

EL TRABAJO EN LA IMAGINACIÓN APOCALÍPTICA

José Manuel LASTRA LASTRA*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El trabajo y sus metamorfosis*. III. *Poder de dirección empresarial y deber de obediencia*. IV. *Fuerza expansiva y presunción de laboralidad*. V. *El pleno empleo: ¿una aspiración frustrada?* VI. *Empleo total y trabajo atípico*. VII. *Simulación de las relaciones de trabajo*. VIII. *Contratación precaria y sus modalidades*. IX. *Reflexión final*.

I. INTRODUCCIÓN

Al finalizar el milenio, los *arúspices* y *taumaturgos* ocuparon gran parte de su tiempo, en ejercitar la imaginación del desastre, presagiaron un porvenir con grandes incertidumbres y penalidades para el mundo del trabajo y su derecho; algunos dejaron de frecuentar y olvidaron el *pasado cierto*¹ para concurrir con insistencia frenética hacia el futuro incierto y siempre dudoso. Recrear el pasado y frecuentarlo es tarea útil, cuando sirve para actualizar, comprender y evocar una época, en la que el derecho de la *pobreza laboriosa*² surgió con gran fuerza y vigor, para defender al trabajo de los excesos que produjo el individualismo egoísta e insensible a los problemas sociales.

El problema actual para el derecho del trabajo radica en enfrentar un pasado que fue, con un futuro que pretende difuminar lo que era. Esto nos

* Investigador de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. Catedrático en las facultades de Contaduría y Administración y de Derecho, Premio UNAM en Docencia 2002, Investigador Nacional.

¹ Séneca, *Tratados filosóficos*, México, Porrúa, 1973, p. 100.

² Romagnoli, Umberto, *El derecho, el trabajo y la historia*, trad. Marina Tomadini, Madrid, Consejo Económico Social, 1992, p. 33.

recuerda la metáfora elocuente del gran jurista de Bolonia, U. Romagnoli, quien en símil con la corriente de un río diría “nadie debe pensar que el derecho del trabajo pueda regresar hacia atrás la corriente de su historia”.³

Por su parte los *abusioneros* insistieron con terquedad en la desaparición o el “fin del trabajo”,⁴ para ello reprodujeron imágenes catastróficas y promovieron con euforia la proximidad de sus *exequias*.

El arte de la adivinación es oficio antiguo, consiste en vaticinar las cosas futuras, para predecir el destino del hombre. Marco Tulio Cicerón, el gran tribuno de Roma, escribió en su libro *De la adivinación*,⁵ en el año 44 a. C. que existen dos géneros de adivinación: uno el que es partícipe del arte; el otro, el que carece del arte. Hay arte en aquellos que buscan el conocimiento de los hechos futuros por medio de la conjetura; los hechos antiguos los aprendieron por medio de la observación. Y carecen de arte, aquéllos que no han sido observados por medio del razonamiento, sino por medio de la agitación del alma, lo cual acontece a quienes sueñan y vaticinan por medio del delirio profético.

Quienes practican la disciplina augural y la *orinomanía* decidieron centrar sus ensueños apocalípticos, en preluar un mundo turbulento caracterizado por la infelicidad y el desastre, así como los postreros días, en los que habría de llegar el *transir* o el *desprendimiento*, para dejar al ser humano y a su energía creadora (el trabajo), en esa soledad ontológica —como diría E. Nicol— para ingresar sin reservas en el reino de los entes, en el que “sólo quedan el recuerdo físico del hombre que se fue”.⁶ Pero

³ Romagnoli, Umberto, *Del lavoro ai lavori, scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, Milán, Giuffré Editore, 1998, vol. I, *Diritto del Lavoro*, p. 509.

⁴ Véase entre ellos a Rifkin, J., *La fin du travail*, Forrester, V., *L'horreur économique*, Fayard 1996; Dominique Meda, *La fin de la valeur travail*, Gallimard, F., 1997; *Le travail une valeur en vai de disparition*; Collin, Denis, *La fin du travail et la mondialisation*, París, L'Harmattan, 1998; Kern, Horst y Schuman, Michael, *La fin de la division du travail*, Edition de la maison des sciences de l'homme, París, 1989; Schnapper, Dominique, *Contre la fin du travail*, 1997; Lipoveski, Gilles, *Le crépuscule du devoir*, Editions Gallimard, París, 1992; Gerry y Janine Rodgers, *El trabajo precario en la regulación del mercado laboral*, Madrid, Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, 1992; Juan José Castillo, *La automatización y el futuro del trabajo*, 2a. ed., Madrid, Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, 1991; Javier Barrycoa, *El trabajador inútil*, Barcelona, Scire-Balmes, 1999; Buen Lozano, Néstor de, *La decadencia del derecho del trabajo*, México, Porrúa, 2001.

⁵ Cfr. Cicerón, Marco Tulio, *De la adivinación*, introducción y traducción de Julio Pimentel Álvarez, México, UNAM, 1988.

⁶ Nicol, Eduardo, *La agonía de Proteo*, México, UNAM, 1981, p. 12.

resulta que la vida es renovación, lo cual implica resurgir, volver a aparecer. Así lo enseñó Heráclito, el filósofo de Efeso, en sus *Fragmentos*. Expuso en ellos, la teoría de la “transformación perpetúa e inacabable de todas las cosas”,⁷ señaló también que el hombre al morir “enciende para sí una luz en la noche, apagados sus ojos, y sin embargo vive”.⁸ Por su parte, Séneca escribió en sus *Tratados filosóficos* que no era forzoso conservar la vida, porque lo importante no es vivir mucho sino vivir bien, que es un deber aguardar el término que la naturaleza nos prescribe. La obra maestra de la *Ley Eterna* es haberle procurado varias salidas a la vida del hombre, que sólo tiene una entrada. Para él “la muerte más sucia es preferible siempre a la esclavitud más elegante”.⁹ Por ello, la idea de muerte para el trabajo y su derecho, puede y debe traducirse en transformación, porque todo cambia, “lo único que no varía es el anhelo de variar. Todo se muda y se transforma; lo que permanece invariable es el movimiento y la transformación”,¹⁰ y grandes han sido las mutaciones de la humanidad en su larga y penosa travesía histórica.

II. EL TRABAJO Y SUS METAMORFOSIS

Todo lo que es, tiene forma. Por su forma conocemos cada cosa. La forma es una constancia del ser. Sin embargo, el hombre es un ser inconstante. La suya, es una forma que se transforma.

La mutación de su forma es, en el ser humano, un “título de nobleza ontológica”.¹¹ ¿Qué es lo que cambia? ¿Qué queda del humano cuando su existencia no es la de un ser verdadero? ¿En dónde queda el ser, cuyos cambios existenciales representan efectivas variaciones del lugar mundano? Porque las cosas carecen de él; si no se lo damos nosotros, ocupan

⁷ Fernández Galiano, A., “Conceptos de naturaleza y Ley en Heráclito”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid, Gráficas González, 1958, t. V, p. 283. La exposición de la doctrina cosmológica del eterno fluir, obligaba a Heráclito a emplear imágenes plásticas en las que quedase materializada, recuérdese la imagen del curso del agua, tan conocida en sus fragmentos: “Fluyen aguas siempre distintas sobre quienes entran en los mismos ríos. En los mismos ríos entramos y no entramos, somos y no somos —según Heráclito— no es posible entrar dos veces en el mismo río”.

⁸ *Idem*.

⁹ Séneca, *Tratados filosóficos*, México, Porrúa, 1975, p. 175.

¹⁰ Caso, Antonio, *Obras completas*, México, UNAM, 1972, t. VI, p. 4.

¹¹ Nicol, Eduardo, *op. cit.*, nota 6, p. 9.

siempre el mismo lugar ontológico. En rigor, no tienen lugar alguno, porque *no lo adoptan*.

¿Cuál es el lugar que la sociedad posindustrial ha asignado al trabajo? ¿El trabajo debe cambiar para adquirir nuevas formas? ¿Es este el precio de su transformación?

En la actualidad, el mundo evoluciona y cambia de manera vertiginosa, esto no ocurre sin trastornos, obstáculos y penas. El trabajo y sus diversas formas de organización, están “mudando de piel”,¹² por lo que han dejado de ser una referencia estable, son ahora, en muchas de sus franjas, un mundo convulso e incierto, fragmentado en lógicas de supervivencia, cada vez más personalizadas y azarosas. Los ciclos biográficos del trabajo se han desestructurado, las perspectivas de una vida laboral continua y homogénea se han roto, para que surja una *laya* atípica de contratos inestables, fraudulentos, acompañados de un enorme y grotesco simulacro que induce a la deslaboralización y al confinamiento del trabajo hacia la clandestinidad y la degradación generalizada. La intención es clara y perversa, impulsar el “individualismo extremo”,¹³ para debilitar, desregular, fragmentar e individualizar el trabajo, maestro de la solidaridad y cohesión social y preparar así, el retorno para invertir las tendencias, es decir, “pasar de la solidaridad como principio inspirador hacia el egoísmo”.¹⁴

Los profundos cambios en las formas de organización y la reducción relativa de la hegemonía del trabajo por cuenta ajena, no sólo está afectando la delimitación de fronteras sino que ha invadido los espacios territoriales, pertenecientes al derecho del trabajo. Éste debe defender su territorio, no permitir invasiones absurdas o arbitrarias, debe empezar por “estudiar la mejor manera de combatir el trabajo informal”,¹⁵ que es la zona telúrica del ordenamiento jurídico y sus “fuentes de producción, son el epicen-

¹² Hansenne, Michael, *Preservar los valores, promover el cambio*, Oficina General del Trabajo, Ginebra, 1994, p. 30.

¹³ Luis Enrique Alonso, *Trabajo y posmodernidad: el empleo débil*, Madrid, Fundamentos, 2000, p. 223.

¹⁴ Plá, Américo, “Otra inversión de tendencias en la seguridad social: de la solidaridad al egoísmo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Madrid, Civitas, 1992, p. 821.

¹⁵ Plá Rodríguez, Américo, *la actual coyuntura del derecho laboral*, Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Zaragoza, 28 y 29 de mayo de 1999), Colección Informes y Estudios, Serie Relaciones Laborales, núm. 28, Madrid, Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, 2000, p. 1174.

tro”.¹⁶ El dilema consiste en saber si esta disciplina continuará excluyendo de su ámbito las *formas de trabajo no subordinadas*, es decir, las autónomas o independientes, porque hasta ahora evita someter la relación contractual de trabajo a la autonomía de la voluntad, pero, sin embargo, acepta y configura en favor del empresario un poder de mando y “sujeción jurídica”.¹⁷ La noción de subordinación ya no permite abarcar la diversidad de formas que reviste el trabajo por cuenta ajena, por ello, deben ser revisadas las fronteras de la condición de asalariado. Alain Supiot propone revisar el funcionamiento del: “a) trabajo dependiente y trabajo independiente; b) trabajo oneroso y gratuito; c) trabajo asalariado y función pública y, d) trabajo y formación profesional”.¹⁸ La férrea ley de bronce, que el capital hace pesar sobre el trabajo en la economía mundializada, ponen en duda las seguridades y estabildades añejas atribuidas al trabajo.

En la actualidad existen modalidades de organización productiva, en las que la figura del empleador desaparece, para eludir los compromisos que producen los efectos de la relación laboral; sin embargo, existe *el empresario oculto*, producto de la “externalización y descentralización productiva”.¹⁹ Los ortodoxos del ultraliberalismo no han dejado de influir en las nuevas tendencias liberalizadoras y promueven la infiltración del derecho del trabajo por el derecho de la competencia, para asegurar una mayor competencia entre las empresas, con la eliminación o reducción de las normas laborales. Las formas de la subordinación se han transformado, pero no desaparecen. A pesar de los esfuerzos para convertir el trabajo en un material flexible y adaptable a las necesidades de la economía, quienes esto intentan olvidan por completo que el trabajo no es “material humano maleable”,²⁰ conforme a los imperativos de la industria o el comercio. Hasta ahora, el trabajo y su derecho han resistido los embates en su batalla dialéctica, con el derecho de la competencia. Para distribuir los recursos de

¹⁶ Romagnoli, Umberto, “Las transformaciones del derecho del trabajo”, *Revista Debate Laboral, Americana e Italiana del Derecho del Trabajo*, San José de Costa Rica, año V, núm. 12, 1992, p. 9.

¹⁷ Cruz Villalón, Jesús, *XX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Madrid, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2002, p. 23.

¹⁸ Alain Supiot, “Introducción a las reflexiones sobre el trabajo”, *Revista Internacional del Trabajo*, Ginebra, vol. 115, núm. 6, 1996, p. 663.

¹⁹ Cruz Villalón, Jesús, *op. cit.*, nota 17, p. 26.

²⁰ Supiot, Alain, *op. cit.*, nota 18, p. 667.

la sociedad, no existe, hasta ahora, otro método que goce de aceptación general, como el de la ocupación de un empleo, por lo tanto, una sociedad que necesite muy poco trabajo humano, “tendría que modificar sus valores y sus estructuras”.²¹

Aun cuando los neoliberales triunfantes y comunistas arrepentidos proclamen las bondades de un porvenir venturoso, con su vagabundeo ideológico, falso y prevaricador para confundir y perturbar las fronteras bien delineadas, que hasta ahora ha trazado el derecho del trabajo, han olvidado, una vez más, que la energía humana tiene la persistencia y el tesón de *Sísifo*, quien, condenado a empujar una enorme piedra hacia la cumbre, cuando estaba cerca de ésta, volvía a rodar hacia la llanura, pero *Sísifo*, obcecado, no desistía y continuaba su tarea de nuevo, sin reposo. Este ejemplo lo ha aprendido, a lo largo del tiempo, el derecho del trabajo; ha sido su gran reto, por ello será siempre el incansable *Sísifo*, en el “reafirmar, repropone y proteger al hombre de las duras leyes no escritas de la producción y la ganancia”.²² Desafortunadamente, la ética de los negocios reserva un lugar relevante a los trabajadores en “los nichos de la pobreza”,²³ ésta termina por “dormitar cuando lo económico logra colonizar el derecho del trabajo, en perjuicio de lo social”.²⁴ Sin embargo, y acorde con el pensamiento de U. Romagnoli, no pienso que “el derecho del trabajo pueda retroceder la corriente, para regresar su historia hacia atrás”.²⁵

III. PODER DE DIRECCIÓN EMPRESARIAL Y DEBER DE OBEDIENCIA

Trabajar dentro del ámbito de organización y dirección del empleador, supone, obligarse a realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario o sus representantes. Esta realidad normativa es complemento obligado de un orden económico fundado en la libertad de empresa y un

²¹ Macarov, David, “La planificación para un mundo casi exento de trabajo”, *Revista Internacional del Trabajo*, Ginebra, vol. 104, núm. 4, octubre-diciembre de 1985, p. 464.

²² Romagnoli, Umberto, “Las transformaciones del derecho del trabajo”, *Revista Debate Laboral Americana e Italiana del Derecho del Trabajo*, San José de Costa Rica, año V, núm. 12, 1992, p. 8.

²³ Candia, José Miguel, “Crisis del trabajo”, *Revista Nueva Sociedad*, San José de Costa Rica, núm. 166, marzo-abril de 2000, p. 132.

²⁴ *Ibidem*, p. 7.

²⁵ Romagnoli, Umberto, *Dal lavoro ai lavori, Scritti in onore di Giuseppe Federico Manzini*, Milán, Giuffrè Editore, vol. I, Diritto del Lavoro, 1998, p. 517.

efecto mediato de la voluntad de la ley, que ha querido poner en manos del empresario —y no en otras— “la organización y disciplina del trabajo en la empresa”.²⁶

El empresario, por virtud del contrato de trabajo, adquiere la facultad de organizar el sistema de producción de bienes y servicios que libremente ha decidido. La potestad para “organizar y ordenar el trabajo inicialmente y durante toda la ejecución del contrato, recibe el nombre de *poder de dirección*”.²⁷

El poder de dirección, se ejerce en el interior del contrato, durante su ejecución y dentro de los límites que autónoma o heterónomamente se le fijan. De este modo, el poder de dirección es una facultad contractual del empresario. Este poder confiere al empresario la prerrogativa de “dar órdenes sobre el modo, tiempo y lugar de ejecución del trabajo”.²⁸ Mediante el ejercicio de este poder el empresario “dispone del trabajo prestado por su cuenta, ordenando las singulares prestaciones laborales y organizando el trabajo en la empresa”.²⁹ El empresario puede verificar, vigilar y controlar el cumplimiento de sus instrucciones y órdenes. El trabajador en virtud del contrato, entra en una esfera sometida a un poder de dirección cuyo titular es la persona para quien se trabaja. El trabajador se compromete a la prestación personal del trabajo, pero el no decide como debe realizarla, los medios que ha de utilizar para llevarla a cabo, ni los resultados que debe conseguir. Todas estas decisiones corresponden al ámbito de las facultades directivas del empresario, lo cual, supone que tenga reconocida la posibilidad de “impartir órdenes en relación con el trabajo que se le presta”.³⁰

La titularidad del poder de dirección y el ejercicio del mismo puede delegarse, por lo que se crean verdaderas pirámides jerárquicas del control y dirección.

²⁶ Montoya Melgar, Alfredo, *Derecho del Trabajo*, 22a. ed., Madrid, Tecnos, 2001, p. 363.

²⁷ Palomeque López, Manuel Carlos *et al.*, *Derecho del Trabajo*, 9a. ed., Madrid, Centro de Estudios Román Areces, 2001, p. 704.

²⁸ Manuel Alonso Olea, *Derecho del trabajo*, 20a. ed., Madrid, Civitas, 2002, p. 376.

²⁹ Montoya Melgar, Alfredo, *op. cit.*, nota 26, p. 363.

³⁰ Albiol Montesinos, Ignacio *et al.*, *Derecho del trabajo*, 3a. ed., Valencia, Tirant Lo Blanch, 2001, t. II, p. 466.

La actuación del empresario dentro del concepto *poder de dirección*, es muy amplia, por lo que se establecen límites en las leyes y reglamentos de esta materia, para evitar abusos que generen conflictos laborales.

El ejercicio del poder empresarial puede originar que “se alteren de manera unilateral, los límites de la prestación laboral”,³¹ para ir adaptando sus prestaciones a las necesidades mudables del trabajo que debe ser realizado, a los “cambios estructurales y organizativos de la empresa, a los tecnológicos y al perfeccionamiento en la cualificación profesional del trabajador”.³² Es éste el poder denominado *ius variandi* que autoriza al empresario con toda amplitud la modificación no sustancial de las condiciones laborales.

Los límites del deber de obediencia deberán necesariamente, coincidir con los límites del poder de dirección empresarial. El poder de dirección no es absoluto o ilimitado. Un poder debe ejercerse teniendo en cuenta las exigencias de respeto para la libertad y dignidad humanas, en condiciones que aseguren la vida y la salud. Los órdenes deben estar referidas a la realización del trabajo, es decir, a lo expresamente pactado y que sean conformes a la buena fe y a la equidad. De igual manera los poderes del empresario tienen como límite los derechos y libertades fundamentales del trabajador.

En la Ley Federal del Trabajo de México, el poder de mando empresarial y el deber de obediencia, están configurados en el Título Cuarto referente a los Derechos y Obligaciones de los trabajadores y de los patrones, capítulo II, artículo 134, fracciones III y IV que establecen como obligaciones de los trabajadores: “Desempeñar el servicio bajo la dirección del patrón o de su representante, a cuya autoridad estarán subordinados en todo lo concerniente al trabajo” y “ejecutar el trabajo con la intensidad, cuidado y esmero apropiados y en la forma, tiempo y lugar convenidos”, criterio que ha continuado sosteniendo el Poder Judicial, en sus diversas épocas a través de diferentes ejecutorias.³³

³¹ García Ninet, J. Ignacio, *Derecho del trabajo*, Navarra, Aranzadi, 2001, p. 402.

³² Alonso Olea, Manuel, *op. cit.*, nota 28, p. 377.

³³ Subordinación, concepto de. Subordinación significa, por parte del patrón, un poder jurídico de mando, correlativo a un deber de obediencia por parte de quien presta el servicio. Esto tiene su apoyo en el artículo 134, fracción III, de la Ley Federal del Trabajo de 1970, que obliga a desempeñar el servicio bajo la dirección del patrón o de su representante, a cuya autoridad estarán subordinados los trabajadores en todo lo concerniente al trabajo.

IV. FUERZA EXPANSIVA Y PRESUNCIÓN DE LABORALIDAD

En la doctrina *iustlaboralista*, algunos autores han insistido frecuentemente y con gran optimismo, en atribuirle al derecho del trabajo, como caracterización, el que éste pueda extenderse o expandirse en su ámbito de aplicación, por poseer *fuerza expansiva* que le permite “ocupar un mayor espacio”.³⁴

En opinión de G. H. Camerlynch y Lyon-Caen, es un derecho *expansivo*, porque “aumenta sin cesar el número de personas que se convierten en trabajadores subordinados ...llegará el día en que toda persona física tendrá la cualidad jurídica de asalariado”.³⁵

La etapa *expansiva* del derecho del trabajo, cimentada en la *laboralización* de las relaciones dependientes, ha tenido entre sus aliados al tradicional principio *in dubio pro operario*, al que vino a sumarse un enérgico *in dubio pro iure laborale*, que partía de la sospecha general de fraude ante cualquier prolongación de actividades “no instrumentadas a través del cauce del contrato de trabajo”.³⁶

En la doctrina laboral mexicana, Mario de la Cueva, uno de sus principales exponentes, atribuyó el carácter *expansivo*, cuando el Constituyente de Querétaro extendió la protección laboral a los “obreros, jornaleros, empleados, domésticos y, de una manera general, a todo contrato de trabajo”.³⁷ Por su parte, Alberto Trueba Urbina refiere que el proyecto inicial del artículo 123 sólo protegía y tutelaba el *trabajo económico*. Con poste-

Semanario Judicial de la Federación, Cuarta Sala, parte 151-156, Quinta parte, p. 228.

Subordinación, concepto de. La subordinación, elemento característico de la relación laboral a que se refiere el artículo 20 de la Ley Federal del Trabajo, consiste en la facultad que tiene el patrón, en todo momento dentro de las horas de la prestación del servicio, de mandar al trabajador para el desarrollo del trabajo y, correlativamente, en la obligación del trabajador de cumplir con las condiciones y exigencias del trabajo. Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito.

Semanario Judicial de la Federación, Tribunales Colegiados de Circuito, parte XI, mayo, p. 407.

³⁴ Alonso, Martín, *Enciclopedia del idioma*, México, Aguilar, 1999, t. II, D-M, p. 1932.

³⁵ Camerlynch, G. H. y Lyon-Caen, G., *Derecho del trabajo*, trad. Juan M. Ramírez Martínez, 5a. ed., Madrid, Aguilar, 1974, pp. 17 y 18.

³⁶ Alfredo Montoya Melgar, “El trabajo dependiente como categoría delimitadora del derecho del trabajo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Madrid, núm. 91, septiembre-octubre de 1998, p. 716.

³⁷ Cueva, Mario de la, *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, 6a. ed., México, Porrúa, 1980, t. I, p. 90.

rioridad fue aprobado el dictamen de la Comisión, redactado por el general Francisco J. Mújica, en el que se hizo “extensiva la protección para el trabajo en general”.³⁸ Alfredo Sánchez Alvarado sostiene, con optimismo, que día con día el derecho del trabajo va ampliando su ámbito de aplicación y vigencia, no sólo desde el punto de vista personal sino institucional, de ahí “su carácter expansivo”.³⁹ Para Néstor de Buen, el *carácter expansivo* consiste en “una tendencia a regular cada vez más relaciones, una tendencia indiscutible a expandirse”.⁴⁰ En otra parte, Héctor Santos Azuela menciona el *carácter expansivo* del derecho del trabajo vinculado a la universalidad porque su desarrollo se fue ensanchando hasta rebasar las fronteras nacionales, para “dar pauta a la vida de un ordenamiento jurídico internacional”.⁴¹ Carlos Reynoso Castillo ha incursionado, con buen éxito, en el tema y señala que la teoría laboral del siglo XX destacó diversas características del derecho del trabajo, entre ellas su *carácter expansivo*, en la que asumía que este derecho era “una especie de salvador, que intentaría cubrir con su manto protector a mayores contingentes de personas”.⁴² Roberto Muñoz Ramón prefiere designar a esta característica del derecho del trabajo con el adjetivo *prospectivo*, porque refleja “la intención finalista de esa tendencia ensanchadora”.⁴³ Ciertamente se trata de una imagen *prospectiva* de quienes auguraron —como ellos— un futuro promisorio y de acrecentamiento para el trabajo asalariado. Las imágenes observadas con el *caleidoscopio* del siglo XXI, han cambiado las perspectivas y buenos deseos de los laboristas, éstas muestran una “turbación de certidumbres”.⁴⁴ La pluralización de las tipologías normativas de la relación de trabajo, parece romper la tendencia hacia un sistema de garantías uniformes y de aplicación universal. Es necesaria una revisión de la noción jurídica de asalariado, que perdura en las entrañas de las legislaciones labora-

³⁸ Trueba Urbina, Alberto, *Nuevo derecho del trabajo*, 3a. ed., México, Porrúa, 1975, p. 210.

³⁹ Sánchez Alvarado, Alfredo, *Instituciones de derecho del trabajo*, México, 1967, t. I, vol. I, p. 210.

⁴⁰ Buen, Néstor de, *Derecho del trabajo*, México, Porrúa, 1974, t. I, p. 61.

⁴¹ Santos Azuela, Héctor, *Derecho del trabajo*, McGraw-Hill, México, 1998, p. 116.

⁴² Reynoso Castillo, Carlos, “Deslaboralización”, *Revista Alegatos*, México, núm. 45, UAM, mayo-agosto de 2000, p. 242.

⁴³ Muñoz Ramón, Roberto, *Derecho del trabajo*, México, Porrúa, 1976, t. I, p. 161.

⁴⁴ D’Antona, Massimo, “Los cambios del derecho y el problema de la subordinación en el derecho italiano”, *Revista Debate Laboral*, año II, núm. 4, San José de Costa Rica, 1989, p. 68.

les del mundo occidental; dependencia personal subordinada. Los asalariados *atípicos*, hasta ahora, quedan excluidos. Los esquemas de organización y funcionamiento de las empresas, van adoptando una “tercera generación de objetivos y responsabilidades”.⁴⁵

Sin embargo, se puede observar que las tendencias *expansivas* atribuidas a la disciplina laboral, han cambiado en las últimas décadas, “en beneficio de la ampliación de la esfera contractual civil-mercantil, al tiempo que el alcance de la presunción legal de laboralidad se reduce y casi desaparece”,⁴⁶ por causa del modelo económico predominante que ha impuesto otras reglas y ve al derecho del trabajo “como un elemento inhibitor de las economías y pretende escapar de su aplicación”.⁴⁷ En la legislación reglamentaria del trabajo en México, fue establecida la *presunción de laboralidad*, tanto en la Ley Federal de 1931, en el artículo 18 como en la Ley Federal de 1970, en el artículo 23, al establecer: “se presumen la existencia del contrato y de la relación de trabajo entre el que presta un servicio personal y el que lo recibe”. En ello consiste “la presunción laboral”.⁴⁸ La extinta Cuarta Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, expuso en sus diversas épocas, criterios judiciales de la presunción de laboralidad.⁴⁹ En México, la persistencia por evadir los efectos laborales crece y está a la vista, al margen de toda legalidad reglamentaria, porque continuamos todavía reverenciando la esencia que nos dejó el “*glamour* histórico del ar-

⁴⁵ Mückenberger, Ulrico, “Ideas para redefinir la relación de trabajo”, *OIT*, vol. 115, núm. 6, Ginebra, 1996, p. 741.

⁴⁶ Montoya Melgar, Alfredo, *op. cit.*, nota 26, p. 717.

⁴⁷ Reynoso Castillo, Carlos, *op. cit.*, nota 42, p. 242.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 91.

⁴⁹ Cuarta Sala, Sexta Época, *Semanario Judicial de la Federación*, XXV, Quinta Parte, p. 56. “Se presume la existencia del contrato de trabajo entre el que presta un servicio personal y el que lo recibe”. XLVI, Quinta Parte, p. 15, “La admisión por parte de los patrones de la prestación de servicios personales, los coloca dentro de la presunción de laboralidad”. XLVI, Quinta Parte, p. 15, “Ante la negación de toda relación laboral corresponde al trabajador demostrar que ha prestado servicios en la negociación, para presumir la existencia del contrato de trabajo”. Tribunales Colegiados de Circuito, octava época, XI-abril, p. 302. “La presunción legal de la existencia de la relación laboral no es de breve duración sino continuada. Por regla general el contrato de trabajo crea vínculos de duración indefinida; es claro que la presunción legal de su existencia deba subsistir”. Segunda Sala, novena época, *Semanario Judicial de la Federación*, II agosto de 1995, Tesis 2a/J.38/95, p. 174, “Cuando el patrón niega la relación laboral sin exhibir los documentos relativos, debe hacerse efectiva la presunción que como sanción a dicha omisión establece la legislación laboral”.

título 123”.⁵⁰ La noción de protección al contratante más débil languidece. El principio de *norma más favorable*, observa un relativo desvanecimiento, “ha comenzado a perder peso como criterio de ordenación del sistema laboral”.⁵¹ El Poder Judicial mexicano, ha sostenido el criterio, en diversas tesis, que en “caso de duda, prevalecerá la interpretación más favorable al trabajador”.⁵²

Las potencialidades de la metamorfosis de nuestra materia, le otorgan la capacidad de adaptación a la realidad socioeconómica, pero también la crisis que vive en parte este derecho, se encuentra “ligada a su excesiva *expansión* ... hasta que exista el hombre habrá trabajo y hasta que haya trabajo, habrá reglas que deberán disciplinar las relaciones”.⁵³ Es necesario redistribuir las tutelas actualmente concentradas sobre el trabajo subordinado, para transferir al trabajo, sin adjetivos, un suelo mínimo; es urgente “reivindicar el trabajo que no hay”.⁵⁴

La *deslaboralización*, como “proceso de exclusión del sistema de tutelas jurídico-laboral”⁵⁵ y la sustitución por otro complejo de reglas, que han propiciado su *huida* involuntaria. En ella han intervenido diversos factores como: la sociedad tecnológica, el proceso privatizador y la liberalización comercial, esta última se ha convertido en una especie de “monstruo *vilipendiado*”,⁵⁶ por casi todos. Pero, además, esta huida hacia el derecho privado ha significado, en realidad, una “huida de todo el

⁵⁰ Reynoso Castillo, Carlos, “Los atentados al contrato de trabajo”, *¿Hacia un nuevo derecho del trabajo?*, México, UNAM, 2003, p. 80.

⁵¹ Mercader Uguina, Jesús R., “La silenciosa decadencia del principio de norma más favorable”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Madrid, núm. 109, enero-febrero de 2002, p. 22.

⁵² Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, séptima época, 66 Sexta Parte, p. 33. “En caso de duda prevalecerá la interpretación más favorable al trabajador. Los preceptos indicados se refieren a la aplicación inmediata de las normas favorables y a la duda sobre su interpretación por los Tribunales, en beneficio del trabajador”. 91-96 Sexta parte, p. 120 y Parte III, abril de 1996, Tesis I.3o.T.20 L, p. 439.

⁵³ Rusciano, Mario, *Los nuevos perfiles del derecho del trabajo del 2000*, p. 215.

⁵⁴ Romagnoli, Umberto, *Redefinir las relaciones entre trabajo y ciudadanía: el pensamiento de Massimo D'Antona. Nuevos escenarios para el derecho del trabajo: familia, inmigración y noción de trabajador*, Madrid, Marcial Pons, 2001, p. 315.

⁵⁵ Antonio Baylos, “La huida del derecho del trabajo: tendencias y límites de la deslaboralización”, *El trabajo ante el cambio de siglo: un tratamiento multidisciplinar*, Madrid, Marcial Pons, 2000, p. 36.

⁵⁶ K. Ghose, “La liberalización comercial, el empleo y la desigualdad en el mundo”, *Revista de la OIT*, vol. 119, núm. 3, Ginebra, 2000, p. 311.

derecho”.⁵⁷ De nueva cuenta, el derecho privado ha invadido las fronteras, sin respetar límites, para intervenir en las relaciones jurídicas que le pertenecen al derecho laboral. Así lo demuestran los hechos que “son más tozudos que los propios razonamientos jurídicos”.⁵⁸

V. EL PLENO EMPLEO: ¿UNA ASPIRACIÓN FRUSTRADA?

El pleno empleo ha sido una preocupación persistente en la política social de algunos gobiernos, la fatalidad de la crisis ha impedido hasta ahora su plena realización, sin que por ello deje de ser “una de las máximas aspiraciones del hombre”,⁵⁹ ni pierda el carácter de un deber jurídico para el Estado impuesto por la “constitución de los poderes públicos”,⁶⁰ aun cuando la pretensión del *pleno empleo* pueda resultar “constitucionalmente inalcanzable”.⁶¹

El concepto del *pleno empleo* entraña la exigencia de que todo individuo capaz de trabajar pueda tener acceso a la ocupación que es, como diría U. Romagnoli en su elegante y eufónica forma literaria “el trabajo vestido de fiesta”.⁶² La actualización del concepto *pleno empleo* es, quizás, la 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”.⁶³

En los países prósperos 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 mun-

⁵⁷ Bacigalupo Saggese, Mariano, “El derecho público ante la privatización y liberación de los servicios de interés general: repliegue o transformación”, *Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 16, 2000, p. 161.

⁵⁸ Castillo Blanco, Federico, “Las problemáticas fronteras entre el derecho laboral y el derecho administrativo: a propósito de los contratos temporales en el sector público”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, Madrid, abril-junio de 1995, p. 194.

⁵⁹ Buen Lozano, Néstor de, “Desempleo y concertación social”, *Revista del Instituto Iberoamericano de Seguridad Social*, Madrid, núm. 1, enero-abril de 1994, p. 119.

⁶⁰ Peña Pinto, Marcos, “Políticas activas y protección al desempleo”, *Presupuesto y Gasto Público*, Madrid, núm. 14, 1995, p. 133.

⁶¹ Koch, Claus, “La civilización del desempleo”, *Letra*, núm. 37, Madrid, marzo-abril de 1995, p. 46.

⁶² Romagnoli, Umberto, *El derecho, el trabajo y la historia*, trad. Marina Tomadini, 1a. ed., Madrid, Consejo Económico y Social, 1997, p. 37.

⁶³ Oficina Internacional del Trabajo, *El empleo en el mundo 1996-1997*, Ginebra, OIT, 1996, pp. 48 y 49.

do ocurre un fenómeno nuevo “un crecimiento sin nuevos empleos”.⁶⁴ Esto es, aunque aumenta la producción, el número de ocupaciones no se incrementa.

La ocupación plena no significa la inexistencia de la desocupación, sino que ésta se reduce a periodos cortos, con la posibilidad de que el trabajador podrá reintegrarse al desempeño de su antiguo oficio, en breve plazo. Ésta era una de las preocupaciones de William H. Beveridge, quien pensaba que “la desocupación individual no debe durar un intervalo de tiempo mayor”.⁶⁵ 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, a partir de 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, caracterizada por “una regulación disminuida de las condiciones de trabajo”.⁶⁶ La ironía de los progresos científicos, nos hace acudir con asombro, a la novedosa era de “crecimientos sin nuevos empleos”,⁶⁷ ante una sociedad impaciente que urge a sus gobernantes la creación de puestos de trabajo, pero tal parece que éstos han excluido del temario y discurso político el vocablo *empleo*.

VI. 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”.⁶⁸ Éste 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”.⁶⁹

⁶⁴ *Ibidem*, p. 23.

⁶⁵ Beveridge, William H., *La ocupación plena*, versión española de Raúl Velasco Terres, México, FCE, 1947, p. 23.

⁶⁶ Oficina Internacional del Trabajo, *op. cit.*, nota 63, p. 16.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 16.

⁶⁸ Córdova, Efrén, “Del empleo total al trabajo atípico: ¿hacia un viraje en la evolución de las relaciones laborales?”, *Revista Internacional del Trabajo*, Ginebra, vol. 105, núm. 4, OIT, octubre-diciembre de 1986, p. 432.

⁶⁹ *Idem*.

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.

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 prueban la eficacia de la legislación laboral. A partir de la década de los ochenta comenzaron a proliferar con mayor frecuencia las formas atípicas “en la dura realidad de las calles”,⁷⁰ 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 a algunos de sus efectos más rigurosos”.⁷¹ 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 exigencia 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 han sido planteadas por las nuevas formas de trabajo en las últimas décadas del siglo XX en el que “el derecho del trabajo tropezó de golpe con los cambios tecnológicos y la crisis económica”.⁷² Los efectos de estos impactos hicieron renacer sin cesar modalidades de empleo, “lamentables y condenables”,⁷³ las cuales sirvieron 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”⁷⁴ —como diría Romagnoli— para

⁷⁰ Buen Lozano, Néstor de, “La lucha contra el desempleo”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XIX, núm. 56, mayo-agosto, México, UNAM, 1986, p. 470.

⁷¹ Córdova, Efrén, *op. cit.*, nota 68, p. 431.

⁷² Javillier, Jean-Claude, “Pragmatismo e innovación en el derecho internacional del trabajo”, *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 113, núm. 4, Ginebra, 1994, p. 562.

⁷³ *Ibidem*, p. 563.

⁷⁴ Romagnoli, Umberto, *El derecho, el trabajo y la historia*, trad. Marina Tomadini, Madrid, CES, 1997, p. 563.

crear mecanismos cuya finalidad encubierta consiste en 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”.⁷⁵

Las relaciones atípicas comprenden trabajadores informales, por cuenta propia, a distancia, de sustitución temporal, de obra clandestina, “totalmente al margen de la ley”.⁷⁶

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 organización del trabajo y negocios.

La reducción del tiempo del trabajo que voluntariamente realizaban desde hace años, mujeres, menores, estudiantes y jubilados, aparece ahora como una alternativa frecuente de empleo, impuesta por la necesidad de redistribuir el tiempo de trabajo, surgieron los *contratos de solidaridad* en 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 servicios específicos, los trabajos cíclicos o de temporada, los eventuales y 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*.

VII. SIMULACIÓN DE LAS RELACIONES DE TRABAJO

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”.⁷⁷ También es la “alteración aparente de la causa, la índole o el

⁷⁵ Reynoso Castillo, Carlos, “Contratación precaria”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, año XXIII, núm. 68, mayo-agosto de 1990, p. 538.

⁷⁶ Hernández Rueda, Lupo, “Actualidades del derecho del trabajo”, *Cuestiones laborales. Homenaje al maestro Mozart Víctor Russomano*, México, UNAM, 1988, p. 414.

objeto verdadero de un acto o contrato”.⁷⁸ 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).⁷⁹ Cuando se otorga un contrato simulado, se procura que “la máscara esté lo mejor hecha posible”.⁸⁰ 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”.⁸¹ El dato que caracteriza a la simulación es una disconformidad entre lo declarado y lo realmente querido por las partes, “una declaración engañosa, falsa y una voluntad cierta pero oculta, no manifiesta”.⁸²

Es elemento esencial de la simulación del contrato, que la “falsa apariencia cause perjuicio a terceros”;⁸³ en él se funda le legitimación para el ejercicio de la acción de nulidad del acto simulado. Este es el criterio que adopta el Código Civil para el Distrito Federal, 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”.⁸⁴ 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.

En la simulación de un negocio jurídico intervienen: 1. Una declaración deliberadamente disconforme con la intención. 2. El acuerdo simulatorio entre los otorgantes. 3. La intención de engañar a terceros.⁸⁵ La simulación es “el resultado de un acuerdo entre los contratantes”,⁸⁶ sin él, sólo “sería aparente y no producirá efectos”.⁸⁷ En el mismo sentido, F. Messineo ex-

⁷⁷ Alonso, Martín, *Enciclopedia del idioma*, México, Aguilar, 1991, t. III, N-Z, p. 3781.

⁷⁸ *Idem*.

⁷⁹ Mans Puigarnau, Jaime M., *Los principios generales del derecho*, Barcelona, Bosch, 1979, p. 444.

⁸⁰ Hernández Gil, Antonio, *Obras completas*, t. III, Madrid, Espasa-Calpe, 1988, p. 615.

⁸¹ Galindo Garfias, Ignacio, *Teoría general de los contratos*, México, Porrúa, 1996, p. 409.

⁸² *Ibidem*, p. 392.

⁸³ *Ibidem*, p. 393.

⁸⁴ Ferrara, Francisco, *La simulación de los negocios jurídicos*, trad. Rafael Atard y Juan A. de la Puente, Madrid, Librería general de Victoriano Suárez, 1926, p. 60.

⁸⁵ *Cfr.* Ferrara, Francisco, *op. cit.*, nota 84, p. 61.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 65.

⁸⁷ Galindo Garfias, Ignacio, *op. cit.*, nota 81, p. 393.

presa 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”.⁸⁸

En cuanto a la simulación de los actos jurídicos, el Código Civil para el Distrito Federal, 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 simulado 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 a 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 las energías utópicas”⁸⁹ 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”.⁹⁰ Las apariencias demuestran ahora, que asistimos a una mayor “variabilidad del tipo legal del contrato de trabajo”.⁹¹ 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”.⁹² 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”.⁹³ El derecho del trabajo habrá de extenderse para

⁸⁸ Messineo, F., *Manual de derecho civil y comercial*, trad. Santiago Sentis Melendo, Doctrinas Generales, Buenos Aires, EJE, 1954, t. II, p. 447.

⁸⁹ Meda, Dominique, *El trabajo*, Barcelona, Gedisa, 1998, p. 231.

⁹⁰ *Idem*.

⁹¹ Monereo Pérez, José Luis, *Algunas reflexiones sobre la caracterización técnica jurídica del derecho del trabajo*, Madrid, Civitas, 1996, p. 93.

⁹² 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, Barcelona, Marcial Pons, 2000, p. 202.

⁹³ Monereo Pérez, José Luis, *op. cit.*, nota 91, p. 96.

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”.⁹⁴ Es oportuno evocar a L. Mengoni, quien afirma “en realidad no existe el trabajo, sino hombres que trabajan”.⁹⁵ En el mismo sentido Ripert expresó: “el trabajo es el hombre mismo en su cuerpo y en su espíritu”.⁹⁶ La simulación del vínculo jurídico-laboral, “ha desbordado la imaginación creativa para evitar lo que en circunstancias normales debiera permitir la aplicación de la legislación laboral”.⁹⁷

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 comercial distinto”.⁹⁸ Con la finalidad de “no celebrar negocio alguno (simulación absoluta) o celebrar otro distinto al aparente (simulación relativa)”.⁹⁹

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”.¹⁰⁰ 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 denomina-*

⁹⁴ Casas Bahamonde, María Emilia, *op. cit.*, nota 92, p. 204.

⁹⁵ Mengoni, L., *Le contrat de travail en droit italien*, CECA, Eurolibri, 1966, p. 421.

⁹⁶ Ripert, G., *Les forces créatrices du droit*, París, LGDJ, 1955, p. 276.

⁹⁷ Reynoso Castillo, Carlos, “Los atentados al contrato de trabajo”, *¿Hacia un nuevo derecho del trabajo?*, México, UNAM, 2003, p. 81.

⁹⁸ Valverde, Antonio Martín *et al.*, *Derecho del trabajo*, 9a. ed., Madrid, Tecnos, 2000, p. 494.

⁹⁹ *Enciclopedia Jurídica Básica*, t. IV, PRO-ZON, Madrid, Civitas, 1994, p. 6217.

¹⁰⁰ Palomeque López, Manuel Carlos y Álvarez de la Rosa, Manuel, *Derecho del trabajo*, 9a. ed., Madrid, Centro de Estudios Román Areces, 2001, p. 657.

ción”. 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*. Esta regla no ha sido suficiente para lograr una auténtica identidad laboral ni ha podido evitar que el derecho civil y el mercantil, invadan sus fronteras. Porque los efectos de la mundialización, de la competencia entre las economías y las nuevas formas productivas, generan profundas mutaciones en los actores de la escena y en las funciones del derecho del trabajo, para “alterar sus rasgos característicos y su fisonomía”.¹⁰¹ Los límites se borran, un trabajador globalizado pierde la referencia de pertenecer a una comunidad histórica en la medida en que la economía se hace más abstracta, desaparece del horizonte la función social que debe regirla. ¿Cómo superar esta pérdida de identidad, hacia el mundo del trabajo? La OIT ha propuesto, con insistencia, retornar a las formas de trabajo en las que los hombres y mujeres puedan conseguir “*un trabajo decente*, en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad humana”.¹⁰² Para ello será necesario elaborar, ensayar y divulgar planteamientos innovadores que habrán de “construir las bases del *trabajo decente*”.¹⁰³

Mientras tanto, los empresarios intentan configurar una *ética de empresa (business ethics)*, en la que pretenden proclamar principios abstractos: excelencia, tolerancia, lealtad, sinceridad, solidaridad. Principios que en nada se traducen y que simplemente buscan una imagen agradable de la misma empresa, pero que sí regulan el comportamiento, allí donde la ley laboral no tiene acceso. La empresa se convierte en un “policía moral, que llega allí donde no llega el Estado”.¹⁰⁴ El código ético de la empresa, ha sustituido a la *acción buena*, espontánea. Las empresas absorben al hombre, hasta el punto que pueden modular artificialmente su espíritu, educar sus emociones e, incluso, invadir su vida familiar. Todo ello, “bajo capa de ética de empresa”.¹⁰⁵

¹⁰¹ Verge, Pierre y Vallé, Fuyllaine, *Un droit du travail? Essai sur la spécificité du droit du travail*, Canadá, Les Éditions Yvon Blais, 1997, p. 171.

¹⁰² Hepple, Bob, “Igualdad, representación y participación para un trabajo decente”, *Revista Internacional del Trabajo*, Ginebra, OIT, 2001, p. 5.

¹⁰³ Egger, Philippe, “Perspectivas”, *Revista Internacional del Trabajo*, Ginebra, OIT, 2002, p. 187.

¹⁰⁴ Barraycoa, Javier, *El trabajador inútil. Reinventando el proletariado*, Barcelona, Inescopi, 1999, p. 112.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 114.

VII. CONTRATACIÓN PRECARIA Y SUS MODALIDADES

Ante la ineficiencia del modelo económico adoptado por los gobiernos pigmentados con los tintes neoliberales y el furor frenético del libre mercado, que han impactado en el empleo, surgen formas atípicas, clandestinas, al margen de la ley, por tanto ilícitas, con firmes propósitos de expulsar al trabajo de la economía formal, creando formas ingeniosas y fraudulentas de contratación que escapan de los efectos que produce la ley laboral. La intención encubierta consiste en inducir hacia la *deslaborización*. Esta exclusión normativa intenta “descodificar jurídicamente la realidad social”.¹⁰⁶ La fuga del derecho del trabajo de estas relaciones produce desregulación, individualización y desindicalización, es decir, trabajo precario. En suma puede decirse que también han contribuido a la precarización la utilización indiscriminada de las nuevas tecnologías de la información “contaminadas” por la productividad, la deslocalización del trabajo, un claro ejemplo lo constituye el *outsourcing* y el teletrabajo.

1. *El trabajo a tiempo parcial en el convenio 175 de la OIT*

En la actualidad los desequilibrios crecientes que impactan en la contratación y el empleo, han modificado las estructuras y la organización del trabajo, estos efectos obedecen a diversas causas. Una de ellas es la mundialización de la economía, la cual busca mano de obra barata, no hay que olvidar que los capitales también viajan. La otra es el impacto de las nuevas tecnologías sobre las formas de organizar el trabajo, que precipitan acontecimientos para transformar el escenario laboral e inaugurar “un modelo mucho más flexible de los procesos productivos”,¹⁰⁷ y apresuran la marcha de los cambios en los diversos ámbitos de la vida social.

La inclusión de nuevas modalidades en la contratación, elevaron al rango de Convenio Internacional de OIT, jornadas segmentadas debido a la necesidad o imperativo mundial por recuperar el empleo. Así surgieron los trabajadores a tiempo parcial, con jornadas inferiores a las que común-

¹⁰⁶ Baylos, Antonio, “La huida del derecho del trabajo: tendencias y límites de la deslaborización”, *El trabajo ante el cambio de siglo: un tratamiento multidisciplinar*, Madrid, Marcial Pons, 2000, p. 35.

¹⁰⁷ Espiricuetto Islas, María Esther, “La innovación tecnológica en la organización del trabajo”, *Sicori, Boletín Mensual*, Pemex, febrero de 1997, p. 5.

mente desempeñan quienes ocupan puestos con mayor estabilidad laboral, gozan del derecho de sindicación, negociación colectiva y seguridad y salud en el trabajo. Pero, es evidente que la falta de permanencia en el empleo, los imposibilita para adquirir derechos que sólo se generan por el tiempo o antigüedad.

Por tales circunstancias, la Conferencia General de la OIT adoptó el convenio 175, con fecha 24 de junio de 1994, cuya finalidad consistió en establecer la figura del trabajo a tiempo parcial, con esta expresión es designado “todo trabajador asalariado cuya actividad laboral tiene una duración normal inferior a la de los trabajadores a tiempo completo (artículo 1, inciso a, del Convenio 175).

Por la urgente e inaplazable necesidad de crear nuevos empleos y reactivar el crecimiento económico, para erradicar la endemia creciente del desempleo y la precariedad en la contratación, surgen modalidades que intentan cumplir una función nueva, para mejorar y garantizar condiciones más justas, que repartan “recursos y riquezas creadas por el trabajo”.¹⁰⁸

2. Teletrabajo

La utilización de las nuevas tecnologías de la información, por parte del empresario pueden contribuir a perfeccionar y ampliar el ejercicio práctico de su *poder de dirección* y de control de la actividad de sus trabajadores: instalación de videos, control a través de la computadora que el trabajador utiliza, todo ello puede implicar determinados cambios en las condiciones de trabajo, consistentes muchas veces, en el aumento del *estrés* laboral, como consecuencia de una vigilancia continua o de un control demasiado estricto. Estas condiciones de trabajo informatizadas y “contaminadas” por la productividad impresionante de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, afectan a menudo la salud del trabajador. Surgen nuevas enfermedades de la vista, producidas por el trabajo prolongado ante la pantalla de una computadora, una mayor frecuencia de las enfermedades cervicales, un aumento del *estrés*.

La utilización de las nuevas tecnologías, ha producido novedades de cierta importancia, en la aparición de una variada fenomenología de cau-

¹⁰⁸ Laperrière, René, *Droits du travail et commerce international*, Departament des sciences juridiques, UQAM, Les Éditions Yvon Blais, 1995, p. 122.

sas de despido, que tienen como denominador común, la mala utilización —real o presunta—, de los medios que el empresario pone a disposición del trabajador para su actividad laboral: llamadas particulares desde el teléfono móvil de la empresa, “navegación” inadecuada por Internet, uso del correo electrónico del ordenador de la empresa, etcétera.

¿Cuáles son los factores que han motivado el crecimiento del trabajo autónomo? La *terciarización* de la economía, esto es, el progresivo aumento del sector terciario, que desborda en número al de los empleados del sector industrial y que progresivamente penetra en otros sectores. En el sector terciario, las prestaciones suelen ser llevadas a cabo por trabajadores muy cualificados, en “una especie de *parautonomía* o subordinación débil o difusa”.¹⁰⁹ El alto grado de cualificaciones de estos trabajadores, posibilita la desaparición del control o subordinación a las directrices empresariales de manera que el cómo, el cuándo y el dónde, se presta el trabajo, dejan de ser elementos relevantes.

A principios de los años setenta, *Jack Nills*, auténtico pionero en el estudio y desarrollo del *teletrabajo*, acuñó el término *telecommuting*, en Estados Unidos, el cual ha predominado sobre la denominación inglesa *telework*, por su parte los franceses, en su pretensión por descolonizarse lingüísticamente, han traducido la expresión de *Nills* por *telegendulaire*.

El *teletrabajo* es “una forma de trabajo desarrollada por cuenta de un empresario o un cliente, utilizando tecnología informática o de las telecomunicaciones”.¹¹⁰

¹⁰⁹ Revilla Esteve, Eugenia, *La noción de trabajador en la economía globalizada*, Navarra, Aranzadi, 2003, p. 277.

¹¹⁰ Blainpain, R., *The Legal and Contractual Situation of Teleworkers in the Member States of the European Foundation*, Dublín, pp. 8 y 9.

Véase Barrios, Chistian y Muñoz, Pedro, *Teletrabajo*, Madrid, Dolmen Ediciones, 1996; Antonio Padilla Meléndez, *Teletrabajo*, Madrid, RA-MA Ediciones, 1998; Barreira, Edmundo, *Trabajar en la sociedad de la información*, Madrid, Fundación Universidad-Empresa, 1999; Sellas i Benvingut, Ramón, *El régimen jurídico del teletrabajo en España*, Navarra, Aranzadi, 2001; Gray, Mike *et al.*, *El teletrabajo*, Madrid, Fundación Universidad-Empresa, 1995; Thibault Aranda, Javier, *El teletrabajo*, Madrid, Consejo Económico Social, 2000; Muñoz de Bustillo Llorente, Rafael, *Nuevos tiempos de actividad y empleo*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003; Associazione di Diritto del Lavoro e della Sicurezza Sociale, *Impresa e nuovi modi di organizzazioni del lavoro*, Milán, Giuffrè-Editore, 1999; Calles, Martha Alicia, *Empleo, discriminación, teletrabajo y otras temáticas*, Córdoba, Argentina, Ediciones Macchi, 1999; Ortiz Chaparro, Francisco, *El teletrabajo*, Madrid, McGraw-Hill, 1997; Alarcón Caracuel, Manuel Ramón *et al.*, *Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y derecho del*

El *teletrabajador* no acude al centro de trabajo tradicional: a la empresa, a la oficina. El lugar de realización de trabajo puede ser: el domicilio personal, el telecentro, el propio vehículo utilizado por el *teletrabajador* para visitar clientes. El trabajo es “ejecutado fuera del lugar en el que se evalúan sus resultados”.¹¹¹ Además, el empleador no tiene la posibilidad física de observar la ejecución del trabajo.

El *teletrabajo* es “trabajo a distancia utilizando las telecomunicaciones”.¹¹² El trabajo a distancia se desarrolla para una empresa o institución, sin acudir al centro de trabajo tradicional. La utilización del teléfono, fax, redes de área local, satélites, red digital, correo electrónico, audio o videoconferencia. Por tal circunstancia si no se utilizan “las telecomunicaciones, no hay teletrabajo”.¹¹³ El *teletrabajo* es una decisión empresarial orientada a “incrementar la productividad con escasísima inversión de capital, reduciendo drásticamente los costos y mejorando el servicio al cliente”.¹¹⁴

Como puede observarse, esta modalidad laboral ocasiona *ventajas* y *desventajas* para quienes participan en ella, a este respecto nos ilustra el autor Patrizio di Nicola.¹¹⁵

trabajo, Alicante, Bomarzo, 2004, también del mismo autor, *El trabajo ante el cambio de siglo: un tratamiento multidisciplinar*, Madrid, Marcial Pons, 2000; Antonio Barrero Fernández, *El teletrabajo*, Madrid, Ágata, 1999.

¹¹¹ Barrero Fernández, Antonio, *El teletrabajo*, Madrid, Ágata, 1999, p. 14.

¹¹² Ortiz Chaparro, Francisco, *El teletrabajo*, Madrid, McGraw-Hill, 1997, p. 38.

¹¹³ *Ibidem*, p. 39.

¹¹⁴ Barrios, Christian y Muñoz, Pedro, *Teletrabajo*, Santiago de Chile, Dolmen Ediciones, 1996, p. 94.

¹¹⁵ Nicola, Patrizio di, *Il nuovo manuale di lavoro*, 2a. ed., Milán, Ed. SEAM, 1999, p. 26. Él encuentra *ventajas* para el *teletrabajador*: a) Disminución del tiempo dedicado a los desplazamientos; b) Trabajo según la propia disponibilidad; c) Aumento del tiempo libre; d) Control por objetivos; e) Mayor acercamiento a la familia y amigos; f) Libre selección del puesto; pero también señala las siguientes *desventajas*: a) Aislamiento, reducción de la vida racional externa; b) Disminución del tiempo libre (Síndrome del *workaholic*); c) Menor dirección y ayuda en el trabajo; d) Mayor acercamiento a la familia y amigos; e) Reducción de la distinción espacial entre casa y oficio.

De igual manera observa ciertas *ventajas* para la empresa: a) Aumento de la productividad; b) Disminución de los costos y de las dimensiones empresariales; c) Mayor motivación de los dependientes; d) Reducción del número y roles de jefes intermedios; e) Menores espacios para arrendar de los inmuebles; f) Mayor flexibilidad organizativa. Menciona diversas *desventajas* para la empresa, entre ellas: a) Dificultad en la gestión de los trabajadores distantes; b) Reorganización cultural de los procesos empresariales; c) Diversos contratos de trabajo y de gestión; c) Conflictualidad con los jefes intermedios; d) Mayores espacios para aparatos de telecomunicaciones; e) Redistribución de la organización empresarial.

La utilización de nuevas tecnologías produce formas ingeniosas que evaden en la mayoría de los casos los efectos de las normas laborales y al margen de ella surgen modalidades que impone la realidad social.

3. *Autoempleo*

El *autoempleo* surge como una alternativa ocupacional para quienes tuvieron un empleo y lo perdieron por diversas causas, para reinsertarse en la “actividad económica, por una o varias personas, con el objetivo fundamental, de conseguir con ello una ocupación”.¹¹⁶

El *autoempleo individual* consiste en la puesta en marcha de una actividad productiva o profesional por parte de una persona. El *autoempleo colectivo*, o el empleo asociado consiste en la asociación del trabajo de varios emprendedores, a través de la constitución de una sociedad que será la titular de la empresa y dará empleo a los socios.

Existen diversas hipótesis acerca del autoempleo, las cuales pueden resumirse en: a) *Empleo refugio*, es decir, durante las fases depresivas serviría de *refugio* “para los desempleados procedentes de otras situaciones profesionales”;¹¹⁷ b) *Autoempleo* como mecanismo de *transición en el trabajo*, aquí pueden canalizarse gran parte de los desempleados, quienes posteriormente podrán reingresar al empleo asalariado; c) *Cambio sectorial*, producido por los efectos de *terciarización* en la economía que pueden ser favorables al ámbito profesional; d) *Las nuevas formas de trabajo*.

Desde la *perspectiva empresarial* se piensa que la existencia de formas flexibles en la organización del tiempo de trabajo incrementarían la productividad y la competitividad; desde la perspectiva de la *política económica* se ha considerado que la flexibilidad era una manera de crecer más y crear más empleo; desde la visión del *consumidor* se pensó que la existencia de menor rigidez en los horarios comerciales mejorarían la comodidad de la compra y la calidad del tiempo libre. Curiosamente la perspectiva menos tomada en cuenta en la mayoría de estos debates, es la de los protagonistas, es decir, “la de los propios trabajadores”.¹¹⁸

¹¹⁶ García Jiménez, Manuel, *Autoempleo y trabajo asociado*, Córdoba, España, Ediciones de la Universidad de Córdoba, 2001, p. 14.

¹¹⁷ Cuadrado Roura, Juan R., *Empleo autónomo y empleo asalariado*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2004, p. 16.

¹¹⁸ Muñoz de Bustillo Llorente, Rafael, *Nuevos tiempos de actividad y empleo*, Madrid, Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, p. 363. Preguntándoles “su grado

IX. REFLEXIÓN FINAL

Los *augures* apocalípticos imaginan y reproducen en sus discursos las peores catástrofes para el trabajo y su derecho, preludian su desaparición o muerte, aunque olvidan que puede haber reapariciones, transformaciones y por qué no, resurgimiento.

Los avances tecnológicos inducen a una creciente reducción o eliminación del trabajo humano directo. En pocos años han nacido y desaparecido diversas figuras profesionales, pero mientras exista el hombre habrá trabajo, en tanto haya trabajo habrá normas para regular estas relaciones. La justicia social pide eficacia, ésta no puede concebirse, sin respeto por el hombre, sin dimensión humanista. En nuestras sociedades actuales, los objetos y las marcas se exhiben más que los deberes jurídicos y morales, los requerimientos materiales —desafortunadamente—, predominan sobre la obligación humanitaria, las necesidades sobre la virtud y el bienestar sobre el bien. La solidaridad ha sido reemplazada por la seducción, el bienestar se ha convertido en Dios y la publicidad, en su falso profeta.

El trabajo y su derecho continuarán con pasos firmes en su larga travesía, porque éstos no pueden hacer retroceder su corriente caudalosa, para regresar su historia hacia atrás.

de satisfacción al respecto”. Ritter, Joseph A. y Anker, Richard, “Buenos y malos trabajos”, *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 121, núm. 4, 2002, p. 367.