restaurantes, bares y otros establecimientos análogos"; esto es, como ya vimos, también se regula el trabajo en las casas de asistencia, fondas, cafés, salones de belle-

(55) En este mismo sentido tenemos la ejecutoria de 2 de octubre de 1959, A. D. 5572/58, de Teresa Ramírez, en la que se dijo: "La Junta no puede legalmente considerar como parte del salario las propinas o gratificaciones que provienen de terceros ajenos a la relación contractual".

za, peluquerías, el trabajo de los acomodadores de cines y los de teatros y demás trabajadores, cuya principal fuente de ingresos, no la única, es la propina, la que se toma en cuenta al fijar su salario en cantidad menor que otros trabajadores de la misma empresa, que la reciben forma habitual por la costumbre que la ha impuesta en ciertas profesiones.

No existen normas especiales sobre la jornada de trabajo, días de descanso, vacaciones y aguinaldo, por lo que esas y todas las normas que integran la nueva Ley Federal del Trabajo se les aplicarán, en lo que no contraríen las disposiciones especiales del capítulo; todo esto de acuerdo con el artículo 181 de la nueva Ley. Así, ya no se permitirá que los trabajadores a que se refiere dicho capítulo, permanezcan en el establecimiento durante doce o catorce horas diarias; sin duda, la jornada de trabajo podrá dividirse en dos o más períodos, pero si esto no ocurre, se aplicará lo dispuesto en el artículo 64, en el cual se dispone que si el trabajador no puede salir del lugar de trabajo durante las horas de reposo, el tiempo transcurrido se computará como parte de la jornada de trabajo.

Según el artículo 348, la alimentación que se proporcione a los trabajadores deberá ser sana, abundante y nutritiva.

Una obligación especial es la contenida en el artículo 349, que obliga a los trabajadores a atender con esmero y cortesía a la clientela del establecimiento. En caso de que no lo hagan se podrá rescindir justificadamente la relación de trabajo; con ello se salva el argumento de que si se convierte la propina obligatoria en un tanto por ciento sobre la cuenta, el trabajador ya no realizaría el servicio con la misma eficiencia y esmero que cuando no era obligatoria.

Pero el meollo del capítulo lo constituyen los artículos que se refieren al salario. Así el artículo 345 señala que las Comisiones Regionales fijarán los salarios mínimos profesionales que deberán pagarse a estos trabajadores y los someterá a la aprobación de la Comisión Nacional.

El artículo 346 establece que las propinas son parte del salario de los trabajadores a que se refiere dicho capítulo especial, de acuerdo con el artículo 347, en el que se establece que si no se determina, en calidad de propina, un porcentaje sobre las consumiciones o servicios, las partes fijarán el aumento que deba hacerse al salario de base para el pago de cualquiera indemnización o prestación que corresponda a los trabajadores.

Como se puede apreciar, estos artículos siguen lo dispuesto en la legislación brasileña, que ya estudiamos; por lo que si no se ponen de acuerdo el patrono y el trabajador en el monto de la propina para los efectos indicados, siguiendo la teoría brasileña, corresponderá a las Juntas de Conciliación y Arbitraje decidir dichas controversias.

Se establece como una conditio sine qua non para la fijación del mon-

to de la propina por las partes o por las Juntas de Conciliación y Arbitraje, el que el salario sea remunerador, debiendo tomarse en consideración la importancia del establecimiento donde se presten los servicios, como dice el artículo 347.

Y siguiendo una tradición cuyas raíces encontramos en las legislaciones locales anteriores a la expedición de la Ley Federal del Trabajo de 1931 y que está acorde con la teoría moderna de la propina, sobre todo en Francia, el segundo párrafo del artículo 346 dispone: "Los patrones no podrán reservarse ni tener participación alguna en ellas (las propinas)".

Esto es evidente, ya que las propinas son entregadas por los clientes con la finalidad de gratificar a los trabajadores por el esmero y especial atención al cliente, y no darían propina éstos, si supieran que ésta es para el empresario; por otra parte, ocultarles la realidad, sería una falta de probidad (56).

Para terminar, y con el objeto de garantizar mejor las disposiciones contenidas en el capítulo especial que hemos estudiado, se imponen a los inspectores del trabajo las siguientes atribuciones y deberes especiales:

- I.—Vigilar que la alimentación que se proporcione a los trabajadores sea sana, abundante y nutritiva;
- II.—Verificar que las propinas correspondan en su totalidad a los trabajadores; y
- III.—Vigilar que se respeten las normas sobre jornada de trabajo.

(56) DE LA CUEVA M.: Derecho mexicano del. . . cit., tomo I, pág. 652.

"El derecho del trabajo constituye, no reglas para regular la compraventa o el arrendamiento de la fuerza de trabajo, sino un estatuto personal que procura elevar al hombre a una existencia digna".

Mario de la Cueva.

IX

TRABAJADORES DE AUTOTRANSPORTES

Sección primera: Trabajadores de autotransportes. 1.—Acerca de la necesidad de una regulación especial para estos trabajadores; 2.—Proposiciones de la O.I.T.; 3.—Situación anterior a la nueva Ley Federal del Trabajo. Tesis de la Suprema Corte de Justicia; 4.—Su regulación en la nueva Ley Federal del Trabajo. Sección segunda: Trabajadores de coches de alquiler. 5.—La doctrina francesa; 6.—Naturaleza jurídica de su relación con el dueño del coche en el derecho mexicano: Resolución presidencial emitida por el Gral. Lázaro Cárdenas en 1935, considerándolos como trabajadores y criterio inicial de la Suprema Corte; 7.—Modificación del criterio de la Corte y jurisprudencia firme; 8.—La nueva Ley Federal del Trabajo y los trabajadores de coches de alquiler.

1.—A lo largo de las luchas que ha desarrollado el derecho del trabajo a fin de extenderse, protegiendo relaciones jurídicas que anteriormente reglamentaba el derecho civil o el mercantil, una de las más importantes victorias es la que se refiere a los trabajadores de autotransporte. Gottlieb Daimler en 1883 al inventar el motor de combustión interna de gran velocidad y el carburador fue el impulsor del automóvil moderno, de los autobuses y camiones y con ello de la creación de grandes empresas que se dedicaron a lucrar con el servicio de autotransporte y hacer la competencia al ferrocarril. Pero para mover todas las máquinas era necesario el trabajo humano, el cual no podía desempeñar por sí mismo el capitalista, por lo que tuvo que acudir a terceras personas y es aquí cuando hizo acto de presencia el derecho del trabajo.

Guillermo Cabanellas, al estudiar cuales son las causas para que se

considere como una relación especial de trabajo el autotransporte, nos dice que: a) a las tareas específicas de la conducción del vehículo se suman, en ocasiones, la de carga o descarga de mercaderías o materiales, y a veces, la de cobranza de lo entregado o repartido, que impone hasta una rendición de cuentas más o menos somera al final de cada viaje o jornada; b) la actividad suele desplegarse lejos de la inspección directa del empresario, imposibilitado de discernir por lo común si los retrasos se deben a las averías o inconvenientes aducidos, aunque la reiteración cree indicios más desfavorables; c) la custodia de lo transportado tanto durante los traslados como en detenciones en el itinerario; d) el ajuste estrecho a las reglamentaciones de tránsito, cuyas penalidades recaen sobre el infractor; e) la exposición a causar accidentes o a sufrirlos en el intenso tránsito moderno, que se cubre mediante los oportunos seguros en lo que atañe a las consecuencias jurídicas (1). Sobre la naturaleza jurídica de la relación que une a los trabajadores de autotransporte con las empresas, llega a la siguiente conclusión: "En principio, los acarreadores, fleteros, porteadores y asimilados no se encuentran amparados por las disposiciones que rigen las relaciones laborales; pero sí tienen derecho a tales beneficios cuando prueban fehacientemente que, pese a la denominación de tal relación contractual, se encuentran ligados por un verdadero contrato de trabajo... dentro de la escala graduable entre el transportista que contrata con un empresario para explotar el primero el vehículo que posee y quien con ese vehículo ve facilitada la contratación de su esfuerzo laboral, hay que fijar la atención en la habitualidad del que transporta y en la continuidad de las necesidades del que recurre a ese transporte; así como en la exclusividad del que acarrea, convertido en verdadero empresario cuando atiende a numerosos clientes, y más si dispone de varios vehículos y cuenta con auxiliares retribuidos por él... Cuando el vehículo es propiedad del transportista, la presunción se encuentra a favor de la prestación autónoma. Por lo tanto, al que pretenda trato de trabajadores subordinado incumbe la prueba del carácter que reclame" (2).

La nueva Ley Federal del Trabajo en México, como veremos más adelante, decidió la cuestión en sentido inverso al argentino, todo conductor de autotransportes, que no sea propietario del vehículo es trabajador, no admitiendo ninguna prueba en contrario, la que en todo caso correspondería al patrono.

La forma en que se realiza este trabajo es muy peligroso e insalubre, lo que ha ameritado varios estudios, de los cuales, uno de los más interesantes fue el que se hizo de los trastornos psico-somáticos de estos conductores de camiones y automotores en los Estados Unidos, dirigida por la División de Higiene Industrial del Instituto Nacional de Salud Pú-

(1) Compendio de... cit., tomo I, pág. 921.

(2) *Ibidem*.

blica, en la que se llegó a la conclusión de que: la prestación de este servicio atenta, no sólo contra la salud del trabajador, sino también contra la seguridad de toda persona que circule por la ruta (3).

En el estudio "Fatigue and hours of Service of Interstate Truck Drivers" en el año de 1942, se llegó, entre otras, a las siguientes conclusiones que se deben tomar en cuenta para fijar la jornada de trabajo:

"Se pudo comprobar que algunos presentaban síntomas evidentes de fatiga exteriorizada en congestión ocular, temblor, alteración de los reflejos, y cambios en la presión arterial.

"Estas pruebas demostraron categóricamente que el aumento en las horas de trabajo en los conductores, traía una gradual y progresiva alteración de algunas funciones orgánicas, entre las cuales pueden mencionarse: a) alteración de la coordinación muscular, especialmente de los músculos de las manos; b) aumento de las oscilaciones del cuerpo; c) modificaciones en la velocidad de reacción a las señales de tránsito y capacidad de percepción de luces centellantes; d) cambios evidentes en la resistencia al resplandor y en la velocidad de los movimientos reaccionales coordinados de los ojos y eficiencia en la aplicación de los frenos; e) modificación del ritmo cardíaco, presión arterial y leucocitosis.

"En conjunto, todas estas alteraciones permiten afirmar la existencia de una proporcional reducción de eficiencia funcional del conductor al número de horas de trabajo.

"En los casos analizados se pudo establecer que debajo del nivel óptimo fijado, el resultado de las pruebas daban las siguientes cifras:

a) Para los conductores en reposo, acusaban menos eficiencia el 9% del total de trabajadores.

b) Para los que habían trabajado entre 1 y 7 horas consecutivas, el 27%.

c) Para los que habían trabajado de 8 a 11 horas consecutivas, el 33%.

d) Para los que habían trabajado más de 12 horas consecutivas, el 42%.

"Los autores del trabajo llegan a las siguientes conclusiones: "Aún cuando muchos factores de la vida diaria y los antecedentes de los choferes pueden influir para reducir su eficiencia, y por lo tanto, la seguridad de su manejo, se ha podido comprobar que tiene gran

(3) SCHUJMAN León: Acerca de la necesidad de una regulación particular para la relación laboral de los conductores de camiones, Rosario, Argentina, 1960, págs. 9-10.

importancia a este respecto la cantidad de horas que se trabaja. Aún más, las horas de manejo se pueden controlar, mientras que muchos de los otros factores no son realmente controlables, excepto por los mismos conductores. Por lo cual se desprende que una limitación razonable de las horas de trabajo tendrá que reducir el número de choferes con eficiencia funcional muy baja, lo que aumentará la seguridad en las carreteras" (4).

Estas consideraciones, entre otras, son las que han inducido a buscarles una adecuada regulación, siendo objeto de especial preocupación en el Derecho Internacional del Trabajo.

2.—En el Derecho Internacional del Trabajo ha sido objeto de especial atención la determinación de la jornada máxima de trabajo; así fue como se plasmó en el Código Internacional del Trabajo (5), en la Parte Segunda que se refiere a las horas de trabajo y períodos de descanso, un capítulo XXXI que se denomina: "Horas de trabajo en el transporte de carretera", y en el que en los artículos 276 y siguientes, se dictaron importantes normas que podemos resumir de la siguiente forma:

1).—La expresión "horas de trabajo" significa el tiempo durante el cual las personas interesadas están a disposición del empleador o de otras personas que pueden reclamar sus servicios, o durante el cual los propietarios de los vehículos y los miembros de sus familias estén ocupados, por su propia cuenta, en trabajos relacionados con un vehículo utilizado en el transporte por carretera, con los pasajeros o con la carga, y comprende:

- a) El tiempo consagrado al trabajo que se efectúe durante el período de circulación del vehículo;
- b) El tiempo consagrado a los trabajadores auxiliares (6);
- c) Los períodos de simple presencia (7);
- d) Los descansos intercalados y las interrupciones del trabajo cuan-

(4) Cit. en SCHUJMAN, *Ibidem*.

(5) Vid. O.I.T., Código Internacional del Trabajo, op., cit., págs. 276 y sig.

(6) Se definen a los trabajos auxiliares como aquellos relacionados con el vehículo, sus pasajeros o su carga, efectuado fuera del período de circulación del vehículo, y comprendiendo los trabajos relacionados con la contabilidad, entrega de ingresos, firma de registros, entrega de hojas de servicio, control de billetes, recepción y entrega del vehículo, operaciones de conservación y reparación, y demás trabajos similares (artículo 279, inciso c).

(7) La expresión "períodos de simple presencia" significan los lapsos durante los cuales una persona permanece en su puesto sólo para atender llamadas eventuales o para reanudar su actividad en el momento fijado por el horario de tráfico (artículo 279, inciso d).

do no exceda de la duración que determine la autoridad competente (artículo 279).

II).—Se puso especial énfasis en determinar las horas de trabajo y así se estableció:

a) Las horas de trabajo de las personas a quienes se aplique la sección, no deberán exceder de cuarenta y ocho por semana (artículo 280, parágrafo 1);

b) La autoridad competente podrá autorizar que las horas semanales de trabajo se calculen a base de un promedio (artículo 281, parágrafo 1);

c) Las horas de trabajo de las personas a quienes se aplica la sección no deberán exceder de ocho por día (artículo 282, parágrafo 1);

d) La autoridad competente deberá fijar el número máximo de horas que pueden transcurrir desde el principio hasta el fin de la jornada de trabajo (artículo 283);

e) Ningún conductor de vehículos podrá conducir durante un período ininterrumpido de más de cinco horas (artículo 289, parágrafo 1);

f) Toda persona a quien se aplique esta sección deberá disfrutar, durante cada período de siete días, de un descanso mínimo de treinta horas consecutivas, veintidós de las cuales, por lo menos, estarán comprendidas en un mismo día (artículo 291, parágrafo 1).

III).—Y para el cumplimiento y efectividad de todas las disposiciones se estableció que la autoridad competente deberá mantener un sistema de control, confiado a los inspectores de trabajo, la policía, los agentes de la circulación, o a cualquiera otra autoridad administrativa competente, tanto en los garages, depósitos y otros locales como en las carreteras (artículo 292, parágrafo 1).

3.—Dentro de nuestro ordenamiento jurídico, de acuerdo con la Ley Federal del Trabajo, a la mayoría se les consideró como trabajadores que prestan un servicio al público en autotransportes, puesto que ponen su fuerza de trabajo al servicio de la empresa y por ende, en lo que concierne al desarrollo de la fuerza de trabajo, subordinan su persona a los fines de la empresa. Aunque no podemos negar que a una parte de dichos trabajadores, sobre todo a los choferes de coches de alquiler, se les excluyó de los beneficios de la Ley laboral, por considerarlos arrendatarios de vehículos, con respaldo incluso de nuestra Suprema Corte de Justicia; esta fue una de las razones para que se incluyera un capítulo especial para estos trabajadores en la nueva Ley Federal del Trabajo.

Los choferes de autotransporte, aunque presten un servicio público y reciban una remuneración del público, con ello no se implica que exista

una relación laboral con dichas personas usuarios, sino que la relación de subordinación es con la empresa que obtiene ganancias y aprovecha el trabajo que realizan dichos trabajadores en forma subordinada.

La Suprema Corte de Justicia ha dicho que no existe relación de trabajo entre quien presta un servicio público y el que lo recibe, así, en la ejecutoria de 28 de marzo de 1963, en el A.D. 374/62, Unión de Crédito Henequenero de Yucatán, S.A. de C.V., se dijo:

“La fijación de una tarifa, para la prestación de un servicio público, implica como resultado lógico ineludible, que el usuario del servicio no puede cobrar por la prestación del servicio más que esa única tarifa, y ninguna anexidad más por ese concepto . . . La primera obligación del individuo u organismo que presta un servicio público concesionado, es respetar las tarifas, que se han fijado en interés público. Entre el individuo u organización que ha recibido del Estado el encargo de prestar un servicio público y el particular que hace uso de él, no hay relación laboral; el servicio no se presta bajo la dirección y vigilancia del usuario, en realidad, la dirección y vigilancia en el cumplimiento de las normas, corresponde al Estado”.

Y tan son trabajadores de la empresa, que la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia ha considerado que los contratos por ellos celebrados para transportar a las personas, se considerarán realizados por la misma empresa; en la ejecutoria de 14 de junio de 1962, A.D. 3857/59, Tres Estrellas de Oro, S.C.L., se estableció que los actos realizados por conducto de los empleados o servidores encargados de las distintas funciones o actividades, que hacen posible la transportación, objeto primordial de la sociedad, también son actos de comercio y se entienden realizados por la empresa y en ese sentido la obligan. “Esto, además de legal, es lógico y práctico, porque no sería posible que todos los actos encaminados a la realización de su actividad comercial, fueran materialmente ejecutados por el Consejo de Administración para que obligaran a la Sociedad”.

Una situación muy controvertida y que fue objeto de varias ejecutorias dictadas por nuestro más alto tribunal (8), fue la situación que guardaban los trabajadores de autotransporte con respecto a la unión o asociación de propietarios de autobuses, que formaban “sindicatos de propietarios de camiones”, el cual era el que controlaba al personal de choferes y les pagaba sus salarios por instrucciones de los propietarios; se dijo en dichas ejecutorias que no existía relación de trabajo con esa asociación aunque tuviera personalidad jurídica, porque no era patrono de aquellos sino un

(8) Tres ejecutorias encontramos en este sentido y son las siguientes: la del 21 de octubre de 1959, A. D. 6280/58, de Anastasio y Munguía Reyes; la del 30 de septiembre de 1957, A. D. 2361/56, Benigno Espinoza Bazán; y la ejecutoria de 12 de mayo de 1959, A. D. 2009/57, Manuel González Hernández.

sindicato y toda vez que los patronos siguen siendo los propietarios de los vehículos que manejen los choferes.

Considerando que hay que estudiar cada problema con las particularidades que presenta, si existen bajo la denominación de sindicatos verdaderas empresas que lucran con el servicio de trabajadores choferes, los cuales están subordinados a ella, por lo que no se puede aceptar el criterio invariable sostenido por la Suprema Corte de Justicia.

De hecho, la que controla y dá órdenes sobre la prestación del servicio es la unidad económica llamada sindicato: él fija la ruta, el itinerario, controla el número de "vueltas" que efectuó en la semana, e interviene en todos los trámites de la contratación; dicha empresa, organizada bajo el nombre de sindicato, tiene como finalidad coordinar el servicio de auto-transporte para así obtener un lucro; no participa a sus trabajadores en las utilidades de las empresas o les da una cantidad muy baja por decirles que son trabajadores del propietario del vehículo y no de la empresa; sosteniendo que es un sindicato y no una empresa, impide que se aplique la disposición constitucional de que a trabajo realizado en igualdad de condiciones y con la misma eficiencia corresponde un salario igual.

A la luz de la nueva Ley Federal del Trabajo, analizando el problema encontramos que no se les puede considerar como sindicatos sino como verdaderas empresas. Así, el artículo 356 nos dice que un Sindicato es "la asociación de trabajadores o patronos, constituida para el estudio, mejoramiento y defensa de sus respectivos intereses"; y en el caso que nos ocupa, la finalidad es constituir una empresa y explotarla con ánimo de lucro. No se busca el mejoramiento y defensa de los intereses patronales, sino el ocultamiento de una empresa, que es explotada con ánimo de lucro, en donde es el capital el que se coordina con el trabajo para producir el servicio de autotransporte y obtener así las ganancias que dicho servicio produce.

No se puede argumentar que en última instancia son los dueños de los vehículos los patronos y no la entidad con personalidad jurídica que los comprende como una empresa, de la misma forma que no se puede argumentar que cada accionista es el patrono de los trabajadores de una sociedad anónima, porque hayan sido los que aportaron el capital en última instancia y esté bien determinada la cantidad que ellos aportaron.

Tampoco se puede decir, que no es una empresa porque no está constituida de acuerdo a las leyes mercantiles como tal, sino que como en el derecho del trabajo la empresa tiene otra concepción más amplia, queda fácilmente encuadrada dentro de la idea de "unidad económica de producción o distribución de bienes o servicios" (artículo 16 de la nueva Ley Federal del Trabajo). Por lo que estos pseudo-sindicatos constituyen en realidad verdaderas empresas.

Para afirmar todavía más nuestro punto de vista, esos dueños de au-

tobuses tienen la obligación de formar empresas, ya que la Ley de Vías Generales de Comunicación (D.O. 19 de febrero de 1940), al hablar de la concesión de la Secretaría de Comunicaciones y Obras Públicas para el aprovechamiento de los caminos de jurisdicción federal en la explotación de servicios públicos de autotransporte, en el artículo 152, fracción III, establece que:

“La explotación que se proponga efectuar el solicitante quedará condicionada a la constitución de una sociedad, de las permitidas en este capítulo, por todos los concesionarios que presten idéntico servicio, para realizar la explotación conjunta de la misma ruta o tramo y para los demás fines de toda sociedad, salvo el caso de que una ruta pueda ser servida por un concesionario con el número de vehículos que conforme a esta ley puede operar...”.

El artículo 97 de la misma Ley establece la obligación de los concesionarios de vías generales de comunicación y las empresas que exploten medios de transporte, de llevar la contabilidad de los negocios relacionados con la concesión o medio de transporte; por lo que se ve la necesidad práctica de organizarse.

En el Reglamento de la Ley de Vías Generales de Comunicación (D.O. 24 de agosto de 1949), en el capítulo de: “Explotación de caminos”, se establece en el segundo párrafo de la fracción II del artículo 12, que habla de las concesiones, que: “Cuando se otorguen concesiones a diversas personas para prestar idéntico servicio en la misma ruta, quedarán en suspenso sus efectos entre tanto se constituye la sociedad prevenida en la fracción II del artículo 152 de la ley”; en el artículo 37 del citado reglamento se establece que si las concesiones se hubieran extendido a personas físicas o morales y la capacidad del conjunto de los concesionarios corresponde a las necesidades del servicio, el Departamento de Tránsito les prevendrá que se constituyan en sociedad dentro de un plazo no excedente de 60 días, para realizar la explotación conjunta de la ruta, y como sanción por no celebrar el contrato de sociedad, se declarará administrativamente la caducidad de las concesiones y se hará efectiva la garantía que hubieren prestado los concesionarios, de acuerdo con el artículo 53 del citado reglamento.

Por lo que respecta al régimen local, el “Reglamento para las líneas de camiones del Distrito Federal, expedición de permisos de rutas y establecimiento de nuevas líneas” (D.O. 10 de noviembre de 1929), establece como una necesidad ineludible la organización del servicio de autotransporte, al decirnos en el artículo 12 que: “Los propietarios de autocamiones se organizará en cooperativa general o agrupación gremial, nombrarán representante que en nombre de su agrupación y ante las autoridades responda del buen servicio, limpieza y acondicionamiento de los vehículos, aseo y corrección de su personal, así como de las seguridades que deben

disfrutar los pasajeros, y del exacto cumplimiento que todos los propietarios de autotransportes habrán de dar al reglamento y demás disposiciones de tránsito"; ahora bien, aunque habla dicho reglamento de agrupación gremial, no quiere esto decir que deba ser un sindicato necesariamente, ya que para la formación de éste se requiere que las finalidades sean el estudio, mejoramiento y defensa de sus intereses comunes y no la formación de una empresa, a la que los trabajadores prestan un servicio subordinado a cambio de un salario. Hay que tomar en cuenta que el reglamento se expidió antes de la Ley Federal del Trabajo de 1931, que reglamentó el artículo 123 constitucional, y que, por lo tanto, los que hicieron aquel reglamento ignoraban cuales iban a ser los requisitos para la formación de un sindicato.

Por lo que para satisfacer una necesidad de carácter práctico, como es la de su organización y coordinación, así como para evitarse responsabilidades de acuerdo a la Ley Federal del Trabajo, se formaron estos "sindicatos patronales", aunque en realidad son empresas.

De acuerdo con la nueva Ley Federal del Trabajo, a estas empresas que quieran formarse como sindicatos, se les negará su registro tanto por la Secretaría del Trabajo y Previsión Social, como por las Juntas de Conciliación y Arbitraje, por no perseguir las finalidades propias de un sindicato, y con fundamento en el artículo 366 fracción I. Por lo que respecta a los ya existentes, se tendrá que promover por los trabajadores la cancelación de su registro, por ser una verdadera empresa y haber dejado de tener los requisitos legales que necesita un sindicato para ser considerado como tal; la promoción de cancelación deberá estar fundada en el artículo 369, fracción II, de la nueva Ley y no se crea que este último caso estaría dando efectos retroactivos a la Ley, puesto que, también de acuerdo a la anterior Ley, el sindicato debería de buscar idénticas finalidades de las que nos habla la nueva Ley; y también existía en el artículo 244, fracción II, la cancelación del registro por dejar de tener los requisitos que la ley señala.

Un asunto que también fue objeto de análisis por nuestra Suprema Corte de Justicia, se refiere al caso de que las autoridades de tránsito le impidieran a un conductor manejar el vehículo a su cargo y el patrono, en vista de esta disposición de la autoridad, no le permitiera trabajar; el problema consistía en si podía considerarse despido injustificado, cuestión que la ejecutoria de 3 de febrero de 1964, A.D. 4273/62, Sigfredo Ortega Ingalls, resolvió en el sentido de que:

"Si a un chofer le es recogida su licencia para manejar, por haber cometido diversas infracciones, y las autoridades de tránsito dan órdenes a las empresa en que presta sus servicios para que impida a dicho trabajador el manejo del vehículo a su cargo, mientras tanto no regulariza su situación ante las autoridades en cuestión, el acatamien-

to de tal orden por parte del patrono no puede configurar de ninguna manera un despido injustificado”.

Es acertado este criterio. En la nueva Ley Federal del Trabajo se habría incumplido la obligación que de acuerdo con el artículo 262, fracción V, tienen estos trabajadores de respetar los reglamentos de tránsito, y como consecuencia de esta situación, según el artículo 42, fracción VII, tenemos la suspensión temporal de la obligación de prestar el servicio y pagar el salario, sin responsabilidad para ninguna de las partes, en virtud de la falta de documentos que exigen las leyes y reglamentos, necesarios para la prestación del servicio, cuando sea imputable al trabajador.

4.—Las razones para un capítulo especial en la nueva Ley Federal del Trabajo, además de las condiciones complejas en que se presta el servicio, fue que en la prestación del servicio en calidad de choferes, conductores y demás trabajadores en un vehículo que no es de su propiedad, se ha querido en algunas ocasiones ocultar la relación de trabajo con la celebración de contratos de arrendamiento, en virtud de los cuales, una persona (arrendador) da en arrendamiento a otra (que es el chofer) un vehículo, mediante el pago que hace éste de una cantidad diaria, semanal o quincenal; esta situación estaba muy generalizada, sobre todo entre los taxistas o choferes de coches de alquiler.

Pero era indudable que se trataba de una relación de trabajo, puesto que tenían que seguir las instrucciones que les daba el pseudo-arrendador: están sujetos a un horario fijo; desarrollan una actividad en beneficio del propietario del vehículo, esto es, el dueño del vehículo obtiene un ingreso que deriva del trabajo del chofer; se dan instrucciones sobre la forma de utilizar el vehículo y para que se efectúen algunas reparaciones; también se dan órdenes sobre el cuidado en el buen funcionamiento del vehículo; se tiene que seguir una determinada ruta; en suma, se realiza una prestación de servicios en forma subordinada.

La existencia de esos supuestos contratos de arrendamiento impedían que los choferes disfrutaran de los beneficios de la legislación de trabajo y de la seguridad social. Y se dijo, en la exposición de motivos de la nueva Ley, que para evitar esta situación, establece el artículo 256, por una parte, que las relaciones entre los propietarios o permisionarios y los choferes y demás personal, son relaciones de trabajo v. por otra parte, que cualquier estipulación que desvirtúe la naturaleza de la relación jurídica, no producirá ningún efecto ni impedirá el ejercicio de los derechos que deriven de los servicios prestados. Esto último se explica por el deseo del legislador de terminar completamente con la situación existente con anterioridad y hacer énfasis en que son trabajadores, pues hemos visto que por el simple hecho de la relación de trabajo se aplica el derecho laboral, sin que tenga relevancia lo que las partes digan en contra.

Por lo anterior, son trabajadores tanto los choferes como los con-

ductores, operadores, cobradores y demás trabajadores que prestan servicios a bordo de autotransportes de servicio público, ya sean éstos de pasajeros, de carga o mixtos, foráneos o urbanos. No importando que el vehículo sea un autobús, camión, camioneta o automóvil; en este último caso están los taxistas.

La relación de trabajo se establece, según la nueva Ley, con los propietarios o permisionarios de los vehículos. Permisionarios y concesionarios en el Derecho Administrativo tienen dos significaciones distintas que no pueden confundirse, pero en nuestra ley, la intención del legislador fue de comprender a ambas figuras, tanto el permisionario como al concesionario, pues lo que se buscó es establecer la naturaleza especial de la relación de trabajo y proteger al trabajador. Para respaldar lo dicho, no sólo es argumento que en el artículo 260, se habla de "concesionarios o permisionarios", sino que, por ejemplo, en el Reglamento para el servicio público de transporte de pasajeros en el Distrito Federal (D.O. 14 de abril de 1942), al establecer cuando se necesita un contrato de concesión y en qué caso permiso, nos dice en su artículo 6, que para éste último se dará cuando se trate de la explotación del servicio local de transportes por vehículos que no tengan itinerario fijo y cuyos servicios se paguen por hora o por viaje; y que será necesario concesión, artículo 5, en caso de establecer nuevos sistemas de transporte en el Distrito Federal, o de nueva línea de transportes de los ya existentes; o para continuar la explotación de los sistemas y líneas de transporte actualmente en operación. Y si un permiso necesita para otorgarlo que no tenga itinerario fijo, no tendría sentido, si el capítulo de la ley sólo se dedicara a ellos, que se estableciera en la fracción III del artículo 261, que queda prohibido a los trabajadores recibir carga o pasaje fuera de los lugares señalados por la empresa para estos fines, lo que presupone, en cierta forma, un itinerario fijo, o sea, una ruta establecida.

El artículo 260 terminó con un vicio frecuente, al establecer que el propietario del vehículo y el concesionario o permisionario son solidariamente responsables de las obligaciones derivadas de las relaciones de trabajo y de la Ley; pues se separaba al propietario del vehículo del concesionario o permisionario, con la finalidad de que el primero no fuera responsable frente a los trabajadores, y que el vehículo, por ser propiedad de terceros, no sirviera de garantía a las obligaciones de trabajo. Ahora existe responsabilidad solidaria de uno y otro.

La Ley de Vías Generales de Comunicación establece en el artículo 161, que serán solidariamente responsables con los concesionarios por el cumplimiento de sus obligaciones y que en ningún caso podrán eludir o limitar esta responsabilidad las sociedades constituidas de acuerdo con el artículo 159 de la misma Ley.

El artículo 257 establece las formas que puede revestir el pago del salario, que puede ser por día, por viaje, por boletos vendidos, por circuito

o kilómetros recorridos y que consistirá en una cantidad fija, o en una prima sobre los ingresos o la cantidad que exceda a un ingreso determinado, o en dos o más de estas modalidades, pero garantizándose en cualquier forma el salario mínimo, lo cual no podía ser de otra forma, por la naturaleza de esta prestación.

Es importante que se haya especificado lo anterior, pues en la Suprema Corte de Justicia se habían presentado asuntos, como el de la ejecutoria de 3 de marzo de 1961, A.D. 510/58, Gustavo Poisot R., en la cual se alegaba por el trabajador: que habiéndosele denominado agente de boletos y siendo su actividad la venta de los mismos, no se le había pagado salario alguno, pues la única remuneración que había recibido era un porcentaje en el número de boletos que vendía, considerando que esto último derivaba de un contrato mercantil, por lo que demandó el pago del salario; sobre este aspecto, la Suprema Corte de Justicia, acertadamente, estableció que dicho porcentaje sobre el importe de la venta de boletos, debía de considerarse como el salario pagado por la prestación de servicios.

En el mismo artículo 257 se dictan normas para proteger el salario de estos trabajadores, pues se dice que cuando el salario se fije por viaje, en caso de que se prolongue o retrase el término normal de viaje por causa que no le sea imputable, tendrá derecho el trabajador a un aumento proporcional; y en caso que se abrevie su viaje, no podrá reducirse su salario estipulado. En los transportes urbanos o de circuito, los trabajadores tienen derecho a que se les pague el salario en los casos de interrupción del servicio, por causas que no les sean imputables. Y por último, no existe igualdad en la prestación de servicios si se realizan en líneas o servicios de diversa categoría, para los efectos del principio de igualdad de salario.

Para determinar el salario de los días de descanso establece el artículo 258 que se aumentará al que percibía el trabajador por el trabajo realizado en la semana, con un deciseis sesenta y seis por ciento.

Ahora bien, en caso de indemnización o para determinar los días de vacaciones, según el artículo 259 en relación con el 89, se tomará como salario diario el promedio de las percepciones obtenidas en los treinta días efectivamente trabajados antes del nacimiento del derecho. Si en dicho lapso hubiese habido un aumento en el salario, se tomará como base el promedio de las percepciones obtenidas por el trabajador a partir de la fecha del aumento.

Es evidente que siendo una relación de trabajo sujeta a un régimen especial por la prestación compleja del servicio, deben establecerse obligaciones especiales; a tal efecto, el artículo 262 estableció para los trabajadores las siguientes: tratar al pasaje con cortesía y esmero y a la carga con precaución; someterse a los exámenes médicos periódicos estableci-

dos en la ley y demás normas de trabajo; cuidar del buen funcionamiento del vehículo e informar al patrono de cualquier desperfecto que observe, dado que las unidades que maneja son muy costosas; hacer durante el viaje las reparaciones de emergencia que permitan sus conocimientos, la herramienta y las refacciones de que disponga y en caso de no poderlo hacer y el vehículo pueda continuar circulando, conducirlo hasta el poblado más próximo o hasta el lugar señalado para su reparación, como consecuencia, no podrá exigir una remuneración de más por las reparaciones que está obligado a realizar y en caso de que tenga que comprar algunas refacciones para realizar una reparación de emergencia, siempre y cuando con esa reparación se pueda continuar el viaje y se compruebe debidamente el gasto por el trabajador, éstos corren a cargo del patrono, esto se desprende de una interpretación de este artículo con relación al 263, fracciones II y III; y por último, observar los reglamentos de tránsito y las indicaciones técnicas que dicten las autoridades o el patrono.

Los patronos, según el artículo 263, tienen las obligaciones especiales siguientes: en los transportes foráneos pagar los gastos de hospedaje y alimentación de los trabajadores cuando se prolongue o retarde el viaje por causa que no sea imputable a éstos; es costumbre en jornadas largas de trabajo darles una cantidad por concepto de viáticos, y cuando se dan éstos en una forma permanente, integran parte del salario, y no podrán sostener las empresas que no están obligadas a pagarlo porque este artículo no comprenda esa situación, pues es un derecho adquirido por los trabajadores el que se paguen esos viáticos, y está protegido por las normas protectoras del salario y demás disposiciones relacionadas de la nueva Ley. Ahora bien, para las empresas que no tengan establecidos esos viáticos, al fijarse el salario deberán tenerse en cuenta para que éste sea remunerador de acuerdo con el artículo 85 de la nueva Ley, pues no sería justo ni remunerador que se les pagara un salario que apenas permitiera cubrir su alimentación y hospedaje y no alcanzara para el mantenimiento conveniente de la familia.

Las reparaciones del vehículo son también obligación de los patronos, garantizando su buen funcionamiento y la seguridad que debe proporcionarse; y observarán las disposiciones de los reglamentos de tránsito sobre las condiciones de funcionamiento y seguridad de los vehículos.

Por lo que respecta a la jornada de trabajo, le son aplicables las disposiciones generales contenidas en el capítulo segundo del Título Tercero de la nueva Ley Federal del Trabajo.

Para la mejor prestación del servicio y seguridad, tanto de las unidades como de los usuarios, se dictaron las siguientes prohibiciones en el artículo 261:

a) No podrá hacerse uso de bebidas alcohólicas durante la prestación del servicio y en las doce horas anteriores a su iniciación;

que carezca de las condiciones de seguridad indispensables para garantizar la vida de los mismos trabajadores, de los usuarios y del público en general.

Sección Segunda.

Los trabajadores de coches de alquiler.

La relación existente entre el dueño de un automóvil de alquiler y la persona que lo utiliza para prestar un servicio al público, es muy compleja y ha suscitado durante muchos años una viva polémica entre el derecho del trabajo y el derecho civil, no siendo sino hasta nuestra nueva Ley Federal del Trabajo en la que se ha resuelto definitivamente el problema, por supuesto a favor del derecho laboral, por existir una relación de trabajo.

La idea no es nueva en nuestro medio jurídico; ya desde hace treinta y cinco años hablan conquistado su reconocimiento como trabajadores, pero no pudieron, o mejor, no supieron consolidarlo por la anarquía, falta de unión y de conciencia de clase que existe entre ellos, pues no han logrado formar sindicatos que lucharan por sus derechos, dejando que con el tiempo la costumbre los llegara a considerar como arrendatarios de coche, criterio que adoptó nuestro más alto tribunal, que sentó jurisprudencia en ese sentido.

5.—En el derecho francés ha existido el mismo problema que había en México antes de la nueva Ley Federal del Trabajo, solucionando la naturaleza jurídica de estos conductores de coches de alquiler desde hace bastante tiempo a favor del derecho del trabajo, por lo que es muy interesante su estudio.

Durand y Vitú son los que mejor han estudiado el problema en Francia: después de distinguir entre el contrato de arrendamiento y el contrato de trabajo, hacen la siguiente observación: "La distinción entre los dos contratos es, no obstante, delicada en aquellos casos en los que una de las partes realiza un trabajo en provecho de otra, mientras que esta coloca uno de sus bienes a disposición del trabajador" (9).

Respecto a los choferes de taxi, se preguntan si debe verse en la convención un contrato de trabajo, en el cual el vehículo constituye un simple instrumento de trabajo confiado a los trabajadores por el patrono o si interviene en las relaciones del conductor y el propietario un arrendamiento de cosas, seguido de las relaciones entre el conductor y el cliente por un contrato de empresa, a lo que contestaron que jurídicamente las dos convenciones son lícitas y posibles y que las partes pueden libre-

(9) *Traté de . . . cit.*, Tomo II, pág. 229.

mente celebrarlos, sea un contrato de arrendamiento, sea un contrato de trabajo, partiendo de la idea de que la voluntad de las partes es soberana; pero todo esto está condicionado a que dicha calificación responda a los caracteres propios de las relaciones contractuales, esto es, será trabajador aún en contra de lo expresado en el contrato si en la relación el asalariado está en una situación de subordinación que puede consistir en que al conductor se le haya impuesto una conducta en cuanto a la clientela, si tiene la obligación de proporcionar un cierto ingreso, si está sometido a una vigilancia por medio de los inspectores de la sociedad dueña de los vehículos; estas y otras más situaciones configuran una relación de trabajo.

Una de las notas más importantes para configurar la relación de trabajo o dejar de hacerlo, según Durand y Vitú, es sobre quien recae el riesgo: "La aceptación de los riesgos de la circulación permiten igualmente la calificación del contrato, ya que no parece verosímil (a menos que se establezca por circunstancias especiales) el admitir la celebración de un contrato de arrendamiento de cosas, cuando la compañía responde de las averías sobrevinientes a los vehículos y de los accidentes causados a los terceros y a las personas transportadas, así como de las que alcanzan al chofer. En el arrendamiento de una cosa se soportarían, por el contrario, los riesgos de su actividad, porque el arrendatario actúa como empresario" (10).

La jurisprudencia francesa en un principio fue vacilante, ya que en unos casos admitía la calificación de contrato de arrendamiento (Jurisprudencia de la Corte de Casación de 9 de diciembre de 1931 y Tribunal del Sena el 19 de julio de 1932 y Tribunal de París de 21 de octubre de 1932), y en otras, una relación de trabajo (Resolución de la Corte de Casación del 23 de junio de 1903, sentencia de 22 de febrero de 1909 y Resolución de la Corte de Casación de 19 de noviembre de 1934).

La discusión sobre la naturaleza jurídica de la relación entre el taxista y el dueño del coche, ha perdido, sin embargo, una parte de su importancia en razón de la intervención del legislador, el que ha resuelto las dificultades más graves. Así:

a) La Ley de 13 de marzo de 1937 ha dado a los prefectos en cualquier Departamento, la posibilidad de reglamentar la condición jurídica de los conductores de taxis, haciendo obligatorios, para el conjunto de la

(10) *Ibidem*, pág. 230. Según Rouast: "En favor de esta segunda solución (teoría de la relación de trabajo), se ha hecho observar que la libertad del chofer en su actividad está limitada y que ella es sometida a la vigilancia de los inspectores de la compañía, que el ingreso o ganancia debe alcanzar un cierto límite, de tal manera que el chofer sea pagado por cuenta de la empresa, en la parte que se arroga y que constituye su salario. Así se encuentran reunidos los elementos del contrato de trabajo". En: *Voitures de place et taxis*, en Dalloz Répertoire de droit social et du travail, París, 1960, Tomo II, pág. 742.

profesión, las disposiciones del acuerdo colectivo. En estos acuerdos intervinen los sindicatos de arrendadores de vehículos públicos, en donde la explotación está sujeta a las tarifas de transportes fijados por la autoridad pública, y los sindicatos de conductores que sean o no propietarios de estos vehículos. En esta Ley se considera a estos conductores como trabajadores y se indica que dichos acuerdos colectivos tendrán por objeto: la reglamentación de la duración del trabajo (que se establece de conformidad al libro II del código de trabajo); reglamentar el número de vehículos en circulación, el número de los nuevos choferes admitidos a la conducción de estos vehículos y las modalidades o distribución del ingreso entre el propietario y el conductor. A falta de acuerdo, el Ministerio del Trabajo puede intervenir para regular estos diferentes aspectos (11).

b) La legislación sobre seguros sociales (Ord. 19 de octubre de 1945, artículos 3 y 4) y sobre accidentes de trabajo (Ley de 30 de octubre de 1943, artículo 2, d) ha beneficiado a los conductores de vehículos públicos en donde la explotación esté sujeta a las tarifas de los transportes fijados por la autoridad pública, cuando estos conductores no son propietarios del vehículo. La Ley de 22 de agosto de 1949 les concede derechos a las asignaciones familiares (12).

Por lo que el derecho francés ha llegado a la conclusión que los choferes de coches de alquiler son trabajadores y su prestación de servicio es una relación de trabajo.

6.—Por lo que respecta al derecho mexicano, encontramos que si bien en los inicios de la discusión de la naturaleza jurídica de la relación que une a los choferes de coches de alquiler o taxistas con los dueños de dichos vehículos, se consideró que dichos choferes eran arrendatarios de coches de alquiler y no sujetos, por lo tanto, al derecho del trabajo, durante la Presidencia del Sr. Gral. Lázaro Cárdenas conquistaron su consideración como trabajadores e incluso que la Corte admitiera esta situación.

La situación fue la siguiente: a principios de 1935, cansados de tanta explotación, se coligaron los choferes de coches de alquiler con el Sindicato Mexicano de Choferes, Sindicato Revolucionario de Choferes, Unión Nacional de Choferes Intérpretes y el Frente Unico de Trabajadores del Volante, emplazando a una huelga a fin de que se reglamentara el servicio de automóviles de alquiler, a través de la cual solicitaron una reducción en las "cuentas" o cuotas que se pagaban al dueño del vehículo y que se les reconociera como trabajadores por las Juntas de Conciliación y Arbitraje, las cuales los habían considerado como arrendatarios en un laudo de 10 de agosto de 1934. A la una de la madrugada del lunes 11

(11) DURAND y VITU, *Ibidem*, pág. 231. Vid. Code du travail, op. cit., pág. 392-393.

(12) DURAND y VITU, *Ibidem*.

de febrero de 1935, cerca de cuatro mil trabajadores choferes declararon la huelga, entre cuyas peticiones estaba la "socialización del servicio de transporte y la entrega del vehículo a los trabajadores". En aquella época, existiendo una verdadera solidaridad obrera, cerca de cuarenta mil trabajadores de la Federación Regional de Obreros y Campesinos presionó con ir también a la huelga el 14 de febrero de 1935, en apoyo a los choferes de coches de alquiler (13).

Ante esta situación, el Sr. Presidente Gral. Lázaro Cárdenas emitió el 14 de febrero de 1935, la siguiente Resolución del Gobierno a fin de solucionar el conflicto:

"El Gobierno, ante la situación creada con motivo del conflicto aludido, estimó de su deber hacer un estudio de las condiciones en que se realiza el servicio de coches de alquiler. Naturalmente, el problema abarca dos aspectos fundamentales: el primero, que comprende las relaciones entre los propietarios y los choferes de los coches; el segundo, que abarca el aspecto económico del negocio, uno de los factores es la reglamentación concerniente a expedición de permisos para circular, licencias, limitaciones, etc.

En cuanto al primero de esos puntos, es notorio que, en el fondo de trata de la explotación de un capital invertido en automóviles, explotación que, como cualquiera otra, sólo puede realizarse por medio del esfuerzo humano llevado a cabo, generalmente, por personas distintas del mismo empresario o capitalista.

Hasta ahora esas relaciones han venido normándose por contratos llamados de arrendamiento, en cuya virtud entrega el coche a quien lo maneja mediante una cantidad fija que al primero a de entregarse, y justamente por esa forma de contratación los propietarios han estimado que los choferes quedan al margen de la Ley Federal del Trabajo.

Así las cosas, ha resultado que los riesgos y contingencias del negocio sean reportados principal y casi únicamente por los choferes; la situación se hizo crítica por la excesiva competencia que motivó indudable rebaja en las cuotas que paga el público; pero como los choferes ineludiblemente tienen que pagar su cuenta a los propietarios, son aquellos quienes sienten las consecuencias.

Es indudable la tendencia proteccionista de la Revolución Mexicana en el sentido proteccionista para toda una clase social que es la de las personas cuya vida y sustento depende en forma exclusiva de su esfuerzo personal, puesto al servicio de un tercero. Aparte de cualquiera definición legal, es lo cierto que esa clase está constituida por aque-

(13) Vid. Periódico Excélsior, días: 8, 10, 11 y 12 de febrero de 1935.

llos que, mediante su esfuerzo, en una u otra forma, hacen producir el capital de otro, capital que por sí solo de nada serviría.

Atentas esas tendencias revolucionarias el concepto ya indicado y la condición real de los choferes de coches de alquiler, no puede negarse que tienen derecho a la protección que las leyes conceden en materia de trabajo a las personas que viven en las condiciones apuntadas. Ahora bien, si por cualquier medio ha llegado a crearse una situación jurídica que impide la realización de esas tendencias, abarcando con ello a un importante sector de la clase trabajadora, el gobierno de la Revolución no puede verlo con indiferencia y se siente obligado a tomar las medidas que en su esfera de acción sean posibles, para poner dentro de los beneficios que las leyes conceden a los trabajadores a aquellos que han estado substraídos de la acción protectora de las mismas.

En virtud de lo expuesto, el gobierno declara:

- 1o.—Que no debe subsistir el tipo de contratación actual entre propietarios y choferes de los automóviles de alquiler llamados de ruleteo.
- 2o.—En consecuencia, se considera que entre los mismos propietarios y choferes deben celebrarse los correspondientes contratos de trabajo con las estipulaciones que, sin violación de la ley, convengan a las partes.
- 3o.—Para que lo anterior se haga efectivo, el Departamento del Distrito Federal procede con esta misma fecha a modificar el Reglamento de Tránsito del Distrito Federal, a efecto de que queden cancelados los permisos de circulación que a los propietarios de coches se hayan concedido si, dentro del plazo de 15 días no comprueban tener a su servicio chofer con quien haya celebrado contrato de trabajo, exceptuándose naturalmente, los coches manejados por sus propios dueños y en cuanto no ocupen a tercera persona" (14).

Acto seguido a la expedición de la Resolución de Lázaro Cárdenas, como en el mismo texto se prometía, se reformó el Reglamento de Tránsito en el Distrito Federal, y así, con fecha 20 de febrero (D.O. 21 de febrero de 1935) se decretó que se reformaban las fracciones II y V del artículo 16 del Reglamento de Tránsito citado, quedando, por lo que a nosotros interesa, en los siguientes términos:

"II.—Entregar dicha solicitud en la Oficialía de Partes de la Oficina de Tránsito, acompañando a ella los siguientes documentos:

.....

(14) Periódico Excelsior del día 15 de febrero de 1935, primera plana.

c).—El o los contratos de trabajo celebrados por el propietario con los trabajadores que vayan a manejar el vehículo, cuando se trate de vehículos de alquiler para pasajeros.

d).—Manifestación, en su caso, cuando vaya a ser el propietario del vehículo de alquiler para pasajeros quien lo maneje personalmente. Si el propietario del vehículo de alquiler para pasajeros que lo maneje personalmente, emplee a alguna persona que lo substituya en tal actividad, deberá manifestarlo así y estará obligado a presentar el contrato de trabajo correspondiente.

.....

Y no se quedaron allí las cosas, sino que con fecha 18 de noviembre de 1935, el Jefe del Departamento del Distrito Federal decretó un "Reglamento del descanso semanal de automóviles de alquiler", en cuyo preámbulo se decía: "Que en uso de las facultades que me otorgan los artículos 78 de la Ley Federal del Trabajo y 4o. Transitorio del Reglamento de Tránsito en el Distrito Federal, he tenido a bien expedir el siguiente Reglamento . . ."; de dicho ordenamiento los artículos que nos interesan son los siguientes:

Art. 1.—Se establece el descanso semanal obligatorio para los trabajadores de automóviles de alquiler en la forma y término que se detallan en este Reglamento.

Art. 2.—Para los efectos del descanso semanal, los automóviles de alquiler se dividirán en cinco grupos, de los cuales, dejarán de circular alternativamente uno de ellos, los días lunes, martes, miércoles, jueves y viernes, respectivamente.

Art. 3.—La Oficina de Tránsito del Departamento del Distrito Federal hará la división de los automóviles de alquiler en los cinco grupos a que se refiere el artículo anterior, aprobando las contraseñas con que deberán distinguirse y que serán colocadas en un lugar visible de cada vehículo.

.....

Art. 5.—Para los efectos de este reglamento los días se contarán de de las ocho a las ocho horas.

Art. 6.—Los días sábados y domingos no habrá restricción alguna para la circulación de automóviles de alquiler, así como tampoco el primero de enero, el 15 y 16 de septiembre; y los demás que debidos al descanso sean las consignadas en este artículo, señale la Oficina de Tránsito del Departamento del Distrito Federal.

La discusión sobre la naturaleza jurídica que une al chofer con el dueño del vehículo de alquiler fue llevada a la Suprema Corte de Justicia,

la cual, con un criterio revolucionario y renovador estableció que eran trabajadores y no arrendatarios. La ejecutoria en que se señaló la existencia de una relación de trabajo fue la del 24 de marzo de 1936, en el caso de Luis Romero Real, Amparo en Revisión No. 19/36, Sec. 1a., en la que se dijo:

Automóviles de alquiler, carácter de los propietarios de los.—El propietario de un automóvil al que destina para que le produzca un ingreso mediante su alquiler al público, o lo que es lo mismo, que estima que su máquina es un producto destinado a nuevas producciones, aporta el elemento capital, dentro de la actividad económica que se propone desarrollar; pero como para alcanzar ese fin necesita emplear una actividad humana que es el trabajo, el que en muchos casos no puede desempeñar por sí mismo, si acude o hace intervenir a un trabajador en la producción, dadas sus características de patrono y de acuerdo con lo establecido por el Reglamento de Tránsito, está en la obligación de celebrar contrato de trabajo con los choferes que manejan dicho vehículo (15).

7.—Sin embargo, no sabemos cuál fue la razón, se varió este criterio por nuestro más alto tribunal y con un espíritu civilista o iusprivatista, la Sala de trabajo dio marcha atrás y sostuvo en la ejecutoria del 9 de mayo de 1957. A.D. 4223/56, Rodolfo Hernández Luna, que:

Choferes de ruleteo. Inexistencia de contrato de trabajo.—Si en autos se encuentra probado que el actor manejaba un carro propiedad del demandado; que dicho vehículo tenía instalado un taxímetro; que al entregar diariamente el vehículo no se checaba las dejadas que había hecho, porque era convencional la entrega de dinero que se reunía en el trabajo durante el día; que no se fijaba al actor cantidad mínima para su entrega y que cuando el carro no trabajaba el actor no recibía ninguna cantidad del demandado, es de concluirse que dicho actor no recibía salario alguno de la parte demandada a cambio de los servicios prestados a la misma, elemento esencial del contrato de trabajo, y por consiguiente resulta inconcuso que ante estas circunstancias, se está en presencia de un contrato de arrendamiento.

Esto es, considerando situaciones de hecho, como la de que no recibía su remuneración cuando se descomponía el vehículo, que no se le garantizaba al chofer una cantidad mínima que debía de entregársele y que, por lo tanto, no recibía un salario, entendido en la forma tradicional, por su servicio al aprovecharse de parte de las ganancias, se concluyó en la inexistencia de la relación de trabajo.

(15) Vid. Semanario Judicial de la Federación, Quinta época, tomo XLVII, págs. 5042 y síg. Como un dato complementario, es de señalarse que esta importante ejecutoria fue redactada por el maestro De la Cueva cuando fue secretario en la Suprema Corte de Justicia.

Sobre esta forma de remuneración que no admitió la Suprema Corte de Justicia, la doctrina la ha aceptado: así, Santoro Passarelli considera que: ". . . la retribución del trabajo puede estar determinada, en todo o en parte, en proporción al resultado del trabajo o al provecho del empresario. En estos casos, quien presta el trabajo está sometido a un riesgo, pero sin que se constituya un fondo común y por tanto sin que exista aportación de trabajo en sociedad. Al faltar una verdadera relación asociativa, la adopción, en la determinación de la retribución, de la cláusula de participación, no obsta para la constitución de una relación laboral en sentido propio . . . En el caso de participación en los beneficios, no es posible ninguna duda cuando, como suele ocurrir, la retribución consiste sólo en parte de la participación en los beneficios; pero lo mismo debe considerarse, desde nuestro punto de vista, cuando la retribución consiste únicamente en la participación en los beneficios, porque, como se ha dicho, falta una relación asociativa, participando el trabajador sólo en los beneficios netos, no en las ganancias y en las pérdidas" (16).

Pero independientemente de estas consideraciones, hemos de señalar que la sentencia de 1957 fue la primera de una serie de ejecutorias que se convirtieron en tesis jurisprudencial, y que trajo como consecuencia la exclusión de estos choferes de los beneficios de la legislación laboral.

Así fue como la Cuarta Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en un tesis jurisprudencial, la que se puede consultar bajo el numeral 45 del Apéndice al "Semanao Judicial de la Federación", publicación 1965, manifestó que:

Choferes de automóvil de alquiler. Naturaleza jurídica de las relaciones entre los propietarios y los.—Si el chofer de un automóvil de alquiler usa el vehículo libremente durante cierto número de horas cada día en el servicio público de transporte de pasajeros, a cambio de una renta convenida con el dueño, quedando a favor de aquél las utilidades obtenidas al prestar el servicio, las relaciones existentes entre las partes con tal motivo no pueden considerarse de trabajo sino de arrendamiento, toda vez que para que existiera contrato de trabajo sería preciso que el chofer prestara sus servicios al dueño bajo la dirección y la dependencia de éste a cambio de un salario, cosa que no sucede en este caso, ya que, por lo contrario, es el chofer quien paga por el uso del vehículo.

Este criterio civilista no se sostuvo con firmeza, ya que hubo titubeos posteriores de la Suprema Corte de Justicia en algunos asuntos de que llegó a conocer; así nos interesa como una ejecutoria que sostiene un punto de vista diferente a la jurisprudencia de la Corte y a la ejecutoria de 1957, en el caso Rodolfo Hernández Luna, que fue su precedente

(16) Nociones de derecho. . . cit., págs. 82-83.

y que ya estudiamos, es la de 20 de junio de 1963, A.D. 3706/62, Sindicato de choferes y similares del Estado de México y en la cual se dijo:

Ruleteo, relación entre el chofer y el propietario de los autos de.— El hecho de que el propietario de un automóvil de alquiler y el chofer ocupado por aquél, estén interesados en obtener el mayor rendimiento, no significa que la relación existente entre ellos no sea contractual (laboral), sino que en todo caso tal circunstancia demuestra que el trabajador tiene como sueldo determinado porcentaje de las utilidades brutas obtenidas, y que, mientras éstas son mayores, su salario aumentará.

Ante esta situación que no podía continuar, al elaborarse nuestra nueva Ley Federal del Trabajo se enderezó el entuerto de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia y se puso coto definitivamente a la controversia; desde la nueva Ley, todo chofer de un automóvil de alquiler que no sea de su propiedad es trabajador, su relación con el dueño del vehículo es de carácter laboral y está sujeto, por lo tanto, a la protección del derecho del trabajo.

8.—El artículo 256 de la nueva Ley Federal del Trabajo no deja lugar a dudas de que las relaciones entre los choferes y los propietarios o permisionarios de automóviles que presten un servicio público, son relaciones laborales, y que toda estipulación en contrario no tiene ninguna validez.

En el proyecto que se presentó al Congreso de la Unión de la Ley Federal del Trabajo, se hablaba de "taxímetros" en lugar de automóviles, pero en el dictamen de la Cámara de Diputados de 30 de octubre de 1969, se dijo que se modificaron los artículos 256 y 264 sustituyendo el término de "taxímetros" por el de automóviles, porque el sistema de taxímetros no opera en todos los lugares de la República.

Son trabajadores, no cabe duda, y la legislación de trabajo tuvo que proteger a estas personas que se ven obligadas a prestar su servicio en beneficio de quienes son los propietarios de los instrumentos de la producción. Existe subordinación en la potestad que tiene el patrono de dar instrucciones más o menos generales para la prestación del servicio; en este trabajo existe un horario fijo; la actividad realizada es en beneficio del propietario y no del chofer; recibe órdenes sobre la forma en que deben cuidar del buen funcionamiento del vehículo; instrucciones sobre las reparaciones que tenía que hacersele al vehículo y los días en que tienen que suspender las labores para arreglar el automóvil; en algunas ocasiones, la prohibición de no sacar el automóvil de determinado lugar, como por ejemplo, no sacarlo fuera del Distrito Federal, o sea, no salir a otras entidades de la República o a otras ciudades en viajes foráneos, y así, en gran parte de las relaciones entre los choferes de coches de

alquiler y los propietarios de los vehículos, existe la subordinación en mayor o menor grado.

Y si esto ocurre con aquellos vehículos que circulan libremente, la subordinación se hace más evidente en los casos de los coches de alquiler de los "sitios", o sea, de los lugares utilizados en donde se estacionan los vehículos destinados al público y a donde éste acude para la contratación de los servicios respectivos; en estos casos, existe la obligación de llevar a las personas a donde se le indique por la caseta de control del sitio, o ir a determinado lugar por instrucciones de la misma para recoger a una persona y llevarla al lugar que desee; el que da órdenes en la citada caseta del sitio formado por los propietarios de los coches previa autorización, es un clásico representante del patrono o de los patronos.

Y todavía es más consistente la subordinación en los coches de alquiler de "servicio colectivo", en donde existen rutas establecidas de las que no se deben salir, reciben una cuota fija por la persona que aborde el automóvil y se transporte en él, y existen lugares de parada y terminales. En esta clase de servicio y el de camiones de autotransporte de servicio público, no existe más diferencia que el vehículo en que se realiza y el precio que se cobra.

Pues bien, de acuerdo con el artículo 257 de la nueva Ley, el salario puede ser en cantidad fija, o en una prima sobre los ingresos o la cantidad que exceda a un ingreso determinado, o en dos o más de estas modalidades, pero en cualquier caso garantizando por lo menos el pago del salario mínimo.

La descompostura del vehículo no puede ser causa para suspender el pago del salario, como había sucedido en la práctica, sino que se le debe pagar de acuerdo con el artículo 106 de la nueva Ley, en el que se establece que la obligación de pagara el salario no se suspende, salvo en los casos y requisitos señalados en la ley, y como en el artículo 42, cuando se habla de la suspensión de los efectos de las relaciones de trabajo, no cita la descompostura del vehículo como una de las causas y en toda la Ley no existe una disposición en ese sentido, tenemos que concluir que no se puede dejar de pagar el salario. En caso de que el trabajador intencionalmente descomponga el vehículo para gozar de la anterior prerrogativa, si se prueba, será causa de rescisión de la relación de trabajo, con fundamento en el artículo 47, fracción V, sin responsabilidad para el patrono.

No se podrá decir que con las ventajas de la nueva Ley, estos trabajadores, teniendo ya asegurado, por lo menos, el salario mínimo, no realizarán su actividad con la misma eficiencia o con la que debieran tener, pues hay que recordar que se establece en el artículo 264, fracción II, de la nueva Ley, como causas especiales de rescisión de la relación de trabajo: "la disminución importante y reiterada del volumen de ingresos, salvo que concurren circunstancias justificadas". Además es obligación

del trabajador prestar su servicio con eficiencia, cuidado y esmero, de acuerdo con la fracción IV del artículo 134.

La principal ventaja, sin duda, de la consideración de los choferes de coches de alquiler que no son de su propiedad, como trabajadores, es que no se podrá rescindir la relación de trabajo si no con causa justificada pudiendo escoger, en el caso de una rescisión injustificada, entre la reinstalación o la indemnización con el importe de tres meses de salario. Con anterioridad a la nueva Ley, se le podía quitar el vehículo al libre arbitrio del patrono, y en ocasiones, sin siquiera avisarle al trabajador.

La jornada de trabajo no podrá exceder de ocho horas la diurna, de siete la nocturna y de siete y media la mixta, según el artículo 61 de la nueva Ley; y por esta jornada deberá estar garantizado el pago, por lo menos, del salario mínimo. Como se trata de una jornada continua de trabajo se concederá al trabajador un descanso de media hora por lo menos.

Con esto se terminará con la situación anterior a la nueva Ley, que consistía en la práctica común de "arrendar" el coche por doce horas o más, con un evidente perjuicio para la salud del chofer. Ahora, si quisiera el patrono dar una jornada de trabajo de aquella naturaleza, además de la multa de cien a cinco mil pesos a que se haría acreedor por haber violado el artículo 61 de la nueva Ley, de acuerdo con el artículo 878, fracción I; será responsable del pago de la prolongación de las horas extraordinarias de trabajo y cuyas bases para el cálculo se encuentran en el artículo 68.

Por cada seis días de trabajo disfrutará el trabajador de un día de descanso, por lo menos, con goce de salario íntegro, y el artículo 259 establece que para determinar el monto del salario de los días de descanso se aumentará al que perciban por el trabajo realizado en la semana, con un dieciséis sesenta y seis por ciento. El reglamento que sobre este aspecto se dictó en época del Gral. Lázaro Cárdenas, que ya vimos, no tiene ninguna validez por estar en contra de las disposiciones de la nueva Ley.

Son aplicables las disposiciones que establecen un período de vacaciones pagadas, no pudiendo ser inferior a seis días por año y aumentándolos según los años laborados de acuerdo con el artículo 76 de la nueva Ley Federal del Trabajo; para determinar el monto del salario de los días de vacaciones y de las indemnizaciones, de acuerdo con el artículo 259, se tomará como salario diario el promedio de las percepciones obtenidas en los treinta días efectivamente trabajados antes del nacimiento del derecho, y si en ese lapso hubiese habido un aumento en el salario, se tomará como base el promedio de las percepciones obtenidas por el trabajador a partir de la fecha del aumento.

Por lo que respecta a la participación en las utilidades de la empresa por los trabajadores choferes de coches de alquiler, esto es, considerando que el propietario del automóvil aporta esta máquina como capital para que junto con el trabajo del chofer produzca una ganancia, en la cual deberá participar el trabajador que contribuyó a generarla, éstos sólo tendrán derecho a dicha participación cuando el ingreso anual exceda de ciento veinte mil pesos, según lo establecido la Secretaría del Trabajo y Previsión Social, con fundamento en el artículo 100-P, fracción VI de la anterior ley y fracción VI del artículo 126 de la nueva Ley Federal del Trabajo, y como consecuencia, también, se desprende del artículo 13 de la Resolución de la Comisión Nacional para Participación de los Trabajadores en las Utilidades de las Empresas, pues señala cómo participarán los trabajadores de las utilidades de las personas físicas con ingresos menores de \$ 300,000.00, pero mayores de \$ 120,000.00 al año. Por lo anterior, prácticamente sólo participarán de las utilidades a sus trabajadores, aquellos patronos que tengan varios automóviles de alquiler, y cuyos ingresos exceden de la cantidad que ya señalamos.

En fin, se les aplicarán las disposiciones del capítulo de trabajadores de autotransportes y toda la nueva Ley Federal del Trabajo, en todo lo que no se oponga a las normas especiales, de acuerdo con el artículo 181.

A manera de postdata.

X

EL APRENDIZAJE

1.—Qué es el aprendizaje, su desenvolvimiento y finalidad; 2.—Crítica de esta figura jurídica; 3.—Necesidad de la capacitación profesional en escuelas; 4.—La supresión del aprendizaje en la nueva Ley Federal del Trabajo.

Una primera pregunta que se ha hecho es ¿por qué ya no existe el aprendizaje? ¿Será acaso que el Derecho Mexicano del Trabajo a concluido que es un contrato que tiene por objeto proporcionar enseñanza a cambio de trabajo y por lo tanto ya no lo reguló como relación de trabajo, o ¿será posible que se haya dado un gran paso al suprimir esta institución, que nos colocaría a la vanguardia del derecho comparado en este aspecto?

El Derecho Mexicano del Trabajo nunca ha dado un paso atrás en sus conquistas, no puede, por lo tanto, considerar que en el contrato de aprendizaje, que nuestra anterior Ley Federal del Trabajo, en su artículo 218 definía como aquel contrato: "en virtud del cual una de las partes se compromete a prestar sus servicios personales a la otra, recibiendo en cambio enseñanza en un arte u oficio y la retribución convenida", ya no se le haya reconocido como relación de trabajo. Además en la doctrina la discusión puede considerarse concluida, la inmensa mayoría ha visto una relación de trabajo en la prestación del servicio subordinado, aunque con una modalidad, que le da un carácter especial y que consiste en combinar la prestación del servicio con la preparación técnica del trabajador, equilibrándose estos dos elementos y sin perder de vista que la finalidad última es la preparación profesional del trabajador.

Lo que sucedió, fue que se suprimió esta figura laboral por consideraciones técnicas y prácticas y se abrió el camino para la capacitación técnico-profesional en las fábricas como una obligación, como veremos, pero sin la utilización del contrato de aprendizaje.

1.—Ahora bien, ¿qué es el aprendizaje?

Cabanellas (1) ha definido el aprendizaje como aquel contrato por el cual una persona o un establecimiento o una institución se obliga a enseñar, por sí o por terceros la práctica de una profesión u oficio, y la otra se compromete a prestar el trabajo y la dedicación en beneficio de quienes le dan la enseñanza, de acuerdo a las instrucciones que recibe.

Para Hueck y Nippedey, es "aprendiz quien se emplea al servicio de otro con el fin de adquirir una formación profesional sujeta a normas" (2).

Manuel Alonso García, siguiendo la noción jurídico positiva española, nos dice que es "aquel en el que el empresario o patrono se obliga a enseñar prácticamente por sí o por otro un oficio o industria, a la vez que utiliza el trabajo del que aprende, por tiempo determinado, mediando o no retribución" (3).

En el aspecto doctrinal cada vez son más los autores que proclaman, en los tiempos actuales, que el aprendizaje atraviesa una grave crisis, no tanto por el aspecto técnico, apuntado por Marx al decir que el obrero es "un apéndice de la máquina" y que la crisis del aprendizaje se atribuye a las características de la industria moderna, en donde los obreros pueden desenvolverse, al principio, sin conocimientos especializados; sino porque ha perdido su actualidad, ya que no cumple su cometido y sólo ha sido un vehículo para explotar a los trabajadores, desvirtuando su finalidad prístina que era la de subordinarse a las necesidades de la formación profesional.

La vida profesional presupone un mínimo de conocimientos en las tareas que debe realizar un trabajador, por lo que se ha visto como una necesidad desde la antigüedad hasta nuestros días, para la obtención de un trabajo especializado y eficaz, un período educativo y formativo, viéndose en el aprendizaje la primera forma de llevarla a cabo; así los primeros trabajadores al desempeñar una profesión adquirían un conocimiento, experiencia y habilidad que después transmitían a sus hijos y ayudantes, ahí encontramos el origen del aprendizaje, así se hizo en la señorial Roma y así se hizo posteriormente.

Luis A. Despontin (4), nos dice que el aprendizaje ha atravesado por tres etapas: la primera es en la Edad Media y tiene su origen en el taller corporativo, en el que era expresión genuina el sistema de aprendizaje y cuyo mejor desenvolvimiento fue en la artesanía, allí el aprendiz entra

(1) Tratado de derecho. . . cit., Tomo II, pág. 859.

(2) Compendio de. . . cit., pág. 69.

(3) Curso de Derecho. . . cit., pág. 403.

(4) Derecho público y privado del. . . cit., pág. 275.

niño al taller corporativo, recibiendo la enseñanza profesional del maestro, trabajando se hace obrero, y la prestación de su trabajo es el precio de la enseñanza que recibe el maestro. En un segundo momento, con la desaparición de la corporación y con el surgimiento del taller industrial y del maquinismo, se elimina al artesano y en cierta forma el obrero suplanta al aprendiz, aunque no formado profesionalmente, ya que en el taller industrial entra como una especie de "oficial auxiliar" y el pago de su trabajo no es aprendizaje sino salario. Y concluye que en la actualidad ha aparecido una tercera etapa, un régimen especial, que viendo como una necesidad la formación y la preparación del personal, ya sea en la fábrica o en la escuela, creó una figura nueva que se denominó aprendizaje, pero como un contrato autónomo, con modalidades propias y, por lo tanto, distinto a como se le concibió en la Edad Media.

Para Santoro Passarelli (5), la noción de aprendiz es una noción técnica, ya que aprendiz no es todo el que aprende un trabajo, un cierto arte o un cierto oficio, sino solamente aquel que se encuentra con el empresario en una relación específica de aprendizaje, que sólo es dable en el trabajo obrero, y que tiene una causa diferente de la normal relación de trabajo, puesto que en ésta existe un cambio del trabajo subordinado por retribución, en cambio en el aprendizaje la causa esencial es el cambio de una formación profesional por un trabajo subordinado.

Esto es, en el contrato de aprendizaje existe un intercambio de servicios, la contraprestación por el servicio consiste en la enseñanza de una profesión u oficio, y si bien no es extraña una parte en efectivo, tal no es ni con mucho el objeto central de este contrato, ya que el fin formativo es lo que confiere a esta relación jurídica su sello y su especial característica.

Pero el verdadero aprendizaje declinó en forma notable con la desaparición de los hechos y prácticas que le dieron origen en la Edad Media, y ha decaído actualmente porque dentro de las nuevas condiciones del proceso industrial, la enseñanza en los establecimientos industriales por medio del aprendizaje en la realidad es un fenómeno que no se da en los cuadros de la vida profesional (6).

Como dice con acierto Francisco De Ferrari: "La convivencia casi fraternal de los viejos cuerpos de oficios, el respeto y, a veces, la veneración que inspiraba el maestro, la producción manual, el ejercicio casi paternal que hacían de sus facultades los patronos de otras épocas, así como el tipo de enseñanza que hizo posible el aprendizaje, constituyen hoy un conjunto de circunstancias que han desaparecido arrastradas por la acción implacable del tiempo y del progreso" (7).

(5) Nociones de. . . cit., págs. 96-97.

(6) Vid. Lecciones. . . op. cit., tomo II, pág. 28.

(7) Ibidem.

2.—Su surgimiento e implantación, por lo tanto, no lo podemos concebir sino como una condición que puso el Capital omnipotente en el siglo pasado y principios del actual al Trabajo incipientemente organizado, para obtener un beneficio triple: poner la fuerza de trabajo subordinada a los fines de la empresa especializándola según sus intereses y conveniencias, por otro lado, la utilización de jóvenes aprendices aumentaría la producción y como consecuencia, aumentarían sus ganancias y, sobre todo, pagarían una mano de obra barata o incluso no pagarla. Era la época en que el Capital imponía condiciones al Trabajo que por la desigualdad existente se tenía que someter, y así fue como surgió el llamado aprendizaje actual.

No se habían dado cuenta que querían revivir una institución que en la artesanía y corporativismo de la Edad Media encontró su medio propicio y máximo apogeo, pero que en la actualidad desvirtuaba su naturaleza al aplicarse a una realidad para la que no fue hecha; es cierto que es necesario la preparación de los trabajadores para que puedan realizar mejor su actividad, sobre todo en donde debe prevalecer la calidad sobre la cantidad, pero se olvidaron que el aprendizaje no era el único medio, ni mucho menos el más idóneo.

Así es por lo que no aceptamos la diferencia que con la idea de salvar a una institución caduca, trata de realizar Mario L. Deveali (8), al hablarnos de un aprendizaje artesano, tan próspero en el pasado y reducido a su mínima expresión en el presente y el aprendizaje industrial, dirigido a la formación de obreros capacitados para el caso de las maquinarias y de los procedimientos industriales y, después de pasar lista a los autores que han estudiado la cuestión, sostiene que por no haberse dado cuenta de esta diferencia han llegado a soluciones que a menudo resultan confusas y a veces contradictorias.

Hernainz Márquez (9) sostiene que el aprendizaje sólo conserva el nombre y que se encuentra en crisis, principalmente por razones económicas, por un lado, la sustitución de la antigua forma personalísima y específica de prestar el trabajo atendiendo a las condiciones inherentes al trabajador, por un sistema industrial del maquinismo, en que el papel del elemento humano se ha simplificado en tales términos, que no en pocas ocasiones no requiere formación profesional de ninguna especie, para el que tiene que realizarla. Por otra parte, el agobio material de la familia trabajadora, tan necesitada de recursos económicos, que tiene que lanzar apenas puede, a sus menores a un trabajo cualquiera para aumentar sus ingresos. Unáse además a esto, nos dice, que los industriales recurren a este contrato para emplear jóvenes y abaratar la producción.

(8) Lineamientos. . . cit., pág. 345 y sig.

(9) Op. cit., 10a. ed., pág. 462.

José Vida Soria (10), por su parte, nos dice que el contrato que analizamos es inactual, puesto que no cubre dentro de la vida social presente (y posiblemente nunca la ha cubierto) la realidad social sobre la que incide, ya que ésta desborda los marcos rígidos de aquél y concluye: "Si en el aprendizaje contractual el interés subyacente fundamental estaba en el individuo, en la realidad de una sociedad fundada sobre el trabajo especializado, el interés en conseguirlo pasa a ser de tipo social. Cambia con ello todo el sentido que la instrumentación jurídica había mantenido al respecto; el problema de la formación profesional pasa a ser un problema de educación, y como tal, a tener bases fundamentales diferentes".

Rafael Caldera (11) distingue entre el contrato de aprendizaje propiamente dicho, dentro del cual el maestro recibe una remuneración por enseñar al aprendiz, contrayendo una serie de deberes morales y educativos frente a éste; del contrato impropriamente denominado así, y que en realidad es una verdadera relación de trabajo con variaciones especiales, entre las cuales la más importante es la de que el trabajador recibe una menor remuneración en dinero por considerarse que recibe una parte importante en especie, que es la práctica del arte u oficio al que aspira.

Francisco De Ferrari, sin embargo, pensamos que es el que mejor ha criticado este sistema, ya que nos dice que el aprendizaje puede dividirse en dos clases: el de la doctrina o de la teoría de la ley y el aprendizaje que nos es dado encontrar en las prácticas industriales; en esta segunda variante, el aprendizaje sólo conserva su nombre ya que, en realidad, se trata de una relación de trabajo especial que celebran los menores utilizados por las industrias. Esta relación especial encara, por lo tanto, un fenómeno distinto del que conocieron las épocas anteriores con el nombre de aprendizaje. Hoy en día con dicho nombre se configura una institución que se "refiere, como ya vimos, al trabajo de los menores, a disposiciones tuteladoras que en nuestros días, por su importancia y su fin equivalen a la legislación sobre aprendizaje contractual de otra época. Tales disposiciones no se refieren a la enseñanza, sino al trabajo de menores considerándolos como seres humanos que no han completado su desarrollo físico ni terminado los ciclos de su formación" (12).

Y así, De Ferrari (13) llega a la conclusión de que en nuestros días,

(10) *El aprendizaje y el contrato de aprendizaje*, en "catorce lecciones sobre contratos especiales de trabajo", op cit., pág. 236.

(11) *Derecho del. . . cit.*, pág. 558.

(12) *Lecciones. . . cit.*, tomo II, pág. 18.

(13) *Ibidem*, pág. 28.

el trabajo de los menores, minuciosamente reglamentado, equivale al aprendizaje de épocas anteriores y éste, que fue originariamente una forma de enseñanza práctica, se vio desplazado con el tiempo, debido a los cambios tecnológicos, por la llamada enseñanza profesional que es de carácter eminentemente teórico.

3.—En la creación de escuelas profesionales la enseñanza la imparten maestros preparados que no obligan a los jóvenes a abandonar el hogar, ni a descuidar su instrucción escolar o media; el trabajo manual y el intelectual puede ser asegurado mejor con ayuda de un programa escolar, además que la iniciación práctica puede lograrse más rápidamente en estas escuelas que en las fábricas, las cuales enseñan lentamente y nunca pueden detener las máquinas para repetir una explicación o dar una verdadera clase (14).

La formación profesional cuyas raíces se pueden encontrar en la Constitución de Weimar, la cual imponía la frecuentación obligatoria a cursos profesionales complementarios hasta la edad de dieciocho años (15), empieza a preponderar sobre la idea de aprendizaje, cada vez más, se ve como una necesidad la capacitación profesional en escuelas profesionales, y esto obedece a que, según observa De Ferrari:

- a) A los cambios operados en los procedimientos o modos de producir;
- b) A los adelantos tecnológicos;
- c) A la necesidad de que el trabajador posea conocimientos generales, más que una especialización, manual o práctica;
- d) A la importancia que actualmente tiene la información teórica sobre la simple práctica del oficio;
- e) A la sustitución del pequeño taller por los grandes establecimientos, lo que ha traído como consecuencia la modificación de las bases de la convivencia profesional (16).

Pero a pesar de esto, todavía encontramos entusiastas partidarios del aprendizaje, así Cabanellas dice: "No obstante, como la máquina no ha relegado totalmente al hombre, y todavía el factor personal dispone de innúmeras tareas para demostrar y valorar la diferente calidad entre unos trabajadores y otros, entre los expertos o inexpertos, y suele ser

(14) Ibidem, pág. 32.

(15) Cit. De Ferrari, Ibidem, pág. 29.

(16) Ibidem.

la experiencia el camino de la pericia, subsiste la indudable utilidad del aprendizaje" (17).

Estamos de acuerdo que es necesaria la enseñanza gradual, tratando de elevar el nivel técnico y cultural del trabajador, pero lo que no comprendemos es por qué éstos autores nos hablan de la necesidad que sea la enseñanza a través de la figura periclitada del aprendizaje, y no con otra forma de enseñanza profesional.

La industria ya no exige, como lo hacía antes, una larga y paciente educación de los músculos y de las manos; ahora pide una mano de obra instruida e inteligente, en la que prevalezca más que una habilidad de especialistas, una buena instrucción y cultura general.

En el convenio número 17 de la Organización Internacional del Trabajo, emanada de la reunión del 6 al 28 de junio de 1962 y que entró en vigor el 23 de abril de 1964, se señalaron las normas y objetivos básicos de la política social, entre las cuales destaca principalmente la educación y formación profesional, para preparar de una manera eficaz a menores de uno u otro sexo para cualquier empleo útil (18).

El curso de los acontecimientos a decidido esta controversia a favor de la enseñanza para la capacitación profesional y en contra del aprendizaje, como no podía ser de otra manera, ya que el aprendizaje, además de ser impracticable actualmente, representa una figura del pasado, en cambio la enseñanza profesional es una concepción de actualidad, que asegura la formación del hombre que necesita la industria moderna.

4.—En México se tomaron en cuenta estas ideas y sobre todo, se contempló la realidad, en la que se utilizó el aprendizaje como un medio de explotación y de ocultamiento de verdaderas relaciones de trabajo (19).

(17) Compendio de. . . cit., tomo I, pág. 840-841. Trueba Urbina y Trueba Barrera, sostuvieron entre nosotros que: "Se ha hablado mucho de una supuesta crisis del aprendizaje; sin embargo, la institución perdura y cada día se acentúa más la característica de la retribución y la subordinación". En Ley Federal del trabajo reformada y adicionada 1931), cit., pág. 119, comentario al artículo 218. No era tan supuesta la crisis pues la institución desapareció definitivamente del marco legal mexicano, y si eran cada vez más acentuadas la retribución y la subordinación, ya no era contrato de aprendizaje.

(18) O.I.T., **Convenios y Recomendaciones (1919-1966)**, Ofna. Internacional del trabajo, Ginebra, 1966, págs. 1089-1090.

(19) Son múltiples las ejecutorias de la Suprema Corte de Justicia sobre este aspecto, una de las últimas es la de 15 de marzo de 1966, A. D. 945/65, Industrias Bamex, en la cual se dijo: "No constituye obstáculo alguno para reconocer a un trabajador su calidad de tal, el que haya firmado contrato como aprendiz, cuando la parte demandada contesta que los servicios prestados por el actor no tienen el carácter de aprendizaje, sino que corresponden a los de asalariado, toda vez que el aludido contrato queda desvirtuado con la citada confesión, la que, por su propia naturaleza, tiene la calidad de prueba plena. Tampoco obsta, para el efecto, el que el actor haya traba-

A pesar de los lapsos que establecía la ley para el aleccionamiento o para que se aprendiera, carecieron de observancia práctica, pues se eternizaba con esta calidad de aprendices durante años, además la experiencia demuestra, salvo pocas excepciones, que el aprendizaje sirve para que menores y mayores disfruten de salarios reducidos y a la separación sin responsabilidad al término del contrato, so pretexto que sean incompetentes para el oficio que como trabajadores estaban desempeñando.

El gobierno de México ha realizado esfuerzos prodigiosos para resolver el problema educacional en nuestro país, problema que es el principal y más importante, no descuidando, por supuesto, la capacitación para el desempeño de las más diversas actividades (20).

Pero independientemente de ese esfuerzo, se consagró en nuestro orden jurídico, artículo 132, fracción XV, como una obligación de los patronos la de que en sus empresas deberán organizar permanente o periódicamente cursos o enseñanzas de capacitación profesional o adiestramiento para sus trabajadores, los cuales deberán sujetarse a los planes y programas que de común acuerdo se elaboren tanto por trabajadores como por patronos, informando a la Secretaría del Trabajo y Previsión Social, o a las autoridades de trabajo de los Estados, Territorios y Distrito Federal, las cuales deberán vigilar la ejecución de los cursos o enseñanzas, la enseñanza podrá ser en una o varias empresas o con las subdivisiones que crean convenientes, proporcionada por personal propio o por profesionistas técnicos especialmente contratados, o por conducto de escuelas o institutos especializados, o por alguna otra modalidad, menos el aprendizaje, pues no se podría pagar una cantidad que sea inferior al salario mínimo, argumentando que se da lo demás en enseñanza, pues se violaría el artículo 90 de la nueva Ley, que habla del salario mínimo en efectivo, y todavía más, sería contradictoria al artículo 123 constitucional, apartado "A", fracción X, que no permite la substitución de la moneda de curso legal por ningún signo representativo, así se le llame enseñanza y por necesaria que sea a la empresa.

jado a las órdenes del director de un departamento de la empresa, ya que cualquier trabajador no aprendiz, por regla general, labora a las órdenes de su patrono o de sus superiores (léase inferiores) inmediatos".

- (20) Así, tanto el Congreso de la Unión como el Poder Ejecutivo han expedido disposiciones legislativas y reglamentarias para preparar debidamente a los trabajadores, des los que procuran obtener recursos como la Ley de 3 de enero de 1963, incorporada a la Ley de Ingresos de la Federación para 1964, en que se establece el impuesto del 1% con destino a la: "enseñanza media, superior y universitaria, y a la capacitación técnica y profesional"; en el decreto de 15 de mayo de 1962, modificado por el de 27 de abril de 1964, mediante el cual se creó el "Centro Nacional de enseñanza técnica e industrial", creado para que: "en el ritmo actual del desarrollo de la industria en el país requiero con urgencia, incrementar la formación de técnicos de preparación media"; en el decreto de 26 de noviembre de 1963 que organiza el Consejo nacional de fomento de los recursos humanos para la industria, buscando la capacitación de trabajadores.

Así fue como se corrigió aquella situación que con pretexto de esa capacitación, utilizaba trabajadores en condiciones inferiores a las que deben regir su actividad. Y se impuso al sector patronal dicha obligación de cooperación para solucionar el conflicto de la falta de formación profesional, porque los únicos beneficiados van a ser ellos, pues aumenta la productividad con el trabajo especializado y con ello sus ganancias.

Ahora bien, si los trabajadores de nuevo ingreso no resultan aptos para el trabajo, podrán ser separados de su trabajo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 53 fracción IV de la nueva Ley, separación que resultaría tanto más justificada por cuanto no obstante, la capacitación que se le dio, éste no resultó apto para el trabajo.

Como síntesis de lo anterior, podemos decir que el contrato de aprendizaje en México (21) ha atravesado por tres momentos, debido primordialmente a la costumbre tan arraigada que existía y que era poco menos que imposible suprimir de un día para otro.

En un primer momento, como imposición del Capital al Trabajo, como hemos dicho, surge en la etapa liberal, en la que se caracterizaba por su falta de reglamentación legal, si acaso algunas normas aisladas en los códigos civiles mexicanos; en esta etapa era una figura contractual, sujeta a las reglas generales del derecho civil y que, su aplicación produjo resultados enojosos, como la explotación de niños y jóvenes so pretexto de instrucción.

En un segundo momento, ante esta situación de explotación, el derecho del trabajo no pudo permanecer indiferente, y tomando en cuenta que el maestro aprovecha el trabajo del aprendiz, y que éstos subordinan su fuerza de trabajo a los fines de la empresa y que, cualquiera que sea la utilidad que obtengan por el aprendizaje, merecían la protección de la ley, así se estableció un capítulo especial en la nueva ley, dada la índole de la prestación del servicio, aunque no toda la protección que se debía.

En un tercer momento, que es el actual, el Trabajo se ha impuesto al Capital, y con la nueva Ley Federal del Trabajo se suprimióafortunadamente esta institución medieval, considerando que el trabajo cumple con la prestación de un servicio en forma subordinada por una remuneración y que en caso de especialización técnica, corresponde al Capital proporcionarlo ya que en última instancia, él es el beneficiado al obtener mayor productividad y como consecuencia mayores ganancias, respetando en todo momento los mínimos que el derecho del trabajo garantiza y que considera que son compatibles con la dignidad humana.

.....

Y así se ha mostrado que gracias a la teoría de la relación de tra-

(21) Vid. DE LA CUEVA M.; Derecho mexicano. . . cit., tomo I, págs. 879 y sigs.

bajo, al carácter expansivo y el de concretividad y actualidad del derecho del trabajo se sigue ampliando cada vez más nuestra disciplina dado que la mayor parte de las actividades se están convirtiendo en subordinadas por la concepción social y no liberal que empieza a preponderar en ellas.

Otra de las disposiciones de la nueva Ley Federal del Trabajo que permitirá indudablemente la expansión y que corrige suprimiendo una práctica muy usual en las Juntas de Conciliación y Arbitraje, es la que se dispone en el artículo 732 sobre las normas de competencia, y que dice que: "No se considera excepción de incompetencia, la defensa consistente en la inexistencia de la relación de trabajo". Con esto se permitirá analizar a fondo toda relación jurídica a fin de comprobar la existencia de los elementos de la relación de trabajo y se evitará que la Junta se declare incompetente por no existir una relación de trabajo, como ocurría, y que propiamente con ello estaban decidiendo ya sobre el fondo del asunto sin entrar a él.

México con su nueva Ley Federal del Trabajo ha logrado una verdadera revolución social sin derramar una gota de sangre, poniéndose indiscutiblemente a la vanguardia del derecho del trabajo, como una vez ocurrió en 1917.

CONCLUSIONES

1.—La historia no hace otra cosa que relatar las hazañas del hombre para conquistar su libertad, una de esas hazañas ocurre en el derecho del trabajo; nacido como protesta contra el mundo liberal y en un principio ubicado dentro del pensamiento del derecho civil, al darse cuenta de su función y de la nueva concepción de la vida y del hombre, rompió las cadenas que lo ataban al derecho común y alcanzó plena autonomía.

2.—El derecho del trabajo rompió la vetusta clasificación fría de Ulpiano de derecho público y privado, introduciendo una nueva rama de derecho, con la que se ha lanzado la humanidad a la conquista de un derecho social del porvenir.

3.—Dentro de las diferentes posturas que se han adoptado frente al derecho social, la que lo contempla como un "tertium genus" diferente al *ius publicum* y al *ius privatum*, es la que mejor aceptación ha tenido, señalando que sus principales caracteres son: es un deber que tiene el Estado de resolver la cuestión social, buscando la protección y la asistencia de los económicamente débiles, cuya función consiste en la integración de todos en los beneficios de la sociedad, por lo que contempla al hombre dentro de la concepción "nosotros" y que no parte, sino que tiende a buscar la igualdad.

4.—El derecho del trabajo tiene por objeto regular toda prestación de servicios en forma subordinada, no aplicándose, por lo tanto, al llamado trabajo autónomo, en contra de lo que se ha querido sostener por parte de la doctrina, la cual ha hecho un mal planteamiento del problema, ya que las actividades que como ejemplo citan para sostener tal argumento, si bien en un principio fueron libérrimas, ahora por diversas circunstancias se han convertido en subordinadas, por lo que quedan comprendidas dentro del ámbito de aplicación personal de nuestra disciplina.

5.—La función del contrato en la actualidad ha declinado, tanto por lo que respecta a la "libertad contractual" como a la "libertad de contratar", fenómeno que hoy en día puede apreciarse en todo el derecho.

6.—El derecho del trabajo, en su aspecto individual, tiene su piedra angular en la teoría de la relación de trabajo, que señala que no importa el acto que le dé origen a la prestación de servicios en forma subordi-

nada, pues basta que en la realidad se preste la actividad en dicha forma, para que se aplique el derecho laboral.

7.—La concepción de la teoría de la relación de trabajo es nueva, iniciada en el pensamiento alemán con Heinz Potthof, tiene su mejor exponente en la actualidad a Mario de la Cueva, siendo la tesis que empieza a preponderar en la doctrina y legislación modernas sobre el derecho del trabajo, porque es la que mejor responde a sus exigencias.

8.—La teoría "comunitaria" o "institucionalista" de la relación de trabajo, la cual tuvo su apogeo en el régimen totalitario alemán y en el español franquista, no debe confundirse con la posición que actualmente se ha adoptado de la teoría de la relación de trabajo, ya que sus fundamentos, estructura y finalidades son diferentes.

9.—Las ejecutorias de la Suprema Corte de Justicia en materia de Trabajo, desde hace tiempo han aceptado la teoría de la relación de trabajo, aportando al mundo jurídico la idea de "contrato-realidad", que es una aplicación de la idea anterior.

10.—En la nueva Ley Federal del Trabajo se habla de una coexistencia en la teoría de la relación de trabajo: de la figura del contrato y del enrolamiento o enganche, de lo que no se podría argumentar que existe contradicción, ya que sería ignorar la teoría relacionista, la cual no niega la existencia de un contrato o acuerdo de voluntades anterior, sino que indica que lo principal es la prestación del servicio, que viene a ser objeto de la reglamentación por parte del derecho del trabajo.

11.—Las ventajas más sobresalientes con la aceptación de la teoría de la relación de trabajo son: es la que mejor explica todas las situaciones que contempla el derecho del trabajo, tanto los trabajos que tienen un origen contractual, como los que no lo tienen; evitará que so pretexto de autonomía de la voluntad, se trate de alejar una relación de trabajo de la protección de nuestra disciplina; facilitará la extensión o el carácter expansivo de nuestro derecho del trabajo.

12.—En la actualidad, el derecho del trabajo tiene a su favor la presunción de que todas las prestaciones de servicios son relaciones de trabajo y que quien alegue el carácter civil o mercantil, por ejemplo, de la relación, deberá demostrar que no se reúnen los elementos de la relación laboral, esto es, la presunción de la existencia de una relación de trabajo en toda prestación de servicios, no es otra cosa que la expresión de una doble circunstancia: la fuerza expansiva del derecho del trabajo y la categoría actual de derecho común que tiene el derecho del trabajo para regir todo servicio humano.

13.—Lo único que se puede rescindir es una relación jurídica y no un contrato; por lo tanto, estamos completamente de acuerdo con la "rescisión de la relación de trabajo" que utiliza la nueva Ley en contra

de la tradición, y esto no sólo por unidad armónica en terminología, sino por considerarla técnicamente avanzada.

14.—La legislación del trabajo tiene un sentido universal y está regida, según se ha expresado a menudo, por el principio de igualdad; pero la aplicación de este principio está condicionado por la diversidad o igualdad de situaciones: a situaciones iguales debe aplicarse la misma norma, pero cuando ellas son distintas, las normas tienen que ser diferentes. Y si bien todo trabajo es especial, a algunas relaciones de trabajo, por las peculiaridades de sus situaciones, por el carácter concreto y actual y por la fuerza expansiva del derecho del trabajo, se les dedicaron varios capítulos en la nueva Ley.

15.—El agente de comercio es una figura nueva, creada en el siglo XIX en el código de comercio alemán, el cual lo definía como un trabajador autónomo, pero que con el transcurso del tiempo, se ha convertido su vínculo con la empresa en una verdadera relación de trabajo, modificándose, incluso, dicho código alemán en 1953, reconociéndose que la prestación de servicios se realiza en forma subordinada.

16.—La mayor parte de la legislación y de la doctrina moderna se han inclinado a considerarlos como trabajadores, iniciándose esta corriente en Francia. Se han dado los siguientes caracteres a favor de la subordinación y, por lo tanto, a favor del derecho del trabajo: se señala que tienen lineamientos fijos en el desempeño de su gestión, que deben prestar su servicio en forma habitual o con permanencia, que carecen de una negociación o empresa propia, que obran en nombre y por cuenta ajena, que no quedan personalmente obligados a responder de las operaciones ni de sus resultados, que no es necesario que estén en un mismo sitio, pues generalmente actúan en otras plazas que previamente se les designan.

17.—En México, la primera postura derivó del pensamiento mercantilista al considerarlos como trabajadores autónomos, haciendo vacilar a la Suprema Corte de Justicia sobre su naturaleza jurídica, porque se le confundió con el comisionista, siendo hasta la nueva Ley en que se finalizó con las controversias al distinguir claramente entre las dos figuras; ya que en la comisión, el cumplimiento del contrato se manifiesta mediante un acto o una serie de actos, que solamente de manera accidental crean dependencia entre el comitente y el comisionista, que la duración está limitada al tiempo necesario empleado para realizar la ejecución del acto, y que los actos verificados por el comisionista deben ser precisamente actos de comercio; situaciones que no se dan en el agente de comercio.

18.—Es una relación de trabajo de carácter especial, ya que no es posible aplicarle la disposición de jornada máxima de trabajo; además de que la forma de fijar su salario es por medio de "primas", las cuales

necesitan una regulación especial para fijarlas, así como para determinar algunas de sus condiciones de trabajo.

19.—Los trabajadores domésticos son quizá, dentro de nuestra disciplina, los últimos a quienes se les ha empezado a hacer justicia, tratando de hacer desaparecer su discriminación y explotación de que han sido objeto desde su surgimiento, y esto se debe a que realizan las faenas de conservación de la casa y asistencia a las personas, dentro de la esfera familiar, lo que motiva que se presente muy tímida, por lo general, la actuación del legislador.

20.—A pesar de que la mayor parte de la doctrina y de la legislación los han empezado a considerar como trabajadores, algunos países les niegan tal categoría y los excluyen de la protección de nuestra disciplina, como es el caso de Italia, España y Brasil.

21.—Fue la primera actividad asalariada que motivó una regulación expresa, aunque poco beneficiosa a la parte débil y necesitada. Contemplada desde un punto de vista iuscivilista y regulada en dichos ordenamientos, se le dio un tratamiento como si fueran cosas o mercancías, pero a principio de siglo hubo un importante viraje de esa idea, destacándose lo avanzado de las legislaciones europeas, devolviéndoles la dignidad de persona humana.

22.—Por lo que respecta al derecho mexicano, desde el año de 1917 se decidió la controversia de la naturaleza jurídica de los trabajadores domésticos, pero a pesar de la preocupación de las legislaciones de los Estados, en la Ley Federal del Trabajo de 1931 sólo se presentó una regulación exageradamente tímida, siendo, incluso, algunos de sus preceptos francamente inconstitucionales, lo que aunado al criterio conservador e ilegal de algunas decisiones de la Suprema Corte de Justicia, no hicieron posible la idea del constituyente y se dejó completamente a la autonomía de la voluntad su regulación.

23.—La nueva Ley Federal del Trabajo, después de más de cincuenta años, vino a nivelar la situación de los trabajadores domésticos con respecto a los demás sujetos protegidos por el derecho laboral, siéndoles aplicables la mayor parte de las normas que regulan la condición de la prestación del servicio, empezando por jornada máxima, salario mínimo, vacaciones, descanso hebdomadario, y demás.

24.—El nuevo capítulo en la legislación laboral mexicana sobre trabajadores actores y músicos, más que la aplicación del carácter expansivo del derecho del trabajo, es una manifestación de su carácter concreto y actual, ya que desde hace mucho tiempo, la doctrina, la costumbre y algunas legislaciones los habían considerado como trabajadores, pero era necesaria una regulación especial dada la naturaleza del servicio.

25.—En México, se les reconoció como trabajadores desde 1918, en

el Código de Trabajo del Estado de Yucatán, y desde hace más de cinco lustros han formado sindicatos que defienden sus intereses y realizan contratos colectivos de trabajo; en algunas ejecutorias de la Suprema Corte de Justicia se les ha reconocido como trabajadores, la nueva Ley lo único que hizo fue consolidar su situación y darles un tratamiento especial.

26.—Los trabajadores actores y músicos son las personas que realizan una prestación de servicios, espectáculo artístico en sí mismo, en forma subordinada a cambio de una remuneración, para una empresa cuya función es instruir, entretener o divertir al público con dicho espectáculo.

27.—El artículo 305 de la nueva Ley, que establece que para estos trabajadores no debe aplicarse el principio de que si vencido el término fijado subsiste la materia de trabajo, la relación se deberá prorrogar por todo el tiempo que dure esta circunstancia, debe ser interpretado en forma restringida, no debiendo ser aplicable a algunos trabajadores artistas en los que no existe razón para que no se aplique el principio de estabilidad absoluta en el empleo.

28.—En el deporte también encontramos el tránsito de una actividad libre y que se daba como un espectáculo gratuito a un deporte profesional que se realiza en forma subordinada y que es objeto de explotación y donde se obtienen grandes entradas de dinero, a pesar de esto, no es sino hasta una época relativamente reciente cuando se le empezó a considerar como trabajador en la doctrina y la legislación y dejar de ser una de las zonas grises, descartándose las teorías del contrato innominado, del "mandato deportivo" y de la corriente que partía del contrato deportivo para configurar un nuevo derecho.

29.—México, con la nueva Ley Federal del Trabajo, es el primer país que considera a todo el deporte profesional, y no sólo a un sector, como trabajo subordinado y, por lo tanto, protegido por el derecho del trabajo, abriéndoles con ello las puertas de las Juntas de Conciliación y Arbitraje para dirimir sus controversias con el Capital. En el capítulo especial se consagran diversas prestaciones especiales: dada su naturaleza especial no es aplicable en forma absoluta el principio de la estabilidad en los empleos, por otro lado, sigue siendo lícita la retención de la bolsa de un deportista por no haber realizado la actividad debida.

30.—La razón fundamental de incorporar un capítulo especial sobre trabajo en hoteles, restaurantes, bares y otros establecimientos análogos, es solucionar definitivamente el problema de la propina como parte integrante del salario, ya que es una fuente de ingresos, la principal, para los trabajadores que prestan su servicio en dichos lugares; por lo tanto, por analogía, también se aplican las disposiciones sobre la propina a los trabajadores de peluquería, salones de belleza, acomodadores de teatros o

cines, y otras actividades donde existe la misma razón legal para la aplicación de la Ley.

31.—Pese a las primeras ideas criticando dicha remuneración, por considerarla como una dádiva o una limosna, actualmente, tanto la doctrina como las legislaciones, le han quitado ese carácter, al considerarla como formando parte del salario, pues a pesar de que es abonada por un tercero, que no es el patrono, en ocasión de la satisfacción del trabajo realizado por el empleado, es una costumbre que se ha impuesto y que se considera como obligatoria o impuesta por los patronos cuando la recargan en las cuentas, y sobre todo, porque se toma en cuenta para fijar el salario de dichos trabajadores, por lo que es necesario tomarla en cuenta para fijar las indemnizaciones.

32.—Es importante distinguir entre la propina y lo que la doctrina francesa ha denominado "pot-de-vin" (adehala), ya que esta última, siendo una "remuneración oculta", sí debe estar prohibida, pues es una especie de cohecho a un trabajador, que se da a espaldas del patrono, y cuya finalidad es que el trabajador cumpla o incumpla con su deber. Esto se debe considerar como una falta de probidad u honradez en el trabajo, por lo que es causa justificada para la rescisión de la relación de trabajo.

33.—El Derecho Mexicano del Trabajo, de acuerdo con la nueva Ley, no acepta que un trabajador preste sus servicios obteniendo como única remuneración la propina, situación que en la doctrina se conoce como "oportunidad de la ganancia", considerando que es una prestación en especie que da el patrono en vez de salario en efectivo; y menos aún, se puede permitir que el trabajador tenga que entregar parte de las propinas para que se le permita trabajar u obtener el puesto.

34.—Siempre se ha presentado confusión para distinguir si hay relación de trabajo en aquellos casos en que una de las partes realiza un trabajo en provecho de otra, mientras que ésta coloca uno de sus bienes a disposición del trabajador. Uno de estos puntos controvertidos se suscitaba en el trabajo de autotransportes, decidiendo la nueva Ley el problema definitivamente.

35.—Los conductores de taxis o coches de alquiler ya habían sido considerados como trabajadores desde la época del Sr. Gral. Don Lázaro Cárdenas y en las primeras ejecutorias de la Suprema Corte de Justicia; pero después se varió el criterio, sosteniéndose en jurisprudencia firme de nuestro más alto tribunal que eran arrendatarios de coche, con lo que se les alejó de la protección de nuestra disciplina y no fue sino hasta la nueva Ley, cuando se volvió al criterio original que se ajusta más a la realidad, pues sí es una relación de trabajo, aunque muy especial por la forma de remuneración.

36.—El surgimiento e implantación del aprendizaje, sólo se puede

concebir como una condición impuesta por el Capital omnipotente en el siglo pasado y principios del actual, al Trabajo incipientemente organizado, para obtener un beneficio triple: poner la fuerza de trabajo subordinada a los fines de la empresa, especializándola según sus intereses y conveniencias, por otro lado, la utilización de jóvenes aprendices aumentaría la producción y como consecuencia, aumentarían sus ganancias y, sobre todo, pagarían una mano de obra muy barata o incluso no la pagarían.

37.—Es cierto que es necesaria la preparación de los trabajadores para que puedan realizar mejor su actividad, sobre todo en donde debe prevalecer la calidad sobre la cantidad, pero se olvidan que el aprendizaje no era el único medio, ni mucho menos el más idóneo; por lo que al romper la nueva Ley la figura del aprendizaje e incorporar la obligación de las empresas de proporcionar capacitación profesional, se puede considerar como una de sus principales conquistas .

38.—En última instancia, ha de corresponder a la Suprema Corte de Justicia dar una sana interpretación de los preceptos que ahora le proporciona la nueva Ley Federal del Trabajo y no desvirtuarlos. Las bases de una nueva época están dadas, de ahora en adelante todo dependerá de su aplicación real.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS:

- ALONSO GARCIA, Manuel: **Curso de Derecho del Trabajo**, 2a. ed., edit., Ariel, Barcelona, 1967.
- ANTOKOLETZ, Daniel: **Tratado de legislación del trabajo y previsión social**, edit. Kraft Ltda., Buenos Aires, 1941.
- ALVAREZ, Víctor M.: **El contrato de trabajo y sus diversas figuras**, Trabajo de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1964.
- ASCARELLI, Tullio: **Derecho mercantil**, trad. Felipe de J. Tena, Porrúa, México, 1940.
- BARRERA GRAF, Jorge: **La representación voluntaria en el derecho privado**, Instituto de derecho comparado, México, 1967.
- BARASSI, Ludovico: **Tratado de derecho del trabajo**, trad. Miguel Sussini (h), edit. Alfa, Buenos Aires, 1953.
- BATTAGLIA, Felice: **Filosofía del trabajo**, trad. Fco. Elias de Tejada, edit. Revista de derecho privado, Madrid, 1955.
- BAYON CHACON, Gaspar: **La autonomía de la voluntad en el derecho romano**, edit. Tecnos, Madrid, 1955.
- BAYON CHACON, Gaspar: **Contratos especiales de trabajo**, en "Catorce Lecciones sobre contratos especiales de trabajo", edit. por la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, Madrid, 1965.
- BAYON CHACON G.—PEREZ BOTIJA E.: **Manual de derecho del trabajo**, 5a. ed., Madrid, 1957.
- BEUDANT, Ch.: **Cours de droit civil français (contrats civils divers)**, Librairie A. Rousseau, París, 1947.
- BLANCO, José Martín: **El contrato de trabajo**, edit. revista de derecho privado, Madrid, 1957.

- BORJA SORIANO, Manuel: **Teoría general de las obligaciones**, 5a. ed., edit. Porrúa, México, 1966.
- BRY, Georges: **Les lois du travail industriel**, 6a. ed., Recueil Sirey, París, 1921.
- CABANELLAS, Guillermo: **Compendio de derecho del trabajo**, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1968.
- CABANELLAS, Guillermo: **Tratado de derecho laboral**, edit. El gráfico impresores, Buenos Aires, 1949.
- CABANELLAS, Guillermo: **Contrato de trabajo**, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1964.
- CABRERA BAZAN, José: **El contrato de trabajo deportivo**, Estudios de trabajo y previsión social del instituto de estudios políticos, Madrid, 1961.
- CALAMANDREI, Piero: **Instituciones de derecho procesal civil según el nuevo código**, trad. Santiago Sentis Melendo, edit. De Palma, Buenos Aires, 1943.
- CALDERA, Rafael: **Derecho del trabajo**, 2a. ed., edit. "El Ateneo", Caracas, 1960.
- CALLEJO DE LA CUESTA, Pablo: **Derecho Social**, Librería general de Victoriano Suárez, Madrid, 1935.
- CAMACHO HENRIQUEZ, Guillermo: **Derecho del trabajo**, edit. TEMIS, Bogotá, 1961.
- CAMUS, E.: **Curso de derecho romano**, Universidad de La Habana, Cuba, 1941.
- CANTON MOLLER, M.—VAZQUEZ A.: **Naturaleza jurídica del contrato del deportista profesional**, en "Primer Congreso Internacional de Derecho del Deporte", México, 1968.
- CASO, Antonio: **Principios de Estética**, edit. Porrúa, México, 1944.
- CASTAN TOBEÑAS, José: **La socialización del derecho y su actual panorámica**, Real academia de jurisprudencia y legislación, Madrid, 1965.
- CESARINO JUNIOR, A.F.: **Contrato individual de trabalho- Salario Individo**, edit. da Rev. Arcadia, Sao Paulo, 1944.
- CESARINO JUNIOR, A.F.: **Direito social brasileiro**, 3a. ed., Livraria Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1953.
- CONSENTINI, Francisco: **La reforma de la legislación civil y el proletariado**, trad. A. Aguilera y Arjona, edit. Beltrán, Madrid, 1921.

- DE BUEN LOZANO, Nestor: **La decadencia del contrato**, Textos universitarios, México, 1965.
- DE FERRARI, Francisco: **Lecciones de derecho del trabajo**, Biblioteca de publicaciones oficiales de la Facultad de Derecho, Montevideo, 1962.
- DE LA CUEVA, Mario: **Apuntes de teoría general del Estado**.
- DE LA CUEVA, Mario: **Derecho mexicano del trabajo**, 10a. edi., edit. Porrúa, México, 1967.
- DE LA CUEVA, Mario: **El deporte como un derecho y un deber ético de la juventud, como una función social y como un deber jurídico de la Sociedad y del Estado**, en "Primer Congreso Internacional de Derecho del deporte", México, 1968.
- DE LA CUEVA, Mario: **Síntesis de derecho del trabajo**, Instituto de derecho comparado de la U.N.A.M., México, 1965.
- DENISOV A.—KIRICHENCO M.: **Derecho constitucional soviético**, edit. Lenguas Extranjeras, Moscú, 1959.
- DE PINA VARA, R.: **Elementos de derecho mercantil mexicano**, Porrúa, México, 1958.
- DESPONTIN, Luis A.: **Derecho privado y público del trabajo**, Universidad de Córdoba, Córdoba, (Arg.), 1961.
- DESPONTIN, Luis A.: **Naturaleza jurídica del contrato deportivo profesional**, en "Primer Congreso Internacional de Derecho del Deporte", México, 1968.
- DEVEALI, Mario L.: **Il rapporto di lavoro**, Dott A. Giuffré edit., Milán, 1937.
- DEVEALI, Mario L.: **Lineamientos de Derecho del Trabajo**, 2a. ed., Tipográfica editora argentina, Buenos Aires, 1953.
- DUGUIT, León: **Las transformaciones generales del derecho privado desde el código de Napoleón**, trad. Carlos G. Posada, edit. Príncipe, Madrid, 1912.
- DURAND, Paul: **Traité de droit du travail**, Librairie Dalloz, París, 1947-1950-1953.
- ENNECCERUS-KIPP - WOLFF: **Tratado de derecho civil**, trad. Pérez González - Alguer J., edit. Bosch, Barcelona, 1944.
- FELIX GOTTSCHALK, Egón: **Norma pública e privada no direito do trabalho**, Livraria Academia, Sao Paulo, 1944.
- FERNANDEZ GONZALEZ, Víctor: **Contrato de trabajo de los artistas**, en "Catorce Lecciones sobre contratos especiales de trabajo", edit. por la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, Madrid, 1965.

- FERRARA, Francisco (jr.): **Tratatto di diritto civile italiano**, edit. Athenaeum, Roma, 1921.
- FIX ZAMUDIO, Héctor: **El juicio de amparo**, edit. Porrúa, México, 1964.
- FRAGA, Gabino: **Derecho administrativo**, 9a. ed., Porrúa, México, 1962.
- GARCIA DE HARO, Ramón: **La posición jurídica del trabajador subordinado**, ed. Rialp, Madrid, 1963.
- GARCIA MARTINEZ, Fco.—GARCIA MARTINEZ J.A.: **El contrato de trabajo en el derecho argentino y comparado**, Imp. López, Buenos Aires, 1945.
- GARCIA OVIEDO, Carlos: **Tratado elemental de derecho social**, 3a. ed., EISA, Madrid, 1952.
- GARRIGUES, Joaquín: **Curso de derecho mercantil**, 3a. ed., Silverio Aguirre Torre impresor, Madrid, 1960.
- GIUDICE, Pasquale del: **Enciclopedia jurídica para uso de las cátedras**, trad. Alvaro Lope Orriols, Imprenta de la Revista de legislación, Madrid, 1855.
- GOMES, Orlando: **O salario no direito brasileiro**, en "Coleção de direito do trabalho", José Konfino edit., Rio de Janeiro, 1947.
- GOMES, Orlando: **Direito do trabalho (Estudos)**, 2a. ed., Artes gráficas, Bahía, 1950.
- GURVITCH, Georges: **L'ídee du droit social**, Librairie Recueil Sirey, París, 1932.
- GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto: **Derecho de las obligaciones**, 2a. ed., edit. Cajica, Puebla, 1965.
- HELLER, Hermann: **Teoría general del Estado**, 5a. ed., F.C.E., México, 1963.
- HERNAINZ MARQUEZ, Miguel: **Tratado elemental de derecho del trabajo**, Madrid, 1944.
- HERNAINZ MARQUEZ, Miguel: **Tratado elemental de derecho del trabajo**, 10a. ed., Madrid, 1969.
- HERNANDEZ MARTIN, Darío: **Contrato de trabajo de los futbolistas**, en "Catorce lecciones sobre contratos especiales de trabajo", edit. por la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, 1965.
- HORI ROBAINA-DAVALOS OROZCO-ORONA TOBAR: **Amateurismo y profesionalismo**, en "Primer Congreso Internacional de Derecho del Deporte", México, 1968.
- HUECK Alfred-NIPPERDEY H.C.: **Compendio de derecho del trabajo**, trad.

- Rodríguez Piñero-Enrique de la Villa, edit. *Revista de derecho privado*, Madrid, 1963.
- IHERING, Rudolf Von: **El espíritu del derecho romano**, trad. Fernando Vela, revista de occidente, Buenos Aires, 1947.
- IHERING, Rudolf Von: **El fin en el derecho**, trad. Diego Abad de Santillán, edit. Cajica, Puebla, 1961.
- KROTOSCHIN, Ernesto: **Instituciones de derecho del trabajo**, edit. De Palma, Buenos Aires, 1947.
- KROTOSCHIN, Ernesto: **Tratado práctico de derecho del trabajo**, edit. De Palma, Buenos Aires, 1955.
- LAUBADERE, André de: **Traité théorique et pratique des contrats administratifs**, Librairie générale de droit et de jurisprudence, París, 1956.
- LE FUR, Louis: **Les grands problèmes du droit**, Librairie du Recueil Sirey, París, 1937.
- LITALA, Luigi de: **El contrato de trabajo**, trad. Santiago Sentis Melendo, edit. López Etchegoyen, Buenos Aires, 1946.
- LITALA, Luigi de: **Il contratto di lavoro domestico**, en "Trattato di Diritto del lavoro" de Borsari-Pergolesi, 2a. ed., Edit. CEDAM, Padova, 1953.
- LONDOÑO MEJIA, Carlos M.: **Derecho individual del trabajo**, Instituto "Balmes" de Sociología, Madrid, 1959.
- LOPEZ, Justo: **El salario**, en "Tratado de Derecho del Trabajo" dirigido por M. Deveali, edit. La Ley, Buenos Aires, 1965, tomo II.
- MADRID, Alfonso: **Derecho laboral español**, edit. Victoriano Suárez, Madrid, 1936.
- MAJADA, Arturo: **Naturaleza jurídica del contrato deportivo**, Barcelona, 1948.
- MANTILLA MOLINA, Roberto: **Derecho mercantil**, 8a. ed., México, 1965.
- MARTIN GRANIZO L.—GONZALEZ ROTLVOSS Y GIL M.: **Derecho social**, 2a. ed., edit. Reus, Madrid, 1932.
- MARTINS CATHARINO, José: **Contrato de empleo**, Salvador, Bahía, 1962.
- MENDIETA Y NUÑEZ, Lucio: **El derecho social**, 2a. ed., edit. Porrúa, México, 1967.
- MENDIETA Y NUÑEZ, Lucio: **Sociología del arte**, Instituto de Investigaciones Sociales de la U.N.A.M., México, 1962.
- MENENDEZ, PIDAL, Juan: **Derecho social español**, edit. Revista de derecho privado, Madrid, 1952.

- MENGER, Antonio: **El derecho civil y los pobres**, edit. Atalaya, Buenos Aires, 1947.
- MESSINEO, Francesco: **Doctrina general del contrato**, trads. Fontanarrosa-Sentis Melendo-Volterra, edit. jurídica europea americana, Buenos Aires, 1953.
- MOLINA ENRIQUEZ, Alvaro: **Legislación comparada y teoría general de los salarios mínimos legales**, Instituto de investigaciones jurídicas de la U.N.A.M., México, 1969.
- MONTENEGRO BACA, José: **El derecho del trabajo en "El Quijote"**, Homenaje al I Congreso iberoamericano de derecho del trabajo, Madrid, 1965.
- MOSSA, Lorenzo: **Derecho mercantil**, trad. Felipe de J. Tena, Uteha argentina, Buenos Aires, 1940.
- MOZART RUSSOMANO, Víctor: **Aspectos generales del trabajo deportivo**, en "Primer Congreso Internacional de Derecho del Deporte", México, 1968.
- NAPOLI, Rodolfo A.: **Derecho del trabajo y de la seguridad social**, edit. La Ley, Buenos Aires, 1969.
- OLAVARRIA Y FERRARI, Enrique de: **Reseña histórica del teatro en México**, 3a. ed., edit. Porrúa, México, 1961.
- OLEA Y LEYVA, Teófilo: **La socialización en el derecho, ensayo de una teoría general de las funciones**, México, 1933.
- ORTEGA Y GASSET, José: **La rebelión de las masas**, 39a. ed., edit. El Arquero, Madrid, 1966.
- ORTIZ, Alfredo J.: **Legislación del trabajo**, Buenos Aires, 1939.
- PALACIOS, Alfredo L.: **El nuevo derecho**, 3a. ed., Colección Claridad, Buenos Aires, s.f.
- PEREZ BOTIJA, Eugenio: **Curso de derecho del trabajo**, 2a. ed., edit. TECNOS, Madrid, 1957.
- PEREZ BOTIA, Eugenio: **El profesor Legaz y el derecho del trabajo**, en "Estudios jurídico sociales (Homenaje al profesor Luis Legaz y Lacambra)", Universidad de Santiago de Compostela, 1960.
- PEREZ PATON, Roberto: **Derecho social y legislación del trabajo**, 2a. ed., edit. A.R.A.Y.U., Buenos Aires, 1954.
- PLANIOL M.—RIPERT G.: **Traçado práctico de derecho civil francés**, trad. Mario Díaz, edit. Cultural, S. A., La Habana, Cuba, 1940.

- POLO, Antonio: **Del contrato a la relación de trabajo**, separado de la Rev. de derecho privado, Madrid, 1941.
- POZZO, Juan D.: **Derecho del trabajo**, Ediar editores, Buenos Aires, 1948.
- RADBRUCH, Gustavo: **Filosofía del Derecho**, 4a. ed., edit., de revista de derecho privado, Madrid, 1959.
- RADBRUCH, Gustavo: **Introducción a la ciencia del derecho**, trad. Luis Recasens Siches, Revista de derecho privado, Madrid, 1930.
- RADBRUCH, Gustavo: **Introducción a la filosofía del derecho**, 3a. ed., F.C.E., México, 1965.
- RAMIREZ GRONDA, Juan D.: **El contrato de trabajo**, edit. La Ley, Buenos Aires, 1945.
- RAMIREZ GRONDA, Juan D.: **Derecho del trabajo en la República Argentina**, edit. Claridad, Buenos Aires, 1938.
- RAMIREZ GRONDA, Juan D.: **Régimen de los trabajadores del servicio doméstico**, en "Tratado de derecho del trabajo", dirigido por Mario L. Deveali, edit. La Ley, Buenos Aires, 1965, tomo III.
- REIS, Nelio: **Contratos especiais de trabalho**, Livraria Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1955.
- RIPERT, Georges: **Aspects juridiques du capitalisme moderne**, Librairie générale de droit et jurisprudence, París, 1945.
- RIPERT, Georges: **La règle morale dans les obligations civiles**, 2a. ed., Librairie générale de droit et de jurisprudence, París, 1927.
- RIPERT, Georges: **Le régime démocratique et le droit civil moderne**, 2a. ed., Librairie générale de droit et de jurisprudence, París 1948.
- RIPERT, Georges: **Les forces creatrices du droit**, Librairie générale de droit et jurisprudence, París, 1955.
- ROUAIX, Pastor: **Génesis de los artículos 27 y 123 de la constitución política de 1917**, edit. por el gobierno del Edo. de Puebla, 1947.
- ROUAST André-DURAND Paul: **Précis de législation industrielle**, 4a. ed., Librairie Dalloz, París, 1955.
- ROSSEL, Virgile: **Manuel du droit Fédéral des obligations**, Librairie Payot, Ginebra, 1920.
- ROUBIER, Paul: **Teoría general del derecho**, trad. José M. Cajica, Puebla, s.f.
- RUPRECHT, Alfredo J.: **Contrato de trabajo**, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1960.

- SAAVEDRA, Jerónimo: **Contrato de trabajo de los representantes de comercio**, en "Catorce lecciones sobre contratos especiales de trabajo", edit. por la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, 1965.
- SANCHEZ ALVARADO, Alfredo: **Instituciones de derecho mexicano del trabajo**, México, 1967.
- SANTORO PASSARELLI, Francesco: **Nociones de derecho del trabajo**, trad. Fernando Suárez González, Estudios de trabajo y previsión, Madrid, 1963.
- SAVATIER, René: **Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui**, Librairie Dalloz, París, 1948.
- SCHUJMAN, León: **Acerca de la necesidad de una regulación particular para la relación laboral de los conductores de camiones**, Rosario, Arg., 1960.
- SERRA ROJAS, Andrés: **Derecho administrativo**, 3a. ed., Manuel Porrúa, México, 1965.
- SIDAOUY, Alberto: **Teoría general de las obligaciones en el derecho del trabajo**, México, 1946.
- SCELLE, Georges: **Le droit ouvrier**, Librairie Armand Colin, París, 1922.
- SCELLE, Georges: **Précis élémentaire de législation industrielle**, edit. Recueil Sirey, París, 1925.
- SUMNER MAINE, Henry: **El derecho antiguo**, escuela tipográfica del Hospicio, Madrid, 1893.
- TORRENTE, Andrea: **I rapporti di lavoro (parte general)**, Dott. A. Giuffrè edit., Milán, 1966.
- URIA, Rodrigo: **Derecho Mercantil**, Madrid, 1958.
- SUSSEKIND A.—MARANHÃO D.—SEGADAS VIANNA, J.: **Instituições de direito do trabalho**, 4a. ed., Livraria Freitas B., Rio de Janeiro, 1966.
- VIDA SORIA, José: **El aprendizaje y el contrato de aprendizaje**, en "Catorce lecciones sobre contratos especiales de trabajo", edit. por la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, 1965.
- ZARCO, Francisco: **Historia del Congreso extraordinario constituyente**, Imprenta Ignacio Cumplido, México, 1857.

Artículos de revista:

- ALESSANDRI, Alejandro: **El contrato dirigido**, en "Anales de la Facultad de ciencias jurídicas y sociales de la Universidad de Chile", Vol. VI, Nos. 21 a 24, Santiago de Chile, 1940.

- ALVAREZ CASTRO, Sergio: **El derecho social**, en "Rev. del ITAT", Nos. 18-19, México, 1962-1963.
- ALVAREZ, Víctor M.: **El contrato de trabajo y sus diversas figuras**, en "Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales", No. 29, año XXVIII, Caracas, Oct.Dic. 1964.
- BAYON CHACON, Gaspar: **Grandeza, crisis y renacimiento del laboralismo alemán** (tiro especial sacado de la Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, Vol. 1, Núm. 1), Madrid, 1957.
- BERNALDO DE QUIROZ J.: **El servicio doméstico en la legislación comparada y la ley dominicana de 4 de agosto de 1942**, en "Derecho del trabajo", Buenos Aires, 1944.
- BIANCHETTI, Agricol de: **El contrato deportivo**, en "La Ley", tomo II, Buenos Aires, Oct.-Dic. 1960.
- BIANCHETTI, Agricol de: **La pena de inhabilitación en el derecho deportivo**, en "La Ley", Buenos Aires, 10 de mayo de 1960.
- BONET, Ramón Francisco: **Derecho público y derecho privado**, en "Revista de derecho privado", tomo XXXIX, Madrid, Jul.-Agosto 1955.
- BORRAJO DA CRUZ, Efrén: **El régimen jurídico del servicio doméstico**, Academias Profesionales Universitarias, Madrid, 1960.
- CABANELLAS, Guillermo: **Los contratos del derecho laboral**, en "Gaceta del trabajo", Nos. 5-6. Buenos Aires, 1963.
- CINQUALBRE, Pedro R.: **Los artistas intérpretes y ejecutantes frente al derecho del trabajo**, en "Derecho del trabajo", Buenos Aires, Sept. 1968.
- COLOMBO RIZZOLO, Agustín: **El contrato de trabajo doméstico y los descansos remunerados**, en "Derecho del trabajo", Buenos Aires, 1949.
- COLOMBO, Leonardo A.: **El contrato dirigido y el retorno al principio de la autonomía de la voluntad**, en "La Ley", tomo 45, Buenos Aires, Enero-Marzo, 1947.
- COPPOLA F., Antonio: **El derecho social y sus consecuencias en nuestro tiempo**, en "Revista del ITAT", Nos. 20-21, México, 1963.
- DE BUEN, Demófilo: **Aspectos de la moderna dogmática de la relación de trabajo**, en "Revista jurídica Jus", No. 36. México, julio 1941.
- DE LA CUEVA, Mario: **El derecho del trabajo y el derecho natural**, en "Revista jurídica Jus", No. 98, México, sept. 1946.
- DE LA CUEVA, Mario: **El sentido humanista del Derecho del Trabajo**, en "Revista jurídica Jus", tomo XI, No. 61, México, 1943.

- DEVEALI, Mario L.: **Derecho social y derecho del trabajo**, en "La Ley", tomo IX, Buenos Aires, 1949.
- DEVEALI, Mario L.: **El contrato de trabajo y la trayectoria de la legislación social**, en "Derecho del trabajo", Buenos Aires, 1950.
- ELLIOT, Dorothy M.: **El servicio doméstico en el Reino Unido**, en "Revista Internacional del trabajo", O.I.T., febrero, 1951.
- ENRIETTI, Enrico: **La cosidetta mancia-debito**, en "Rivista di Diritto privato, parte prima", Vol. XI, Padova, 1941.
- GIUDICE, Riccardo del: **Natura ed obblighi previdenziali del contrato di attivita sportiva**, en "Rivista de diritto del lavoro", A. Giuffre edit., Milán, Enero-Junio 1966.
- GONZALEZ BLANCO, Salomón: **Derecho del trabajo**, en "Revista del ITAT", 1a. época, No. 1, México, 1956.
- GONZALEZ DIAZ LOMBARDO, Francisco: **Contenido y ramas del derecho social**, en "5 Conferencias por el X aniversario de la generación de abogados de 1948-1953 de la Universidad de Guadalajara, Guadalajara, 1963.
- GARCIA RAMIREZ, Sergio: **El derecho social**, en "Revista de la Facultad de Derecho de la U.N.A.M.", tomo XV, No. 59, México, 1965.
- GARCIA RUA, Omar Jorge: **Inhabilitación profesional y acción de amparo**, en "La Ley", Buenos Aires, 29 de septiembre de 1960.
- HERNAINZ MARQUEZ, Miguel: **Aportación a una teoría jurídica del servicio doméstico**, en "Revista de derecho privado", Madrid, Jul.-Agosto 1959.
- HUECK, Alfred: **Teoría del contratto e teoria dell'incorporazione**, en "Nuova Rivista di Diritto commerciale, diritto dell'economia, diritto sociale", Vol. VIII, No. 9-12, Pisa, 1955.
- KATZ, Ernesto R.: **Los representantes de comercio, según la nueva Ley de Alemania Occidental**, en "Derecho del trabajo", Buenos Aires, 1950.
- LASCANO, Guillermo G.: **El contrato de trabajo de servicio doméstico y contrato de trabajo doméstico**, en "Derecho del trabajo", Buenos Aires, 1951.
- LEVASSEUR, Georges: **Evolución, caracteres y tendencias del derecho del trabajo**, trad. E. Alvarez del Castillo. en "Revista de la Facultad de derecho de la U.N.A.M.", Tomo II, abril-junio, 1952.
- MARTIN PEREZ, Pascual: **La obra cinematográfica y sus problemas jurídicos**, en "Revista general de legislación y jurisprudencia", año XCVII, tomo XVIII, julio, 1949.

- MONZON, Máximo Daniel: **Los futbolistas profesionales y el derecho del trabajo**, en "Derecho del trabajo", Buenos Aires, 1949.
- PASCUAL QUINTANA D., Juan: **Sobre la esencia y caracteres del derecho del trabajo**, en "Revista de derecho español y americano", Año III, Núm. 15, Madrid, sep.-oct. 1958.
- PEREZ PATON, Roberto: **El trabajo autónomo y las profesiones liberales ante el derecho del trabajo**, en "Gaceta del trabajo", No. 3, Vol. II, Buenos Aires, 1962.
- RODRIGUEZ O., Agustín: **Situación de los agentes de comercio**, en "Revista mexicana del trabajo", 5a. época, Núms. 3-4. México, marzo-abril, 1955.
- RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Jesús: **Concepto de los agentes de comercio en el derecho comparado con especial consideración del derecho español y del mexicano**, en "Revista jurídica Jus", No. 14-15, México, sept., 1939.
- RUPRECHT A.-WOELFLIN F.: **Ambito de lo contractual laboral**, en "Gaceta del trabajo", tomo 13, Buenos Aires, 1950.
- STAFFORINI, Eduardo R.: **Concepto y contenido del derecho social**, en Revista de la facultad de derecho y ciencias sociales", año IX, No. 37, Buenos Aires, 1954.
- SZUBERT WACLAW: **Du caractere juridique de la relation du travail**, en "Pantswo I Prawo", Revue de la Académie polonaise des sciences, No. 7 (221), julio, 1964.
- TORRENTE, Andrea: **La protección del trabajador**, en "Derecho del trabajo", Buenos Aires, marzo, 1965.
- TRAINI, Alberto J.: **El laudo gastronómico ¿remuneración por cuenta del empleador o recargo de servicio público?**, en "Derecho del trabajo", año XXIX, No. 1, Buenos Aires, enero, 1969.

Diccionarios y enciclopedias:

- ALONSO, Martín: **Enciclopedia del idioma**, edit. Aguilar, Madrid, 1958.
- BARCIA, Roque D.: **Primer diccionario etimológico de la lengua española**, Madrid, 1883.
- DALLOZ: **Répertoire de droit social et du travail**, en "Encyclopédie juridique", París, 1960.
- COROMINAS, J.: **Diccionario crítico etimológico de la lengua castellana**, edit. Gredos, Madrid, 1954.
- GARCIA DE DIEGO, Vicente: **Diccionario etimológico español e hispánico**, edit. S.A.E.T.A., Madrid, 1954.

- MONLAU: **Diccionario etimológico de la lengua castellana**, edit. El Ateneo, Buenos Aires, 1941.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: **Diccionario de la lengua española**, 18a. ed., Madrid, 1956.
- SUSSEKIND, Arnaldo: **Diccionario brasileiro de decisoes trabalhistas**, edit. A. Noite, Rio de Janeiro, 1953.

Legislación:

- BARON SERRANO, Campo E.: **Legislación del trabajo**, 4a. ed., Bogotá, 1948.
- CODE CIVIL PORTUGAIS, trad. Fernand Lepelletier, A. Durand et pedone Laurent edit., París, 1894.
- ENNECCERUS-KIPP-WOLFF: **Código civil alemán (BGG)**, trad. Carlos Melon Infante, Bosch edit., Barcelona, 1955.
- DROULLAT René et ARAGON Georges: **Code du travail**, anoté, L. Recueil Sirey, París, 1950.
- GAETE BERRIOS, Alfredo: **Estatuto jurídico de los obreros**, edit. jurídica de Chile, 1953.
- GARCIA GOYENA, F.: **Concordancias, motivos y comentarios del código civil español**, Madrid, 1852.
- LOZANO, Antonio J.: **Código de comercio de los Estados Unidos Mexicanos**, comentado, Librería madrileña de Juan Boxo, México, 1899.
- MORAES FILHO, Evaristo: **Anteprojeto de código de trabalho**, Rio de Janeiro, 1963.
- OFICINA INTERNACIONAL 'DEL TRABAJO: **Serie legislativa**, Organización Internacional del Trabajo, Ginebra.
- PEREZ BOTIJA, Eugenio: **El contrato de trabajo**, 2a. ed., Madrid, 1954.
- ROSSEL, Virgile: **Code civil et code des obligations**, Libraire Payot, Ginebra, 1937.
- SECRETARIA DE INDUSTRIA, COMERCIO Y TRABAJO: **Legislación del trabajo en los Estados Unidos Mexicanos**, Talleres Gráficos de la Nación, México, 1928.
- TRUEBA URBINA A.-TRUEBA BARRERA J.: **Ley Federal del trabajo (1931)**, edit. Porrúa, 58a. ed., México, 1968.
- TRUEBA URBINA A.-TRUEBA URBINA J.: **Ley Federal del trabajo (1970)**, edit. Porrúa, México, 1970.