

LA FUERZA DE UNA RELACIÓN JURÍDICA DÉBIL

José Manuel LASTRA LASTRA*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Contratar: ¿para comprometer o someter?* III. *La equidad en la relación y el contrato individual de trabajo*. IV. *El deber de contratar de buena fe*. V. *La condición de licitud en el objeto de los contratos y las relaciones de trabajo*. VI. *Paradojas del vínculo laboral*. VII. *Simulación del contrato*. VIII. *Simulación de las relaciones de trabajo*. IX. *El pleno empleo: ¿una aspiración frustrada?* X. *Empleo total y trabajo atípico*. XI. *Formas atípicas de contratación laboral*. XII. *Efectos nocivos de la contratación precaria*.

I. INTRODUCCIÓN

La subordinación en las relaciones de trabajo ocupó un lugar importante en la escenografía del derecho laboral durante mucho tiempo. Esta imagen representó el símbolo de una relación jurídica en la que la voluntad del trabajador no sólo quedó comprometida, sino sometida a la del empleador por medio de un contrato. Este vínculo ocultó un trato consistente en el deber de obedecer, porque la desobediencia es sancionada con la pérdida del empleo.

Las tutelas del Estado han desaparecido en gran parte. El derecho del trabajo habrá de continuar sin ellas, pero deberá cambiar sus estrategias y ampliar sus fronteras para recuperar el *empleo sin derechos* y ofrecer un *empleo con derechos*, lo cual podrá lograrse si estas relaciones se reencausan hacia un derecho laboral común e incluyente que rescate de la clandestinidad, precariedad y simulación al trabajo y lo dirija con pasos firmes por el

* Investigador de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. Catedrático en las facultades de Contaduría y Administración y en Derecho, UNAM. Investigador nacional.

camino bien intencionado y recto de la buena fe y la justicia social, aun cuando en ellas el péndulo de la vida parece moverse con lentitud.

II. CONTRATAR: ¿PARA COMPROMETER O SOMETER?

La persona física constituye el objeto de la prestación del trabajador. El cuerpo es el lugar, el pasaje obligado de “la realización de las obligaciones del trabajador; es la cosa misma que forma la materia del contrato”.¹

El contrato de trabajo es el origen y el permanente fundamento de las obligaciones recíprocas entre trabajador y empresario. En esta relación el trabajador entrega su trabajo de acuerdo con las condiciones pactadas y bajo la potestad organizadora del empresario. Surge así una relación de subordinación o dependencia técnico-funcional, que comporta un “sometimiento de la persona del trabajador al poder directivo del empleador”,² quien controla al individuo como obrero, consumidor y ciudadano. En el momento que el trabajador traspasa las puertas de la fábrica, entrega parte de su libertad personal y se “coloca a disposición de una autoridad exterior”.³ El poder de sometimiento jurídico en esta relación queda *enmascarado, oculto*, tras el velo de la invención del contrato individual de trabajo.

La persona humana es tanto el objeto como el sujeto del contrato. El objeto del trabajo asalariado no son “los frutos, sino el trabajo mismo”.⁴ Quien trabaja bajo dependencia no organiza su trabajo, lo presta bajo las órdenes y el “dominio físico”⁵ de otro, se paga el trabajo y “no su resultado”.⁶ El trabajador no adquiere en ningún momento derecho sobre la cosa producida. No es sujeto “perceptor del valor de su trabajo”.⁷ No tiene la propiedad

¹ Supiot, Alain, *Crítica del derecho del trabajo*, trad. José Luis Gil y Gil, Madrid, Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, 1996, p. 81.

² Monereo Pérez, José Luis, “La crítica del contrato de trabajo en los orígenes del derecho del trabajo”, *Civitas Revista Española de Derecho del Trabajo*, Madrid, núm. 96, julio-agosto de 1999, p. 491.

³ *Ibidem*, p. 516.

⁴ Olea, Manuel Alonso, *Derecho del trabajo*, 10a. ed., Madrid, Artes Gráficas Benzal, 1987, p. 41.

⁵ *Ibidem*, p. 76.

⁶ Supiot, Alain, *op. cit.*, nota 1, p. 81.

⁷ Palomeque López, Manuel Carlos y Álvarez de la Rosa, Manuel, *Derecho del trabajo*, 8a. ed., Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2000, p. 625.

de los instrumentos y de los materiales, no es, en el contrato, “propietario de nada”.⁸ El patrono es “el propietario único de todos los productos en el curso de su transformación, y después”.⁹ El contrato cumple la función de “constituir y regular la relación patrimonial de intercambio de trabajo por salario”.¹⁰

III. LA EQUIDAD EN LA RELACIÓN Y EL CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO

La idea de *equidad* ha sido un principio inspirador en la aplicación de la ley, a través del tiempo, así lo expresan los textos antiguos: (1. 13, D., 22, 5) *Aequitas religio iudicantis* (la equidad es la religión del juzgador). En tal sentido, diversas expresiones latinas se manifiestan: *Aequitatem ante oculos habere debet iudex* (el juez debe tener la equidad ante sus ojos). *Aequitas* es el vocablo latino del cual deriva la palabra *equidad*, ésta tiene diversas acepciones: “ecuanimidad, equilibrio moral, imparcialidad, moderación, espíritu de justicia”.¹¹

Para Aristóteles, “lo *equitativo*, siendo mejor que cierta justicia, es justo; y por otra parte, es mejor que lo justo ... por tanto, lo justo y lo equitativo son lo mismo; y siendo ambos buenos, es, con todo, superior lo *equitativo*”.¹² El autor de la *Ética* sostiene que:

cuando la Ley hablare en general y sucediere algo en una circunstancia fuera de lo general, se procederá rectamente, corrigiendo la omisión de aquella parte en que el legislador faltó y erró, por haber hablado en términos absolutos, porque si el legislador mismo estuviere ahí presente, así lo habría declarado, y de haberlo sabido así lo habría legislado.¹³

Para el estagirita, la *equidad* no sustituye ni corrige a la justicia, sino que es “la misma justicia que corrige la injusticia que se comete en el caso

⁸ Chatelain, Emilio, *El contrato de trabajo*, trad. de Adolfo Posada, Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, 1903, p. 104.

⁹ Grijalba, Alfonso R. de, *El contrato de trabajo*, Madrid, Francisco Beltrán, Librería española y extranjera, 1902, p. 152.

¹⁰ Palomeque López, Manuel Carlos, y Álvarez de la Rosa, Manuel, *op. cit.*, nota 7, p. 625.

¹¹ García de Diego, Vicente, *Diccionario ilustrado latino-español*, 6a. ed., Barcelona, 1964, p. 17.

¹² Aristóteles, *Ética Nicomaquea*, 2a. ed., México, Porrúa, 1969, p. 71.

¹³ *Ibidem*.

particular”.¹⁴ Aristóteles señala que la naturaleza de lo *equitativo* consiste en “ser una rectificación de la Ley en la parte en que ésta es deficiente por su carácter general”.¹⁵

Corresponde al autor de la *Ética*, haber establecido la doctrina fundamental respecto de la *equidad*, la cual ha sido seguida posteriormente por todos los autores. La *equidad* es un principio correctivo de la ley injusta, exige en el juez acomodarse a la naturaleza, conforme a la cual han sido hechas, dirigidas y formuladas todas las leyes. Obrar equitativamente quiere decir —según Aristóteles— corregir la ley humana y hacer resplandecer los principios de la ley natural, de aquí nació la tendencia a equiparar la *equidad* al derecho natural. El juzgador debe atender, cuando se encuentre en presencia de un caso determinado, al llamado de la voz de la *equidad* para que lo induzca hacia “la justicia del caso concreto”.¹⁶ La *equidad* toma en cuenta el sentido humano que debe tener el derecho, prevaleciendo frente a las consideraciones normales y regulares la circunstancia del caso concreto. La *equidad* contribuye al “enderezamiento de lo justo legal”.¹⁷ En opinión de Mario de la Cueva, la *equidad* es “guardián y defensor de la justicia, se opone al derecho humano injusto”.¹⁸

¿Cómo conciliar los fueros de la *equidad* con la exacta aplicación de la norma jurídica, después de tantos siglos de legalismo y de justicia puramente formalista? El problema jurídico práctico se presenta cuando se advierte que “el juez está vinculado a la ley, la cual puede negarle toda libertad de acción y jurídicamente acceso a la *equidad*”.¹⁹

La *equidad* tiene la propensión a dejarse guiar por el sentimiento del deber o de la conciencia, más que por “prescripciones rigurosas de la justicia o por el texto terminante de la Ley”.²⁰ La *equidad* es tan sólo una perspectiva de la justicia, que aparece cuando a ésta se le observa encarnada en una formulación legal, debido a la necesaria generalidad. La falta de aco-

¹⁴ Legaz y Lacambra, Luis, *Filosofía del derecho*, 4a. ed., Barcelona, Bosch, 1975, p. 363.

¹⁵ Aristóteles, *op. cit.*, nota 12, p. 71.

¹⁶ Legaz y Lacambra, Luis, *op. cit.*, nota 14, p. 364.

¹⁷ Cueva, Mario de la, “El derecho del trabajo y la equidad”, *Revista del Instituto del Derecho del Trabajo y de Investigaciones Sociales*, Quito, Ecuador, año XI, núm. 19, enero-junio de 1975, p. 11.

¹⁸ *Ibidem*, p. 13.

¹⁹ Legaz y Lacambra, Luis, *op. cit.*, nota 14, p. 367.

²⁰ Alonso, Martín, *Diccionario del español moderno*, 2a. reimpresión, México, Aguilar, 1992, p. 434.

modación de la norma al caso concreto puede provocar “un desajuste y una injusticia”.²¹ Pero la necesidad de la ley y, como consecuencia lógica, la sujeción del juez a ella, no pueden significar la anulación y el sacrificio de la *equidad*. Se trata a un mismo tiempo de un elemento “*individualizador* del derecho, que adapta la ley a las relaciones singulares y un elemento *dinámico*, que la acomoda a las nuevas necesidades de cada momento”.²²

La *equidad* es el gran factor de la aproximación del derecho a la vida. Es “la voz de la conciencia de la humanidad”.²³ Resultan ilustrativos los consejos de Don Quijote a Sancho, en la ínsula Barataria, al indicarle: “cuando pudiere tener lugar la *equidad*, no cargues todo el rigor de la ley al delincuente, que no es mejor la fama del juez riguroso que la del compasivo ... si acaso doblares la vara de la justicia, que no sea con el peso de la dádiva, sino con el de la misericordia”.²⁴

La *equidad* deviene en instrumento para hacer “incidir en el derecho positivo los criterios informadores de los principios generales”.²⁵ La tesis aristotélica sobre la *equidad* aparece como “una fuente subsidiaria de la Ley”.²⁶ Es “un instrumento de quien debe aplicar la Ley, un facultamiento para crear normas especiales”.²⁷

En suma, la *equidad* consiste en el mandamiento al juez para “ser indulgente con las cosas humanas y mirar a la intención de las normas laborales, que es la justicia social”.²⁸

En la Ley Federal del Trabajo aparece la *equidad*, en el artículo 17, con el carácter de fuente supletoria y, en el 31, como principio inspirador de justicia, establece que “los contratos y las relaciones de trabajo obliga a lo expresamente pactado y a las consecuencias que sean conformes a las normas del trabajo, a la *buena fe* y la *equidad*”.

²¹ Arce, Joaquín, y Flórez-Valdés, *Los principios generales del derecho y su formulación constitucional*, Madrid, Civitas, 1990, p. 155.

²² Castán Tobeñas, José, *La formulación judicial del derecho*, 2a. ed., Madrid, Reus, 1954, p. 149.

²³ Cueva, Mario de la, *op. cit.*, nota 17, p. 16.

²⁴ Cervantes, Miguel de, *El ingenioso hidalgo Don Quijote de la Mancha*, 18a. ed., México, Porrúa, 1977, p. 496.

²⁵ *Diccionario Jurídico*, Madrid, Espasa-Calpe, 1991, p. 380.

²⁶ Cueva, Mario de la, *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, 6a. ed., México, Porrúa, 1980, t. I, p. 139.

²⁷ Buen, Néstor de, *Derecho del trabajo*, 9a. ed., México, Porrúa, 1994, t. I, pp. 467-468.

²⁸ Cueva, Mario de la, *op. cit.*, nota 26, p. 139.

IV. EL DEBER DE CONTRATAR DE BUENA FE

La *buena fe* se consagra como un principio general del derecho que puede ser entendido de dos diferentes maneras: *subjetivo o psicológico y objetivo o ético*.

Para la *concepción psicológica*, la *buena fe* se traduce en un estado de ánimo consistente en “ignorar con goce en cualquier error, la ilicitud de nuestra conducta”.²⁹ La *concepción ética* exige, además, que en la formación de ese estado de ánimo se haya desplegado la diligencia socialmente exigible, con la cual, sólo tiene *buena fe*, “quien sufre un error o ignorancia excusable”.³⁰

El principio de la *buena fe*, en materia de trabajo, se traduce en el cumplimiento “honesto y escrupuloso de las obligaciones contractuales”.³¹ El contrato de trabajo no sólo crea derechos y obligaciones de orden exclusivamente patrimonial, sino también personal, crea una relación estable y continuada en la cual se exige la confianza recíproca. Américo Plá distingue entre: la *buena fe creencia* y la *buena fe lealtad*, la primera es

la posición de quien ignora determinados hechos y piensa que su conducta es perfectamente legítima y no provoca perjuicios a nadie y la segunda, se refiere a la conducta de la persona que considera cumplir realmente con su deber. Supone una posición de honestidad y honradez, la plena conciencia de no engañar ni perjudicar ni dañar.³²

Este principio incluye, tanto para el trabajador como al patrón, el deber de rectitud, honradez, honestidad y probidad en el actuar de ambos, es un “estilo de conducta, una forma de proceder”.³³ En nuestra legislación del trabajo, tal deber quedar implícito en el título cuarto, correspondiente a los derechos y obligaciones de los trabajadores y de los patrones, por ejemplo el artículo 134, fracción IV, establece como obligación de los trabajadores “ejecutar el trabajo con intensidad, cuidado y esmero apropiados y en la forma, tiempo y lugar convenidos”, lo cual tiene relación con la idea de rendi-

²⁹ *Diccionario Jurídico*, op. cit., nota 25, p. 120.

³⁰ *Idem*.

³¹ Plá Rodríguez, Américo, *Los principios del derecho del trabajo*, 2a. ed., Buenos Aires, Depalma, 1978, p. 307.

³² *Ibidem*, pp. 310 y 311.

³³ *Ibidem*, p. 312.

miento en el trabajo, mencionada por algunos autores. Las conductas contrarias a la *buena fe*, en las relaciones laborales, por parte del trabajador, constituyen faltas de probidad, lo cual implica causas justificadas de despido (artículo 47, fracciones II, VIII y IX) y, por lo que respecta al patrón, el artículo 51, fracciones I, II, IV, V y VI, quedan implícitas como causas de retiro de la relación de trabajo, sin responsabilidad para el trabajador. Las conductas con dolo y sin él son causales de despido justificado (artículo 47, fracciones V y VI).

El trabajador vinculado jurídicamente a un patrón asume el compromiso de desempeñarse con eficiencia y esmero, mediante una ejecución de *buena fe*. En lo concerniente a su actividad, la *buena fe* impone al trabajador la obligación de abstenerse de todo acto que pueda perjudicar al empleador, de igual manera el patrón también queda limitado para realizar conductas deshonestas que perjudiquen al trabajador.

La actividad o energía en que se cifra el trabajo es inescindible de aquel que lo realiza. El bien jurídico protegido por el derecho del trabajo es “el hombre, su vida, su integridad, su personalidad moral”.³⁴

La *moral individual* parte de uno para enlazar con los demás; la solidaridad social implica la coparticipación en los sentimientos y hábitos de conducta que exaltan “la cohesión, la mutua confianza, la responsabilidad colectiva y la entrega a una empresa común”.³⁵

La cohesión social, la conciencia del deber, la honestidad, la rectitud, la mutua confianza, son “el trasfondo que se descubre a través de la buena fe”.³⁶ Principio supremo y absoluto que domina todo el derecho de obligaciones. El deber de buena fe es “un estricto deber jurídico, su inobservancia puede generar graves sanciones contractuales”.³⁷ Las prestaciones y los beneficios ofrecidos asumen inevitablemente, la relevancia de bienes económicos. La situación de dependencia y disminución de la libertad del hombre en el cumplimiento de la actividad laboral, constituye la razón y el dato constante de referencia del derecho que disciplina el trabajo subordinado, del que surge la obligación de trabajar bajo la dependencia del empresario, es el contenido “fundamental y clave de los efectos”.³⁸ Al parecer, las ten-

³⁴ *Rerum Novarum*, párrafo 44, (cualidad del trabajo).

³⁵ Hernández Gil, Antonio, *Obras completas*, Madrid, Espasa-Calpe, 1988, t. III, p. 555.

³⁶ *Ibidem*, p. 556.

³⁷ Montoya Melgar, Alfredo, *Derecho del trabajo*, 18a. ed., Madrid, Tecnos, 1997, p. 323.

³⁸ Dell'Olio, Mateo, “La subordinazione nell’esperienza italiana”, *Argomenti di Diritto del Lavoro*, Padova, Cedam, 1998, vol. 3, p. 702.

dencias actuales pretenden reconstruir “las formas del trabajo subordinado y las relaciones de poder en la economía y en la sociedad, que influyen también en sus relaciones con el Estado”.³⁹ Sin embargo, hasta ahora el vínculo jurídico contractual cumple la función de constituir y regular la “relación patrimonial de intercambio de trabajo por salario”.⁴⁰ La causa del contrato está en “la cesión remunerada de los frutos que del mismo resultan; es decir, pasan a integrar el patrimonio de persona distinta del trabajador”.⁴¹

V. LA CONDICIÓN DE LICITUD EN EL OBJETO DE LOS CONTRATOS Y LAS RELACIONES DE TRABAJO

La Constitución de 1857 condicionó el ejercicio de profesión, industria y trabajo; éstos debían ser útiles y honestos.⁴² La libertad de trabajar se hace extensiva “a todo gobernado, a todo habitante de la República”,⁴³ sin importar condición particular (edad, nacionalidad, sexo, raza, etcétera). Esta garantía protege tanto la actividad manual como la intelectual.

La licitud es un ingrediente indispensable para el ejercicio de esta libertad, es decir, las conductas deben cumplir con “los deberes prescritos en las normas jurídicas”.⁴⁴

Por lo tanto, una ocupación o trabajo son ilícitos “cuando contravienen a una disposición jurídica que así lo establece”,⁴⁵ a juicio de una autoridad con facultades para determinar y sancionar dichas conductas. En México, el Código Civil para el Distrito Federal establece en el artículo 8o. que “los actos ejecutados contra las leyes prohibitivas o de interés público, serán nulos” y el 1830 alude a la ilicitud de los hechos “contrarios a las leyes de orden público o a las buenas costumbres”.

³⁹ Treu, Tiziano, “Il diritto del lavoro: reantá e possibilitá”, *Argomenti di Diritto del Lavoro*, Padova, Cedam, 2000, vol. 3, p. 472.

⁴⁰ Palomeque López, Manuel Carlos, *op. cit.*, nota 7, p. 625.

⁴¹ Alonso Olea, Manuel, y Casas Bahamonde, María Emilia, *Derecho del trabajo*, 10a. ed., Madrid, Universidad de Madrid, 1987, p. 41.

⁴² Barragán Barragán, José, “La libertad de trabajo, profesión y la cuestión obrera en la Constitución de 1917”, *Anuario Jurídico*, México, UNAM, 1990, XVII, p. 16. Don Venustiano Carranza sustituyó los conceptos anteriores por el de *siendo licito*, la Comisión en su dictamen utilizó el plural *siendo lícitos*, y justificó el abandono de los vocablos usados por la Constitución de 1857, porque éste era más preciso que aquéllos.

⁴³ Burgoa, Ignacio, *Las garantías individuales*, 23a. ed., México, Porrúa, 1991, p. 313.

⁴⁴ Polo Bernal, Efraín, *Breviario de garantías constitucionales*, México, Porrúa, 1993, p. 79.

⁴⁵ Castro, Juventino V., *Garantías y amparo*, 6a. ed., México, Porrúa, 1989, p. 82.

Un acto ilícito puede definirse como “un acto contrario a una norma regulatoria de mandato”,⁴⁶ cuando está prohibido en “disposición expresa de la ley o viola las normas de orden público, los principios de la moral y las buenas costumbres”.⁴⁷ Por tal circunstancia, “un hecho contrario a las leyes no puede ser objeto de obligación”.⁴⁸

Lo que se califica como ilícito es una conducta activa u omisiva, que se encuentra en “conflicto con una disposición prohibitiva de la ley, con principios de orden público o con las buenas costumbres”.⁴⁹

La consecuencia que deriva del acto ilícito es la obligación del actor de “restablecer el equilibrio jurídico, reparando el daño”.⁵⁰

El ejercicio de esta libertad sólo podrá vedarse por determinación judicial cuando se ataquen los derechos de terceros (artículo 5o.). En opinión de Burgoa se trata, más bien, de una posibilidad de limitación la cual se actualiza por determinación o sentencia judicial.⁵¹

Ahora bien, esta resolución tiene que ser dictada por los jueces o tribunales, puesto que no comprende a las autoridades administrativas, según sostiene tal atribución la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia.⁵²

En cuanto a las relaciones y contratos de trabajo, la ley de la materia dispone que “obligan a lo expresamente pactado y a las consecuencias que sean conformes a las normas de trabajo, a la buena fe y a la equidad” (artículo 31).

VI. PARADOJAS DEL VÍNCULO LABORAL

El contrato de trabajo crea una jerarquía entre iguales. La clave de esta construcción jurídica, paradójica, es la autonomía de la voluntad de los que se sitúan *en forma libre* en una relación de subordinación con respecto de

⁴⁶ Atienza, Manuel, y Ruiz Manero, Juan, *Ilícitos atípicos*, Madrid, Trotta, 2000, p. 23.

⁴⁷ Galindo Garfias, Ignacio, *Teoría de las obligaciones*, México, Porrúa, 2000, p. 120.

⁴⁸ Pothier, R. J., *Tratado de las obligaciones*, Buenos Aires, Heliasta, 1978, p. 80.

⁴⁹ Scialoja, Vittorio, *Dizionario privato*, Milano, Casa Editrice Dottor Francesco Vallard, 1931, vol. I, p. 363.

⁵⁰ *Idem*.

⁵¹ *Cfr.* Burgoa, Ignacio, *op. cit.*, nota 43, p. 312.

⁵² REGLAMENTACIÓN DEL ARTÍCULO 4O. CONSTITUCIONAL, FACULTAD DE. La facultad para reglamentar el artículo 4o. (hoy 5o.) constitucional es exclusiva del Poder Legislativo de los estados de la Unión y la reglamentación que hagan las autoridades administrativas es anticonstitucional (Apéndice al tomo XXXVI, tesis 118, p. 239, apéndice al tomo LXIV, tesis 412, p. 511 y apéndice al tomo LXXXVI, tesis 120, p. 247).

otro. El contrato de trabajo pone a disposición del empresario al trabajador. Éste adquiere un poder de dirección continuo sobre quien labora durante la ejecución del contrato. En opinión de Néstor de Buen, el supuesto contrato “se perfecciona en un verdadero estado de necesidad ... quien pide el trabajo lo hace bajo la preocupación de satisfacer necesidades imperiosas e ineludibles”.⁵³

Las declaraciones teóricas de igualdad de derechos han sido ineficaces para el trabajador, “se convirtieron en irrisorias”,⁵⁴ con el transcurso del tiempo.

El acuerdo libre de voluntades surgió como un *apotegma* y el “más sangriento de los sarcasmos”⁵⁵ basado en el irritante escarnio de considerar a “las partes económicamente iguales”.⁵⁶ Para ello era necesario buscar un “garantismo fullero”⁵⁷ que legitimara la sumisión del trabajador, “bajo la máscara de un contrato”,⁵⁸ a rigurosos controles de tipo técnico y social. A partir de ese momento el contrato se convertiría en el “espejo jurídico de funciones sociales específicas”⁵⁹ y en “*chaperón embarazoso*”,⁶⁰ pletórico de formulismos, a través del cual deben viajar el trabajador y el derecho.

En los contratos civiles —según Supiot— “la voluntad se compromete: en el contrato de trabajo se somete. El compromiso manifiesta la libertad, la sumisión la niega”.⁶¹ Esta contradicción entre la autonomía de la voluntad y la subordinación de la voluntad, conduce a que el trabajador sea visto en la empresa, “como sujeto y como objeto del contrato”.⁶²

Quienes preludivieron la decadencia del contrato como un hecho incontrovertible, aceptaron también la necesidad de su existencia en el ámbito pequeño que “la sociedad actual deja a la libertad humana”,⁶³ unos mencionaron su ineficacia o inoperancia en los actos jurídicos que “no producen

⁵³ Buen, Néstor de, *La decadencia del contrato*, 2a. ed., México, Porrúa, 1986, p. 271.

⁵⁴ Chatelain, Emilio, *op. cit.*, nota 8, p. 104.

⁵⁵ Grijalba, Alfonso R. de, *op. cit.*, nota 9, p. 8.

⁵⁶ Polo, Antonio, “Del contrato a la relación de trabajo”, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1941, p. 39.

⁵⁷ Romagnoli, Umberto, “Técnicas normativas de gestión del trabajo”, trad. Adolfin Catalano, *Revista de la Facultad de Derecho*, Madrid, Universidad Complutense, 1988, p. 107.

⁵⁸ Kahn-Freud, O., *Trabajo y derecho*, trad. J. M. Galiana, Madrid, Ministerio de Trabajo, 1987, p. 60.

⁵⁹ Baylos Grau, Antonio, *Derecho del trabajo: modelo para armar*, Madrid, Editorial Trotta, 1991, p. 19.

⁶⁰ Romagnoli, Umberto, *op. cit.*, nota 57, p. 104.

⁶¹ Supiot, Alain, *op. cit.*, nota 1, p. 147.

⁶² *Ibidem*.

⁶³ Buen Lozano, Néstor de, *op. cit.*, nota 53, p. 291.

sus efectos”,⁶⁴ y otros hablaron de la frustración producida por la figura contractual, cuando “alteran las previsiones sustanciales que las partes tuvieron presentes al tiempo de celebrar el contrato”.⁶⁵

Sin embargo, el contrato aún existe para configurar vínculos jurídicos y producir efectos trascendentes en el mundo del derecho, aun cuando en materia de trabajo sea abundante la “variedad de atipicidades”.⁶⁶

Para infortunio del trabajo, “el poder que pierde el Estado lo gana la empresa”.⁶⁷ Esta inoportuna inversión, mengua la estabilidad y derechos adquiridos, anula la práctica de la promoción profesional y “recurre al egoísmo como factor animador que reemplace a la solidaridad”,⁶⁸ para acrecentar el “poder unilateral del empresario”.⁶⁹

VII. SIMULACIÓN DEL CONTRATO

El vocablo *simulación* deriva del latín *simulatio*, que significa *simulación, ficción, disimulo*. El simulador es *imitador, remedador, farsante, impostor*. Quien simula representa una cosa “fingiendo, o imitando lo que no es”.⁷⁰ También es la “alteración aparente de la causa, la índole o el objeto verdadero de un acto o contrato”.⁷¹ En el derecho antiguo, diversas máximas y aforismos hicieron referencia de esta figura: *Simulata nullius momenti sunt* (las cosas simuladas no tienen valor); *Actus simulatus nullius est momenti* (el acto simulado no tiene validez); *Acta simulata... veritatis substantiam mutare non possunt* (los actos simulados no pueden alterar la esencia de la verdad).⁷² Cuando se otorga un contrato simulado, se procura

⁶⁴ Morello, Augusto M., *Ineficacia y frustración del contrato*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1975, p. 76.

⁶⁵ Espert Sanz, Vicente, *La frustración del fin del contrato*, Madrid, Tecnos, 1968, p. 261.

⁶⁶ Fuentes Puelma, Carlos, *Estudios sobre derecho del trabajo y relaciones laborales*, Valparaíso, Edeval, 1996, p. 94.

⁶⁷ Montero de San Vicente, Osvaldo, “Flexibilidad del trabajo y derecho del trabajo”, *La flexibilización laboral en Venezuela*, Caracas, Editorial Nueva Sociedad, 1991, p. 35.

⁶⁸ Plá Rodríguez, Américo, “Otra inversión de tendencias en la seguridad social: de la solidaridad al egoísmo”, *Civitas, Revista Española de Derecho de Trabajo*, núm. 56, noviembre-diciembre de 1992, p. 826.

⁶⁹ Baylos, Antonio, *op. cit.*, nota 59, p. 72.

⁷⁰ Alonso, Martín, *Enciclopedia del idioma*, México, Aguilar, 1991, t. III, N-Z, p. 3781.

⁷¹ *Idem*.

⁷² Mans Puigarnau, Jaime M., *Los principios generales del derecho*, Barcelona, Bosch, 1979, p. 444.

que “la *máscara* esté lo mejor hecha posible”.⁷³ La existencia del acto simulado es un problema arduo y delicado, difícil de probar judicialmente, porque los simuladores “adoptan las precauciones para ocultar la simulación”.⁷⁴ El dato que caracteriza a la simulación es ciertamente una disconformidad entre lo declarado y lo realmente querido por las partes, “una declaración engañosa, falsa y una voluntad cierta pero oculta, no manifiesta”.⁷⁵

Es elemento esencial de la simulación del contrato, que la “falsa apariencia cause perjuicio a terceros”;⁷⁶ en él se funda la legitimación para el ejercicio de la acción de nulidad del acto simulado. Este es el criterio que adopta el Código Civil para el D.F., en sus artículos 2181, 2182 y 2183. La simulación no es realidad sino ficción de realidad, se trata de “una mentira consciente para engendrar en los demás una ilusión falaz, de un disfraz”.⁷⁷ El negocio simulado es aquel que tiene una apariencia contraria a la realidad, o porque no existe en absoluto o porque es distinto de como aparece.

Los elementos que intervienen en la simulación de un negocio jurídico son: 1. Una declaración deliberadamente disconforme con la intención. 2. El acuerdo simulatorio entre los otorgantes. 3. La intención de engañar a terceros.⁷⁸ La simulación es “el resultado de un acuerdo entre los contratantes”,⁷⁹ sin él, sólo “sería aparente y no producirá efectos”.⁸⁰ En el mismo sentido, F. Messineo expresa la necesidad de existencia del acuerdo simulatorio, porque sin él, la “simulación no sería eficiente ni siquiera entre las partes; y se tendrían en cambio, dos declaraciones con reserva mental”.⁸¹

En cuanto a la simulación de los actos jurídicos, el Código Civil para el D. F., establece: “es simulado el acto en que las partes declaran o confiesan falsamente lo que en realidad no ha pasado o no se ha convenido entre ellas” (artículo 2180). Existe la simulación *absoluta*: “cuando el acto simu-

⁷³ Hernández Gil, Antonio, *op. cit.*, nota 35, p. 615.

⁷⁴ Galindo Garfías, Ignacio, *Teoría general de los contratos*, México, Porrúa, 1996, p. 409.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 392.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 393.

⁷⁷ Ferrara, Francisco, *La simulación de los negocios jurídicos*, trad. de Rafael Atard y Juan A. de la Puente, Madrid, Librería general de Victoriano Suárez, 1926, p. 60.

⁷⁸ *Cfr. Ibidem*, p. 61.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 65.

⁸⁰ Galindo Garfías, Ignacio, *op. cit.*, nota 74, p. 393.

⁸¹ Messineo, F., *Manual de derecho civil y comercial*, trad. de Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, EJEA, Doctrinas Generales, 1954, t. II, p. 447.

lado nada tiene de real”. No produce efectos jurídicos (artículos 2181 y 2183) y es *relativa*: “cuando a un acto jurídico se le da una falsa apariencia que oculta su verdadero carácter” (artículo 2181). Pueden pedir la nulidad de los actos simulados los terceros perjudicados o el Ministerio Público, después de la anulación de un acto simulado deberá restituirse la cosa o derecho a quien pertenezca, con sus frutos e intereses, si los hubiere; pero si la cosa o derecho ha pasado a título oneroso a un tercero de buena fe, no habrá restitución (artículos 2183 y 2184).

Tal parece que el contrato de trabajo está “cargado de todas la energías utópicas”⁸² que le han sido atribuidas a lo largo de los últimos siglos; el trabajo está *encantado* en el sentido de que ejerce “una fascinación de la que somos prisioneros”.⁸³ Todo parece indicar que ahora asistimos a una mayor “variabilidad del tipo legal de contrato de trabajo”.⁸⁴ La primera de ellas lo confina en “el mundo del trabajo típico en declive ... y la segunda, propone su desaparición, *recontractualización* o retorno al derecho privado común”.⁸⁵ El sistema construido de formalización jurídica del trabajo asalariado adquiere cada vez más un carácter fragmentario. La *pulverización* del tipo de *trabajador homogéneo* propicia el surgimiento y avance del *trabajador heterogéneo*, cuyo predominio transformó a la fábrica fordista en empresa red. Todo ello “provocó la quiebra de los míticos sistemas dogmáticos”.⁸⁶ El derecho del trabajo habrá de extenderse para incluir en su ámbito y extender una serie de derechos a otras formas de trabajo: “trabajos personales remunerados calificados de independientes o autónomos, pero económicamente dependientes”.⁸⁷ Es oportuno evocar a L. Mengoni, quien afirma “en realidad no existe el trabajo, sino hombres que trabajan”.⁸⁸ En el mismo sentido Ripert expresó: “el trabajo es el hombre mismo en su cuerpo y en su espíritu”.⁸⁹

⁸² Meda, Dominique, *El trabajo*, Barcelona, Gedisa, 1998, p. 231.

⁸³ *Idem*.

⁸⁴ Monereo Pérez, José Luis, *Algunas reflexiones sobre la caracterización técnico jurídica del derecho del trabajo*, Madrid, Civitas, 1996, p. 93.

⁸⁵ Casas Bahamonde, María Emilia, “Las transformaciones del derecho del trabajo y el futuro del derecho del trabajo”, *El trabajo ante el cambio de siglo: un tratamiento multidisciplinar*, Madrid, Marcial Pons, 2000, p. 202.

⁸⁶ Monereo Pérez, José Luis, *op. cit.*, nota 84, p. 96.

⁸⁷ Casas Bahamonde, María Emilia, *op. cit.*, nota 85, p. 204.

⁸⁸ Mengoni, L., *Le contrat de travail en droit italien*, CECA, Eurolibri, 1966, p. 421.

⁸⁹ Ripert, G., *Les forces créatrices du droit*, París, LGDJ, 1955, p. 276.

VIII. SIMULACIÓN DE LAS RELACIONES DE TRABAJO

La simulación del vínculo jurídico-laboral, se ha convertido, desafortunadamente, en un mal endémico creciente que requiere con urgencia encontrar la vacuna o el antídoto para detener estas prácticas perniciosas de mala fe, tanto en el sector público como en el privado.

Los trabajadores *exangües* por tantas penurias enfrentan ahora la escasez, clandestinidad, precariedad y simulación que son la mácula predominante en el mundo del trabajo, ante las paupérrimas expectativas que ofrece la economía formal.

En la simulación, el fin típico del negocio diverge de la causa concreta o propósito de las partes, quienes pretenden crear una mera apariencia. Los sujetos “ocultan bajo la apariencia de un contrato, un propósito negocial distinto”.⁹⁰ Con la finalidad de “no celebrar negocio alguno (simulación absoluta) o celebrar otro distinto al aparente (simulación relativa)”.⁹¹

La afinidad del contrato de trabajo con otras figuras contractuales permite que algunas relaciones personales queden encuadradas en figuras civiles (contrato de prestación de servicios profesionales) o mercantiles (comisión mercantil).

La forma de diferenciación más eficaz es la de considerar que un contrato de trabajo se define por “su propio contenido al margen del concepto o nombre atribuido por las partes”.⁹² Esta solución es la que adopta la Ley Federal del Trabajo actual, en su artículo 20, al establecer: “Se entiende por relación de trabajo, *cualquiera que sea el acto que le dé origen* y por contrato individual de trabajo, *cualquiera que sea su forma o denominación*”. Más adelante, es decir, en el artículo 21, establece la presunción de la existencia del vínculo contractual y de la relación de trabajo *entre el que presta un servicio personal y el que lo recibe*. Sin embargo, tal parece que esto no ha sido suficiente para evitar que auténticas relaciones laborales sean contratadas por la vía civil o mercantil, circunstancia que va en detrimento del trabajador, la seguridad social y compromisos fiscales que se eluden.

⁹⁰ Martín Valverde, Antonio, *et al.*, *Derecho del trabajo*, 9a. ed., Madrid, Tecnos, 2000, p. 494.

⁹¹ *Enciclopedia jurídica básica*, Madrid, Civitas, 1994, t. IV, Pro-Zon, p. 6217.

⁹² López, Manuel, *et al.*, *Derecho del trabajo*, 9a. ed., Madrid, Editorial Centro de Estudios Román Areces, 2001, p. 657.

IX. EL PLENO EMPLEO: ¿UNA ASPIRACIÓN FRUSTRADA?

A pesar de que el *pleno empleo* constituye la primera preocupación política de un gobierno, la fatalidad de la crisis impide su realización, sin que por ello deje de ser “una de las máximas aspiraciones del hombre”⁹³ ni pierda el carácter de un deber jurídico para el Estado impuesto por “la Constitución a los poderes públicos”,⁹⁴ aun cuando la pretensión del *pleno empleo* pueda resultar “constitucionalmente inalcanzable”.⁹⁵

El concepto de *pleno empleo* entraña la exigencia de que todo individuo capaz de trabajar pueda acceder a la ocupación que es, como diría Umberto Romagnoli, “el trabajo vestido de fiesta”.⁹⁶ Ahora, más que nunca, hace falta ayudar a los trabajadores expulsados de su empleo, a reincorporarse en la vida laboral, lo más pronto posible, para evitar que se fomente un mayor deterioro de la vida social. La actualización del concepto del *pleno empleo* es, quizás, el de “un acceso equitativo a las oportunidades de empleo ... en el cual, no sólo tiene que haber un número suficiente de puestos de trabajo para todos, sino el que éstos se repartan equitativamente”.⁹⁷

En la actualidad existen actitudes nuevas ante el trabajo que disminuyen el interés del *pleno empleo*, en algunos casos, por ejemplo, en los países prósperos donde la necesidad de emplearse parece ser menos acuciante, la gente prefiere tener más tiempo libre para el ocio que para el trabajo. Además, resulta paradójico observar que en muchas partes del mundo ocurre un fenómeno nuevo: “un crecimiento sin nuevos empleos”,⁹⁸ esto es, aunque aumenta la producción, el crecimiento del empleo anda a la zaga.

La ocupación plena no significa que no exista literalmente desocupación alguna, sino que la desocupación se reduce a periodos cortos, con la posibilidad de que el trabajador se reintegrará al desempeño de su antiguo oficio en breve plazo. Esta era una de las preocupaciones de William H. Beveridge, quien pensaba que “la desocupación individual no debe durar

⁹³ Buen Lozano, Néstor de, “Desempleo y concertación social”, *Revista del Instituto Iberoamericano de Seguridad Social*, Madrid, núm. 1, enero-abril 1994, p. 119.

⁹⁴ Peña Pinto, Marcos, “Políticas activas y protección al desempleo”, *Presupuesto y gasto público*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, núm. 14, 1995, p. 133.

⁹⁵ Koch, Claus, “La civilización del desempleo”, *Letra*, Madrid, núm. 37, marzo-abril 1995, p. 46.

⁹⁶ Romagnoli, Umberto, *op. cit.*, nota 57, p. 37.

⁹⁷ Oficina Internacional del Trabajo, *El empleo en el mundo 1995*, Ginebra, 1995, pp. 48-49.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 23.

un intervalo de tiempo mayor”.⁹⁹ Los que pierden su trabajo deben encontrar uno nuevo dentro de su capacidad con un salario aceptable y sin que transcurra mucho tiempo.

La consigna del *pleno empleo* dio frutos en los primeros decenios de la posguerra, pero desde entonces las cifras indican que los países se están alejando, sin cesar, de esa meta que se ha convertido en aspiración quimérica frente a la realidad, con elevados signos de desempleo y contratación precaria, caracterizada por “una ausencia total de regulación o por una regulación disminuida de las condiciones de trabajo”.¹⁰⁰ La ironía de los progresos científicos nos hacen acudir con asombro, en las postrimerías del fin de siglo, a la novedosa era de “crecimientos sin nuevos empleos”,¹⁰¹ ante una sociedad impaciente que urge a sus gobernantes la creación de puestos de trabajo que —en algunos casos— parecen haber excluido del temario político el vocablo *empleo*.

X. EMPLEO TOTAL Y TRABAJO ATÍPICO

El *empleo total* se caracterizó por el hecho de realizarse para un “solo empleador, en el local de éste, en régimen de jornada completa y por un periodo generalmente indefinido”.¹⁰² Este se erigió así en el medio común o más generalizado de efectuar las actividades de producción, y también en el punto de referencia de la “legislación laboral, las interacciones colectivas y los sistemas de seguridad social”.¹⁰³

El *empleo total* nació con la gran industria y se fue desarrollando a la luz de los requerimientos de la legislación laboral y la acción sindical. Era un trabajo que se prestaba por cuenta ajena, mediante el pago de un salario y en relación de dependencia. Este modelo permaneció como una expectativa de política social, por un largo tiempo, sin que por ello ningún país pueda afirmar que las demandas de empleo hayan quedado cubiertas en su totalidad.

⁹⁹ Beveridge, William H., *La ocupación plena*, trad. de Raúl Velasco Terrés, México, FCE, 1947, p. 23.

¹⁰⁰ Córdoba, Efrén, “Del empleo total al trabajo atípico: ¿hacia un viraje en la evolución de las relaciones laborales?”, *Revista Internacional del Trabajo*, núm. 4, octubre-diciembre de 1986, vol. 105, p. 447.

¹⁰¹ Oficina Internacional del Trabajo, *op. cit.*, nota 97, p. 16.

¹⁰² Córdoba, Efrén, *op. cit.*, nota 100, p. 432.

¹⁰³ *Idem*.

Pero los tiempos cambiaron y las formas atípicas comenzaron a imponer la necesidad de realizar un inventario de sus manifestaciones más importantes que contrastan con la realidad social y reprobaban la eficacia de la legislación laboral. A partir de la década de 1980 comenzaron a proliferar con mayor frecuencia las llamadas formas atípicas en “la dura realidad de las calles”,¹⁰⁴ éstas no sólo difieren de la morfología del *empleo total*, sino que procuran escapar de las prescripciones legales para situarse “fuera de ese esquema o atenuar algunos de sus efectos más rigurosos”.¹⁰⁵ El fenómeno atípico se configura unas veces como reacción y otras como desviación del trabajo, que hasta hace poco era considerado como normal o típico.

¿Cuál es realmente la libertad de elección del trabajador? ¿Qué exigencias entraña la organización de la empresa, para buscar al margen de la ley formas espurias de contratación? ¿Las formas atípicas de empleo son escogidas deliberadamente por la empresa o responden a una necesidad?

Estas y muchas otras interrogantes plantean las nuevas formas de trabajo en este último decenio del siglo XX, en el que, como diría Jean-Claude Javillier, “el derecho del trabajo tropezó de golpe con los cambios tecnológicos y la crisis económica”.¹⁰⁶ Los efectos de estos impactos hicieron renacer, sin cesar, modalidades de empleo “lamentables y condenables”,¹⁰⁷ características del siglo pasado, las cuales han servido para desmentir y evidenciar a quienes, con pretensiones proféticas y gran gala de imprudencia, pensaron que anunciaban el advenimiento promisorio y redentor de una nueva era en la evolución del trabajo humano.

Producto de la aguda crisis económica, figuras extrañas irrumpieron en el “derecho de la pobreza laboriosa” —como diría Romagnoli— para crear mecanismos cuya finalidad encubierta es la de evadir responsabilidades por parte del empleador, quien actúa al margen del derecho laboral y en los límites del derecho civil y mercantil para simular las relaciones jurídicas y “limitar o excluir la aplicación de las normas laborales”.¹⁰⁸

¹⁰⁴ Buen, Néstor de, “La lucha contra el desempleo”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM, año XIX, núm. 56, mayo-agosto de 1986, p. 470.

¹⁰⁵ Córdoba, Efrén, *op. cit.*, nota 100, p. 431.

¹⁰⁶ Javillier, Jan-Claude, “Pragmatismo e innovación en el derecho internacional del trabajo”, *Revista Internacional del Trabajo*, Ginebra, núm 4, 1994, vol. 113, p. 562.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 563.

¹⁰⁸ Reynoso Castillo, Carlos, “Contratación precaria”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, año XXIII, núm. 68, mayo-agosto de 1990, p. 538.

Las relaciones atípicas comprenden trabajadores informales, por cuenta propia, a distancia, de sustitución temporal, de obra clandestina, “totalmente al margen de la ley”.¹⁰⁹

Las mudanzas fácticas, las novedades contractuales, conducen a un nuevo enfoque de la realidad que es un reto para los empleadores, los gobiernos, el movimiento sindical y el derecho del trabajo. Estas transformaciones sociales y económicas conducen a nuevas formas de trabajo.

La reducción del tiempo de trabajo que voluntariamente realizaban desde hace años mujeres, menores, estudiantes y jubilados, aparece ahora como una alternativa frecuente de empleo, impuesto por la necesidad de redistribuir el tiempo de trabajo. Surgieron los contratos de *solidaridad* de Francia e Italia y, en España los de *relevo*, en los que un trabajador realiza durante unas pocas horas, en cada jornada, el trabajo que en ese tiempo correspondía a otro en fase prejubilatoria. En otros países proliferan los trabajos con *duración determinada*, obra o servicio específicos, los trabajos cíclicos o de temporada, los eventuales u ocasionales, los de sustitución temporal y la contratación a prueba. También se entremezcla la figura del contrato por tiempo determinado con la del aprendizaje, para dar lugar a formas diversas de contratos de trabajo y formación. Tampoco es posible olvidar que al lado del trabajo por cuenta propia y la creciente variedad de contrataciones atípicas, cunde por todas partes el *trabajo clandestino*.

XI. FORMAS ATÍPICAS DE CONTRATACIÓN LABORAL

Pueden identificarse entre las formas atípicas —según Efrén Córdoba—:¹¹⁰

1. El trabajo no declarado, es decir, el que se realiza al margen de las disposiciones laborales, fiscales y administrativas.
2. El trabajo realizado por extranjeros que carecen de permisos requeridos por la ley.
3. El trabajo familiar, que al amparo de los lazos de parentesco permiten hacer caso omiso de las medidas de protección social.
4. El trabajo realizado en micro empresas, por insuficiencias en la inspección de trabajo, actúan al margen de la legislación laboral.

¹⁰⁹ Hernández Rueda, Lupo, “Actualidades del derecho del trabajo, cuestiones laborales”, *Homenaje al maestro Mozart Víctor Russomano*, México, UNAM, 1988, p. 414.

¹¹⁰ *Cfr.* Córdoba, Efrén, *op. cit.*, nota 100, p. 435.

En países como México, la expansión del empleo atípico responde a dos causas fundamentales, según José Miguel Candia,¹¹¹ la primera de ellas está relacionada con la sobreoferta estructural de mano de obra y la presencia de importantes contingentes de población activa que nunca lograron integrarse al sector moderno de la economía y, la segunda, a partir del deterioro y recomposición de las condiciones económicas, del cambio sufrido por el aparato productivo y del ritmo acelerado con que se incorporan las innovaciones tecnológicas y se aplican nuevas técnicas en la organización del trabajo.

Podemos agregar a las causas anteriores la improductividad y desempleo en el campo mexicano durante décadas, con el “retraso y dependencia tecnológica y financiera del exterior”.¹¹²

XII. EFECTOS NOCIVOS DE LA CONTRATACIÓN PRECARIA

Ante la imposibilidad de prohibir o impedir las formas atípicas de empleo por las escasas y poco atractivas alternativas que ofrece la economía formal a los trabajadores, el trabajo atípico prolifera inevitablemente, de él han surgido vocablos como *flexibilización* y *desregulación* que anteriormente estaban ausentes del diccionario laboral. El primero ha impactado en las formas de contratación, el segundo insiste en eliminar las medidas regulatorias y tutelares establecidas por el derecho del trabajo, para instaurar un mercado laboral libre que requiere la abolición de esos reglamentos gremiales que “constituyen obstáculos a la libertad de intercambio y protecciones contra leyes del mercado”.¹¹³

En otros términos, significa *deslegalizar* las relaciones jurídicas. Las formas atípicas deterioran directa o indirectamente las condiciones de trabajo. Este deterioro encuentra su causa principal en el hecho de que algunas *atipias* se caracterizan por una ausencia total de regulación y otras, por una regulación disminuida, lo que conduce a un menoscabo en el esquema

¹¹¹ Cfr. Candia, José Miguel, “Crisis económica, mercado de trabajo y precariedad laboral”, *Revista Latinoamericana de Economía Problemas del Desarrollo*, México, Instituto de Investigaciones Económicas, vol. XXIII, núm. 89, abril-junio de 1992, p. 155.

¹¹² Buen, Néstor de, *op. cit.*, p. 470.

¹¹³ Castel, Robert, “Trabajo y utilidad para el mundo”, *Revista Internacional del Trabajo*, Ginebra, OIT, vol. 115, núm. 6, 1996, p. 673.

de defensa y protección de los trabajadores. Lo cual representa un retroceso para los derechos preexistentes, pero nos hace reflexionar en la necesidad de que habrá de surgir un nuevo derecho del trabajo adaptado a las “nuevas realidades sociales y económicas y a la previsible evolución de las mismas”.¹¹⁴ Tal vez, también sea necesario prescindir, no sin cierta nostalgia, del “perfume de eternidad y universalidad”,¹¹⁵ que con tanta facilidad los occidentales agregan en sus modos de pensamiento, tenemos que aceptar que el derecho ha cambiado y nuevas metamorfosis influyen para que el mundo envuelto en mutaciones y contrastes absurdos y paradójicos esté *mudando de piel*. ¿Hacia dónde se dirige el trabajo humano? ¿Cuál será el porvenir del trabajo? El derecho del trabajo ha de seguir existiendo pero no como lo conocemos actualmente, con sus elevados niveles de protección social, los cuales sólo han podido mantenerse en épocas de prosperidad, pero que ha sido preciso “sacrificar en tiempos de crisis o dificultades económicas”.¹¹⁶ Porque si nos empeñamos en preservar todos los derechos adquiridos sin cambiar las estrategias para adaptarnos a las nuevas circunstancias, corrieramos el riesgo de estar “haciendo guardia ante un montón de cenizas”.¹¹⁷

El derecho del trabajo, a pesar de las exageradas premoniciones y augurios falsos y sensacionalistas, tendrá que sobrevivir por la única razón de que el trabajo, en su esencia de energía humana, tiene un carácter insustituible. En el mundo del trabajo no debe permitirse que continúen los antagonismos que desquician —en sus afanes de riqueza, para unos cuantos— la armonía y la paz social de muchos, desarrollada durante los periodos de prosperidad, con la idea de que *los fuertes tirarían de los débiles, detrás de ellos*.¹¹⁸ Esto no siempre acontece, porque puede ocurrir que *los fuertes hayan soltado las cuerdas* para que los numerosos miembros que integran la gran familia de la pobreza laboriosa, se hundan o perezcan ante los oleajes de las mareas altas, sin que aparezca en el horizonte visible la barca que pueda salvarlos. Pero si los trabajadores y su derecho encuentran las estrategias inteligentes para defender y encarar sus problemas, habrán comprendido que no la necesitan, porque han aprendido a nadar...

¹¹⁴ Durán López, Federico, “El futuro del derecho del trabajo”, *Civitas Revista Española de Derecho del Trabajo*, Madrid, núm. 78, julio-agosto de 1996, p. 606.

¹¹⁵ Castel, Robert, *op. cit.*, nota 113, p. 661.

¹¹⁶ Durán López, Federico, *op. cit.*, nota 114, p. 607.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 608.

¹¹⁸ Mückenberger, Ulrich, *Informe alemán. Crisis del Estado de bienestar y derecho social*, Barcelona, Bosch, ESADE, Facultad de Derecho, 1997, p. 170.