

# LA BUENA FE EN EL TRABAJO: ¿UN PRINCIPIO QUE SE DIFUMINA?<sup>1</sup>

JOSÉ MANUEL LASTRA LASTRA  
Investigador. Catedrático<sup>2</sup>  
*Universidad Nacional Autónoma de México*

ÍNDICE: 1.- Introducción. 2.- Ideas generales. 3.- La buena fe objetiva. 4.- La buena fe subjetiva. 5.- El objeto del vínculo laboral. 6.- Paradojas del vínculo contractual. 7.- La simulación del contrato. 8.- Simulación en las relaciones de trabajo. 9.- La condición de licitud en el objeto de los contratos y las relaciones de trabajo. 10.- Fraude a la ley. 11.- Abuso del derecho. 12.- La huida del derecho del trabajo. 13.- ¿Hacia la transformación o difuminación del ámbito de aplicación de las leyes laborales?. 14.- Reflexión final.

INDEX: 1.- Introduction. 2.- General ideas. 3.- The objective good faith. 4.- The subjective good faith. 5.- The object of the workplace relationship. 6.- Paradoxes of the contractual relationship. 7.- The simulation of the contract. 8.- Simulation in work relations. 9.- The condition of legality in the aim of contracts and in work relations. 10.- Fraud in law. 11.- Misuse of law. 12.- The escape of the Labour law. 13.- Toward the transformation or stumped of the environment of application of the labour laws?. 14.- Final reflection.

PALABRAS CLAVE: Buena fe • simulación de ley • fraude de ley • abuso del derecho

KEY WORDS: Good faith • law simulation • fraud in law • misuse of law

## 1. INTRODUCCIÓN

La subordinación en las relaciones de trabajo ocupó un lugar importante en la escenografía, que el perfil y la silueta del derecho laboral proyectó durante mucho tiempo. Esta imagen representó el símbolo de una relación jurídica en la que la voluntad del trabajador quedó sometida a la del empleador por medio de un con-

<sup>1</sup> El autor evoca, con emoción, el grato encuentro mantenido, con ocasión de la defensa de la tesis doctoral de la Dra. Villasana Rangel, con los destacados miembros del claustro docente: Dr. Juan Antonio Carrillo Salcedo, Dr. José Ortiz Díaz, Dra. Concepción Barrero Rodríguez, Dr. Jesús Jordano Fraga, Dr. Eduardo Gamero Casado y con el Dr. Manuel Gómez del Castillo y Gómez. A ellos dedico estas reflexiones.

<sup>2</sup> Investigador de Tiempo Completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. Catedrático en las Facultades de Contaduría y Administración y en Derecho, Premio UNAM en Docencia 2002, Investigador Nacional.



trato, cuyo vínculo ocultó una relación de poder en el trabajo, lo cual limitó y excluyó de su ámbito otras actividades que el derecho privado supo incluir y reglamentar con ingenio.

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 camino bien intencionado y recto de la buena fe y la justicia social, que no han dejado de iluminar la senda de la esperanza por la que transitan millones de seres humanos, en la que el péndulo de la vida se mueve con lentitud.

Aún quedan espacios por reconstruir para la dignidad humana que exige coherencia y equilibrios, imaginación para actuar con rectitud y buena fe, para evitar caer en el abismo o, peor aun, que nos suceda lo que a *Tántalo*, personaje mitológico, a quien por su conducta errónea *Zeus* le impuso el castigo de quedar sumergido en un lago con el agua hasta la barba, sin poder saciar su sed...

Es urgente y necesario reivindicar al trabajo que se ha convertido en un bien escaso o que no hay, porque quien no trabaja, no tiene y no es.

## 2. IDEAS GENERALES

El vocablo *fides* (*fido*, *fidus*), significa seguro, fiel, leal, sincero. *Fidelis*, fiel, leal, es decir, “que inspira confianza”.<sup>3</sup> Consiste también en el “modo sincero y justo con que uno procede en los contratos sin tratar de engañar a la persona con quien lo celebra”.<sup>4</sup> En todas las instituciones jurídicas subyace el principio de la *buena fe*, tiene suma importancia en materia de interpretación de la ley, de los contratos, la posesión y la prescripción. Es la “sincera convicción de creer que la cosa es suya”.<sup>5</sup> Es un principio rector de “todos los actos jurídicos”.<sup>6</sup> Sus imperativos éticos de estricta moral deben ser admitidos como “supuesto de todo ordenamiento jurídico”.<sup>7</sup> En el orden de la dignidad y jerarquía de los valores jurídicos, ha de ubicarse en la esfera de un valor fundamental, porque implica la “presencia de vivencias axiológico-jurídicas de comunidad”.<sup>8</sup> Por ello, con justeza

<sup>3</sup> Agustín Blásquez Fraile, *Diccionario latino español*, Barcelona, Editorial Ramón Sopena, 1946, p. 472.

<sup>4</sup> Joaquín Escriche, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, t I., Bogotá, Temis, 1977, p. 749.

<sup>5</sup> Nelson Nicolliello, *Diccionario del latín jurídico*, Barcelona, Bosch Editor, 1999, p. 41.

<sup>6</sup> José Alberto Garrone, *Diccionario jurídico*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, t I., 1986, p. 178.

<sup>7</sup> *Enciclopedia jurídica Omeba*, t II, Buenos Aires, 1955, p. 405.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 406.

expresaría Cicerón, la *buena fe* es “el fundamento de la justicia (*fundamentum iustitiae est fides*)”.<sup>9</sup>

Obrar de *buena fe* implica “valorar con signo axiológico positivo, la conducta de un sujeto”,<sup>10</sup> que “cumple con sus deberes, no comete en ellos fraudes ni inmoralidades”.<sup>11</sup> Actuar de *buena fe* denota la “creencia y persuasión de que el acto realizado es lícito y justo”.<sup>12</sup>

Las palabras *probo* y *probidad* tienen adherencia con *buena fe*, *probus* en latín significa excelente, bueno, honrado, íntegro, leal. *Probidad* es “rectitud de ánimo y hombría de bien”.<sup>13</sup> Este vocablo incluye la exigencia de actuar con “integridad en el obrar”.<sup>14</sup>

Sin la pretensión de hacer un *excursus* histórico acerca del concepto que se analiza, es necesario mencionar que en el antiguo derecho romano la buena fe constituyó un ingrediente imprescindible en la vida jurídica: *sola fides sufficit* (la sola palabra basta). *Nihil prius fide* (nada antes que la fe). *Fides bona contraria est fraudi et dolo* (la buena fe es contraria al fraude y al dolo).

La *bona fides* romana fue utilizada siempre como un recurso técnico-moral encaminado a llenar lagunas legales o a corregir injusticias. Pero también sirvió para divinizar y resaltar el culto al emperador Numa; “*é il venerabile fidei numen che dexteram suam, certissimum salutis umanae pignus, ostental*”,<sup>15</sup> a quien se le dedicó un templo sobre el Campidoglio. El valor de fuerza ética de la antigua *fides* está consagrado en las XII Tablas, con la sanción de la consagración a los dioses (*consecratio*). Cicerón la define como *fundmentum autem est iustitiae fides, idest dictorum conventorumque constantitia et veritas*. La *fides* en las relaciones con los extranjeros, en uno de los tratados entre Roma y Cartagena, del cual habla Polibio, en el siglo IV a.C., este debía ser cumplido y negociado mediante actos públicos para “ser protegidos por la fe pública”,<sup>16</sup> como fuerza vinculante del acto. Así, dio nacimiento a determinadas figuras jurídicas como la *fiducia* y el *fideicomiso*. Es unánime la doctrina al señalar que “la buena fe constituye una regla de conducta, a la que ha de adaptarse el comportamiento jurídico de los hombres”.<sup>17</sup> *Fides* es lealtad a la palabra dada

<sup>9</sup> Jaime M. Mans Puigarnau, *Los principios generales del derecho*, Barcelona, Bosch, 1979, p. 197.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 408.

<sup>11</sup> María Moliner, *Diccionario del uso del español*, H-Z, 6ª ed., Madrid, Editorial Gredos, 1977, p. 848.

<sup>12</sup> Carlos E. Mascarenas, *Nueva enciclopedia jurídica*, t III., Barcelona, Francisco Seix, 1951, p. 455.

<sup>13</sup> Guillermo Cabanellas, *Diccionario de derecho usual*, t I, Buenos Aires, Bibliográfica, Omeba, 1968, p. 299.

<sup>14</sup> Martín Álamo, *Enciclopedia del idioma*, t III, 1ª reimpresión, Madrid, Aguilar, 1958, p. 3401.

<sup>15</sup> Enciclopedia del Diritto, t V., Italia, Giuffre editore, 1959, p. 661.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 662.

<sup>17</sup> José Luis de los Mozos, *El principio de la buena fe*, Barcelona, Bosch, 1965, p. 40.

(fidelidad), *bona fides* es “buena fidelidad, buen propósito, rectitud en la intención, buen deseo de obrar bien”.<sup>18</sup>

La *buena fe*, es “un concepto técnico-jurídico que se inserta en una multiplicidad de normas jurídicas para describir o delimitar un supuesto de hecho”.<sup>19</sup>

El principio general de la *buena fe* engendra una norma jurídica completa que se eleva a la categoría de un principio general del derecho: todas las personas, todos los miembros de una comunidad jurídica, “deben comportarse de buena fe en sus recíprocas relaciones”.<sup>20</sup> El deber recíproco de *buena fe* es “vedador de conductas abusivas”.<sup>21</sup> Este principio debe resurgir en el escenario del derecho para nutrir, con buena dosis, las relaciones jurídicas actuales, como corresponde –según Joserand– “a las antigüedades infinitamente venerables”.<sup>22</sup>

En toda realidad jurídica encontramos que detrás de cada norma existe un principio general, cuyas notas típicas relevantes son: “universalidad del contenido; historicidad de sus aplicaciones; potencialidad jurídica”.<sup>23</sup>

Los principios generales constituyen una de las formas de manifestación de los valores. La estrecha vinculación con ellas tienen una base permanente. La incorporación de los principios generales al ordenamiento representa la forma de ingreso al “sistema jurídico de los valores y convicciones éticas básicas de una comunidad”.<sup>24</sup>

En opinión de Hernández Gil, la *buena fe* incorpora siempre, en todas sus manifestaciones y aplicaciones, una unidad de significación, aunque cambien los presupuestos sobre los que se establezca; esta unidad de significación es “ética y, por tanto, valorativa y normativa”.<sup>25</sup> La tesis sostiene que la unidad de la materia, el concepto y la unidad del fin, integran un todo. La unidad de la materia reside en que concierne al ejercicio de los derechos, a su actuación práctica, evitar extralimitaciones. La unidad del fin consiste en su vínculo con la moral social. Para el derecho lo que cuenta es la vida humana en común. Esta puede ser expresada en un comportamiento social en el sentido valorativo, es decir, socialmente valioso (moral social), el cual alcanza su expresión culminante en la solidaridad social, la cual implica la coparticipación en los sentimientos y hábitos de conducta que exaltan la cohesión, la mutua confianza, la responsabilidad colectiva y la entrega a

<sup>18</sup> Juan Guillermo Durán, *Reflexiones sobre la buena fe en el derecho*, Bogotá, 1988, p. 92.

<sup>19</sup> L. Díez-Picazo, “Prólogo” a la obra de F. Wiacker, *El principio de la buena fe*, Madrid, Civitas, 1977, p. 11.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 12.

<sup>21</sup> María José Novado Fernández, *El ejercicio del derecho del honor (por el trabajador) en el contrato de trabajo*, Colección Laboral No. 85, Valencia, Tiranto lo Blanch, 1999, p. 35.

<sup>22</sup> Joserand, *De L'sprit des droits et de leur relativité*, París, 1939, pag. 2.

<sup>23</sup> Delia Matilde Ferreira Rubio, *La buena fe*, Madrid, Editorial Montecorvo, 1984, p. 41.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 72.

<sup>25</sup> Antonio Hernández Gil, *Obras completas*, t. I, Madrid, Espasa-Calpe, 1987, p. 556.

una empresa común. La vía de comunicación del derecho con la moral social, subraya su predominante connotación ética, sin que ello suponga un desvío del derecho, sino la canalización del mismo hacia sus metas más puras.

La cohesión social, la conciencia del deber, la honestidad, la rectitud, la mutua confianza, tienen un trasfondo que se descubre a través de la *buena fe*, son “realidades y valores, que si pueden propiciarlos las leyes no son plenamente alcanzables por ellas si falta una cooperación ciudadana”.<sup>26</sup> Es la ley quien dirige su mirada a la sociedad, no para someterla a sus normas, sino por el contrario, para buscar en la sociedad modelos de conducta que, por su enraizamiento en la vida, son difíciles de instrumentar técnicamente.

La tesis de Hernández Gil,<sup>27</sup> puede sintetizarse en: 1. No es divisible el concepto de la buena fe. 2. La buena fe cumple siempre una función normativa, conformadora de la conducta. 3. No es admisible la dualidad buena fe objetiva y buena fe subjetiva, ya que rompe la unidad de significación. 4. Sólo pueden aceptarse como fórmulas clasificatorias, aquellas que parten de la unidad de significación. 5. Una fórmula clasificatoria simple es la que distingue dos cometidos de la buena fe: como reguladora del ejercicio de los derechos y del cumplimiento de los deberes. En la primera hipótesis se parte de una situación jurídica, dentro de la cual, la buena fe concurre a moderar la actuación de los interesados. En la segunda, la buena fe determina la constitución de una situación jurídica que no existiría sin su concurso, de tal manera que en razón de ella se produce un efecto jurídico.

### 3. LA BUENA FE OBJETIVA

La *buena fe objetiva* es un “modelo de conducta con el que se trata de regular un determinado supuesto de hecho”.<sup>28</sup> La buena fe es, ante todo, un “modo de ser interior, un impulso que anima una conciencia”.<sup>29</sup> La *buena fe objetiva* “actúa sobre el contenido de la relación jurídica, nacida de la obligación, en particular, o del negocio, en general”.<sup>30</sup> Se manifiesta como “un criterio del comportamiento, conscientemente asumido”.<sup>31</sup>

Dentro del concepto objetivo, figura la buena fe normativa. Como “comportamiento de fidelidad, se sitúa en el mismo plano que el uso o la ley, es decir, adquiere función de norma dispositiva, de ahí su naturaleza objetiva”.<sup>32</sup> Lo obje-

<sup>26</sup> *Idem.*

<sup>27</sup> *Cfr.* Antonio Hernández Gil, *op. cit.*, p. 566.

<sup>28</sup> Enciclopedia Jurídica Básica, t. I, Madrid, Civitas, 1995, p. 835.

<sup>29</sup> Enciclopedia del Diritto, t. V, Italia, Giuffrè Editore, 1959, p. 668.

<sup>30</sup> José Luis de los Mozos, *op. cit.*, p. 49.

<sup>31</sup> Antonio Hernández Gil, *op. cit.*, p. 559.

<sup>32</sup> José Luis de los Mozos, *op. cit.*, p. 45.

tivo queda “más del lado de la conciencia del valor encarnado por la buena fe que del lado de la normatividad”.<sup>33</sup> En virtud de ella se protegen “una serie de relaciones jurídicas, al margen del derecho positivo”.<sup>34</sup> La *buena fe objetiva* establece supuestos de aplicación y modula el contenido de la obligación o del negocio, su sola invocación “incorpora una función ordenadora a través de la cual penetra como modelo de conducta”,<sup>35</sup> que actúa como “portadora de normas en sí o generadora de normas concretas”.<sup>36</sup>

#### 4. LA BUENA FE SUBJETIVA

La *buena fe subjetiva* es un estado de conciencia, un “hecho espiritual que caracteriza a quien incumple una norma o lesiona un derecho”,<sup>37</sup> también es considerada como el estado de ánimo subjetivo que depende de la “ausencia de consciente intención de perjudicar a otros”.<sup>38</sup> Es “la falta de conciencia de antijuricidad, cuando existe un defecto jurídico”.<sup>39</sup> Presupone una irregularidad jurídica y se refiere al elemento faltante en un supuesto de hecho normativo. El concepto de la buena fe subjetiva “reabsorbe íntegramente la concepción psicológica”<sup>40</sup>. La *buena fe subjetiva* aparece referida a un hecho o un acto. Como el hecho o el acto los realiza (o los omite) una persona, es evidente que constituyen, conducta humana. La pretendida *buena fe subjetiva* se refiere al hecho o al acto del comportamiento de una persona; pero no es otra buena fe, sino la encarnación de la misma en el acto o la conducta desplegada. No hay más subjetividad que “la inherente al sujeto”.<sup>41</sup>

#### 5. EL OBJETO DEL VÍNCULO LABORAL

El contrato de trabajo es el origen y el permanente fundamento de las obligaciones recíprocas entre trabajador y empresario. En las que el trabajador entrega libremente su trabajo de acuerdo a las condiciones pactadas y bajo la potestad organizadora del empresario, quien debe retribuirlo. La categoría jurídica contrac-

<sup>33</sup> Antonio Hernández Gil, *op. cit.*, p. 559.

<sup>34</sup> Aurelia María Romero Coloma, *Problemática de la buena fe en el ordenamiento jurídico*, Tapia, Madrid, 1990, p. 74.

<sup>35</sup> Antonio Hernández Gil, *op. cit.*, p. 562.

<sup>36</sup> Delia Matilde Ferreira Rubio, *La buena fe*, Madrid, Montecorvo, 1984, p. 90.

<sup>37</sup> Enciclopedia Jurídica Básica, vol. I, Madrid, Civitas, 1995, p. 834.

<sup>38</sup> Enciclopedia del Diritto, t. V, Italia, Giuffrè Editore, 1959, p. 665.

<sup>39</sup> Enciclopedia Jurídica Básica, t. I, ABA-COR, Madrid, Editorial Civitas, 1995, p. 838.

<sup>40</sup> Antonio Hernández Gil, *Obras completas*, t. I, Madrid, Espasa-Calpe, 1987, pp 559 y 560.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p 565.

tual, cumple así la función de “constituir y regular la relación patrimonial de intercambio de trabajo por salario”.<sup>42</sup>

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”.<sup>43</sup>

La persona humana es tanto el objeto del contrato como el sujeto del mismo. El objeto del trabajo asalariado, no son “los frutos sino el trabajo mismo”.<sup>44</sup> El trabajador es ajeno al resultado de su trabajo, se paga el trabajo y “no su resultado”.<sup>45</sup>

El que trabaja bajo dependencia no organiza su trabajo, lo presta bajo las órdenes y el “dominio físico”<sup>46</sup> de otro, por ello no tienen ningún control sobre el resultado.

El trabajador no adquiere en ningún momento derecho sobre la cosa producida, la cosa no participa nunca del intercambio de prestaciones. No es sujeto “perceptor del valor de su trabajo”.<sup>47</sup> No tienen ni la propiedad de los instrumentos y de los materiales, no son, en el contrato, “propietario de nada”.<sup>48</sup> El patrono es “el propietario único de todos los productos en el curso de su transformación, y después”.<sup>49</sup>

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”.<sup>50</sup>

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”.<sup>51</sup>

<sup>42</sup> Manuel Carlos Palomeque López y Manuel Álvarez de la Rosa, *Derecho del trabajo*, 8ª ed., Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 2000, p. 625.

<sup>43</sup> Alain Supiot, *Crítica del derecho del trabajo*, Madrid, Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, trad. José Luis Gil y Gil, 1996, p. 81.

<sup>44</sup> Manuel Alonso Olea, *Derecho del trabajo*, 10ª ed., Madrid, Artes Gráficas Benzal, 1987, p. 41.

<sup>45</sup> Alain Supiot, *op. cit.*, p. 81.

<sup>46</sup> *Ibidem*, p. 76.

<sup>47</sup> Manuel Carlos Palomeque López y Manuel Álvarez de la Rosa, *Derecho del trabajo*, 8ª ed., Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 2000, p. 625.

<sup>48</sup> Emilio Chatelain, *El contrato de trabajo*, trad. de Adolfo Posada, Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, 1903, p. 104.

<sup>49</sup> Alfonso R. De Grijalba, *El contrato de trabajo*, Madrid, Francisco Beltrán, Librería española y extranjera, 1902, p. 152.

<sup>50</sup> *Rerum Novarum*, párrafo 44, (Cualidad del trabajo).

<sup>51</sup> Antonio Hernández Gil, *op. cit.*, p. 555.

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”.<sup>52</sup> 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”.<sup>53</sup> 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”.<sup>54</sup> Al parecer, las tendencias 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”.<sup>55</sup> Sin embargo, hasta ahora el vínculo jurídico contractual cumple la función de constituir y regular la “relación patrimonial de intercambio de trabajo por salario”.<sup>56</sup> 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”.<sup>57</sup>

## 6. 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 otro. El contrato de trabajo pone a disposición del empresario al trabajador. Este 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”.<sup>58</sup>

<sup>52</sup> *Ibidem*, p. 556.

<sup>53</sup> Alfredo Montoya Melgar, *Derecho del trabajo*, 18ª ed., Madrid, Tecnos, 1997, p. 323.

<sup>54</sup> Mateo Dell’Olio, “*La subordinazione nell’esperienza italiana*”, *Argomenti di Diritto del Lavoro*, vol. 3, Padova, Cedam, 1998, p. 702.

<sup>55</sup> Tiziano Treu, “*Il diritto del lavoro: reantá e possibilitá*”, *Argomenti di Diritto del Lavoro*, vol. 3, Padova, Cedam, 200, p. 472.

<sup>56</sup> Manuel Carlos Palomeque López, *op. cit.*, p. 625.

<sup>57</sup> Manuel Alonso Olea y María Emilia Casas Baamonde, *Derecho del trabajo*, 10ª ed., Madrid, Universidad de Madrid, 1987, p. 41.

<sup>58</sup> Néstor de Buen, *La decadencia del contrato*, 2ª ed., México, Porrúa, 1986, p. 271.



Las declaraciones teóricas de igualdad de derechos han sido ineficaces para el trabajador, “se convirtieron en irrisorias”,<sup>59</sup> con el transcurso del tiempo.

El acuerdo libre de voluntades surgió como un *apoteagma* y el “más sangriento de los sarcasmos”<sup>60</sup> basado en el irritante escarnio de considerar a “las partes económicamente iguales”.<sup>61</sup> Para ello era necesario buscar un “garantismo fulle-ro”<sup>62</sup> que legitimara la sumisión del trabajador, “bajo la máscara de un contrato”,<sup>63</sup> 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”<sup>64</sup> y en “*chaperón* embarazoso”<sup>65</sup>, 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”.<sup>66</sup> 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”.<sup>67</sup>

Quienes preludiaron 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”,<sup>68</sup> unos mencionaron su ineficacia o inoperancia en los actos jurídicos que “no producen sus efectos”,<sup>69</sup> y otros hablaron de la frustración producida por la figura contractual, cuando “alteran las pre- visiones sustanciales que las partes tuvieron presentes al tiempo de celebrar el contrato”.<sup>70</sup>

<sup>59</sup> Emilio Chatelain, *El contrato de trabajo*, trad. Adolfo Posada, Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, 1903, p. 104.

<sup>60</sup> Alfonso R. de Grijalva, *El contrato de trabajo*, 2a. ed., Madrid, Librería Española y Española Príncipe, 1902, p. 8.

<sup>61</sup> Antonio Polo, *Del contrato a la relación de trabajo*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1941, p. 39.

<sup>62</sup> Umberto Romagnoli, “*Técnicas normativas de gestión del trabajo*”, trad. Adolfin Catalano, Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1988, p. 107.

<sup>63</sup> Kahn-Freud, O., *Trabajo y derecho*, trad. J.M. Galiana, Ministerio de Trabajo, Madrid, 1987, p. 60.

<sup>64</sup> Antonio Baylos Grau, *Derecho del trabajo: modelo para armar*, Madrid, Editorial Trotta, 1991, p. 19.

<sup>65</sup> Umberto Romagnoli, *op. cit.*, p. 104.

<sup>66</sup> Alain Supiot, *op. cit.*, p. 147.

<sup>67</sup> *Ibidem*.

<sup>68</sup> Néstor de Buen Lozano, *La decadencia del contrato*, 2a. ed., México, Porrúa, 1986, p. 291.

<sup>69</sup> Augusto M. Morello, *Ineficacia y frustración del contrato*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1975, p. 76.

<sup>70</sup> Vicente Espert Sanz, *La frustración del fin del contrato*, Madrid, Tecnos, 1968, p. 261.

Sin embargo, el contrato aún existe para configurar vínculos jurídicos y producir efectos trascendentes en el mundo del derecho, aún cuando en materia de trabajo sea abundante la “variedad de atipicidades”.<sup>71</sup>

Para infortunio del trabajo, “el poder que pierde el Estado lo gana la Empresa”.<sup>72</sup> 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”,<sup>73</sup> para acrecentar el “poder unilateral del empresario”.<sup>74</sup>

## 7. 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 “fingiéndose, o imitando lo que no es”.<sup>75</sup> También es la “alteración aparente de la causa, la índole o el objeto verdadero de un acto o contrato”.<sup>76</sup> 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).<sup>77</sup> Cuando se otorga un contrato simulado, se procura que “la máscara esté lo mejor hecha posible”.<sup>78</sup> 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”.<sup>79</sup> 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”.<sup>80</sup>

<sup>71</sup> Carlos Fuentes Puelma, *Estudios sobre derecho del trabajo y relaciones laborales*, Valparaíso, Edeval, 1996, p. 94.

<sup>72</sup> Osvaldo Montero de San Vicente, “Flexibilidad del trabajo y derecho del trabajo”, *La Flexibilización Laboral en Venezuela*, Caracas, Editorial Nueva Sociedad, 1991, p. 35.

<sup>73</sup> Américo Plá Rodríguez, “Otra inversión de tendencias en el seguridad social: de la solidaridad al egoísmo”, Civitas, *Revista Española de Derecho de Trabajo*, núm. 56, noviembre-diciembre de 1992, p. 826.

<sup>74</sup> Antonio Baylos, *Derecho del trabajo: modelo para armar*, Madrid, Trotta, 1991, p. 72.

<sup>75</sup> Martín Alonso, *Enciclopedia del idioma*, t. III, N-Z, México, Aguilar, 1991, p. 3781.

<sup>76</sup> *Idem*.

<sup>77</sup> Jaime M. Mans Puigarnau, *Los principios generales del derecho*, Barcelona, Bosch, 1979, p. 444.

<sup>78</sup> Antonio Hernández Gil, *Obras completas*, t. III, Madrid, Espasa-Calpe, 1988, p. 615.

<sup>79</sup> Ignacio Galindo Garfias, *Teoría general de los contratos*, México, Porrúa, 1996, p. 409.

<sup>80</sup> *Ibidem*, p. 392.

Es elemento esencial de la simulación del contrato, que la “falsa apariencia cause perjuicio a terceros”,<sup>81</sup> 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”.<sup>82</sup> 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.<sup>83</sup> La simulación es “el resultado de un acuerdo entre los contratantes”,<sup>84</sup> sin él, sólo “sería aparente y no producirá efectos”.<sup>85</sup> 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”.<sup>86</sup>

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 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”<sup>87</sup> que la 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”.<sup>88</sup> Todo parece indicar que ahora asistimos a una mayor “variabilidad del

<sup>81</sup> *Ibidem*, p. 393.

<sup>82</sup> Francisco Ferrara, *La simulación de los negocios jurídicos*, trad. de Rafael Atard y Juan A. de la Puente, Madrid, Librería general de Victoriano Suarez, 1926, p. 60.

<sup>83</sup> *Cfr.* Francisco Ferrara, *op. cit.*, p. 61.

<sup>84</sup> *Ibidem*, p. 65.

<sup>85</sup> Ignacio Galindo Garfias, *op. cit.*, p. 393.

<sup>86</sup> F. Messineo, *Manual de derecho civil y comercial*, trad. de Santiago Sentis Melendo, t. II, Doc-  
trinas Generales, Buenos Aires, EJE, 1954, p. 447.

<sup>87</sup> Dominique Meda, *El trabajo*, Barcelona, Gedisa, 1998, p. 231.

<sup>88</sup> *Idem*.

tipo legal de contrato de trabajo”.<sup>89</sup> 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”.<sup>90</sup> 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”.<sup>91</sup> 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”.<sup>92</sup> Es oportuno evocar a L. Mengoni, quien afirma “en realidad no existe el trabajo, sino hombres que trabajan”.<sup>93</sup> En el mismo sentido Ripert expresó: “el trabajo es el hombre mismo en su cuerpo y en su espíritu”.<sup>94</sup>

## 8. 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”.<sup>95</sup> Con la finalidad de “no celebrar negocio alguno (simulación absoluta) o celebrar otro distinto al aparente (simulación relativa)”.<sup>96</sup>

<sup>89</sup> José Luis Monereo Pérez, *Algunas reflexiones sobre la caracterización técnico jurídica del Derecho del Trabajo*, Madrid, Civitas, 1996, p. 93.

<sup>90</sup> María Emilia Casas Bahamonde, “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.

<sup>91</sup> José Luis Monereo Pérez, *op. cit.*, p. 96.

<sup>92</sup> María Emilia Casas Bahamonde, *op. cit.*, p. 204.

<sup>93</sup> L. Mengoni, *Le contrat de travail en droit italien*, CECA, Eurolibri, 1966, p. 421.

<sup>94</sup> G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, París, LGDJ, 1955, p. 276.

<sup>95</sup> Antonio Martín Valverde, *et al.*, *Derecho del trabajo*, 9ª ed., Madrid, Tecnos, 2000, p. 494.

<sup>96</sup> *Enciclopedia Jurídica Básica*, t. IV, PRO-ZON, Madrid, Civitas, 1994, p. 6217.

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”.<sup>97</sup> 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.

## 9. 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; estos debían ser útiles y honestos.<sup>98</sup> La libertad de trabajar se hace extensiva “a todo gobernado, a todo habitante de la República”,<sup>99</sup> 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”.<sup>100</sup>

Por lo tanto, una ocupación o trabajo son ilícitos “cuando contravienen a una disposición jurídica que así lo establece”,<sup>101</sup> 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 8° que “los actos ejecutados contra las leyes prohibitivas o de interés público, serán nulos” y el 1830 alude a la

<sup>97</sup> Manuel Carlos Palomeque López y Manuel Alvarez de la Rosa, *Derecho del trabajo*, 9ª ed., Madrid, Editorial Centro de Estudios Román Areces, 2001, p. 657.

<sup>98</sup> José Barragán Barragán, “La libertad de trabajo, profesión y la cuestión obrera en la Constitución de 1917”, publicado en el *Anuario Jurídico*, XVII, México, UNAM, 1990, p. 16. Don Venustiano Carranza sustituyó los conceptos anteriores por el de [...] *siendo lícito*, 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.

<sup>99</sup> Ignacio Burgoa, “*Las garantías individuales*”, 23ª. Ed., México, Porrúa, 1991, p. 313.

<sup>100</sup> Efraín Polo Bernal, *Breviario de garantías constitucionales*, México, Porrúa, 1993, p. 79.

<sup>101</sup> Juventino V. Castro, *Garantías y amparo*, 6ª. Ed., México, Porrúa, 1989, p. 82.

ilicitud de los hechos “contrarios a las leyes de orden público o a las buenas costumbres”.

Un acto ilícito puede definirse como “un acto contrario a una norma regulatoria de mandato”.<sup>102</sup> 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”.<sup>103</sup> Por tal circunstancia, “un hecho contrario a las leyes no puede ser objeto de obligación”.<sup>104</sup>

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”.<sup>105</sup>

La consecuencia que deriva del acto ilícito es la obligación del actor de “restablecer el equilibrio jurídico, reparando el daño”.<sup>106</sup>

El ejercicio de esta libertad sólo podrá vedarse por determinación judicial cuando se ataquen los derechos de terceros (Artículo 5°). En opinión de Burgoa se trata, más bien, de una posibilidad de limitación la cual se actualiza por determinación o sentencia judicial.<sup>107</sup>

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.<sup>108</sup>

Respecto a la Ley General de Profesiones para el Distrito Federal, la Suprema Corte de Justicia, en jurisprudencia firme, ha declarado inconstitucional, especialmente en sus artículos 15, 18 y 20, que prohíben a los extranjeros el ejercicio de las profesiones que reglamenta, no obstante que los mismos ostenten título legalmente expedido en el país o legalmente reconocido por las autoridades competentes, ya que las garantías que la Constitución consagra, son para todos los habitantes sin distinción de nacionalidades, no pudiendo restringirse ni aún a título de reglamentación sobre nacionalidad y condición jurídica de extranjeros a que se refiere el artículo 73, fracción XVI, de la propia Carta Magna.

<sup>102</sup> Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, *Ilícitos atípicos*, Madrid, Trotta, 2000, p. 23.

<sup>103</sup> Ignacio Galindo Garfias, *Teoría de las obligaciones*, México, Porrúa, 2000, p. 120.

<sup>104</sup> R. J. Pothier, *Tratado de las obligaciones*, Buenos Aires, Heliasta, 1978, p. 80

<sup>105</sup> Vittorio Scialoja, *Dizionario privato*, vol. I, Casa Editrice, Dottor Francesco Vallard, Milano, 1931, p. 363.

<sup>106</sup> *Idem*.

<sup>107</sup> *Cfr.* Ignacio Burgoa, *Las garantías individuales*, 23ª ed., México, Porrúa, 1991, p. 312.

<sup>108</sup> Reglamentación del artículo 4° constitucional [Facultad de].- La facultad para reglamentar el artículo 4° (hoy 5°) 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, pág. 239. Apéndice al tomo LXIV, tesis 412, pág. 511 y Apéndice al tomo LXXXVI, tesis 120, pág. 247).

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).

## 10. FRAUDE A LA LEY

La figura del *fraude* fue tipificada en el derecho antiguo, en diversos aforismos: *Fraus omnia vitiatur* (El fraude todo lo vicia), *Ab omni negotio fraus abesto* (El fraude ha de ser excluido de todo negocio). Para Ripert, *fraude a la ley* es “eludir la aplicación de la ley que sería normalmente aplicable”.<sup>109</sup> En opinión de Bonnecase, *defraudar la ley* es “eludir la aplicación, porque esta produce efectos contrarios a los interesados o a su voluntad”.<sup>110</sup> Según J. P. Niboyet, la noción de *fraude a la ley* es “el remedio necesario para que la ley conserve su carácter imperativo y su sanción en los casos en que deje de ser aplicable a una relación jurídica, por haberse acogido los interesados fraudulentamente a una nueva ley”.<sup>111</sup> En versión actual, Manuel Atienza considera que “el *fraude a la ley* se caracteriza por implicar la vulneración de una norma imperativa o prohibitiva. Se realiza con el propósito de conseguir un resultado que prohíbe aquella norma”.<sup>112</sup>

En las últimas décadas, hemos observado con frecuencia la elusión reiterada de las normas laborales, por parte de los empleadores, en México. El trabajo ya no se contrata con arreglo a las leyes laborales; se busca que no surjan efectos ni compromisos derivados de ellas. Abundan innumerables *contratos atípicos*, que invaden al mundo del trabajo sin tener su naturaleza, porque corresponde al derecho privado regularlos. El vínculo laboral se externaliza, queda excluido de la posibilidad reglamentaria, producto del ingenioso fraude a las leyes del trabajo propiciado por empresarios con escasa ética y de mala fe, asesorados por abogados sin probidad, en actitud temeraria vulneran y propician intencionalmente la ineficaz aplicación de las leyes del trabajo. Estas conductas y prácticas ilícitas, simuladas y fraudulentas, constituyen un mal endémico que debe combatirse con energía y severidad, hasta lograr su erradicación.

<sup>109</sup> Georges Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, quatrième édition, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1949, p. 327.

<sup>110</sup> Julien Bonnecase, *Elementos de derecho civil*, trad. Lic. José M. Cajica Jr., t. III y último, México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1985, p. 75.

<sup>111</sup> J. P. Niboyet, *Principios de derecho internacional privado*, trad., Andrés Rodríguez Ramón, México, Editora Nacional, 1969, p. 441.

<sup>112</sup> Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, *Ilícitos Atípicos*, Madrid, editorial Trotta, 2000, p. 74

## 11. ABUSO DEL DERECHO

El vocablo *abuso* tiene diversas connotaciones, entre ellas significa arbitrariedad, atropello, exceso e injusticia. En Roma se habló del *summum jus, summa injuria*, lo cual indica repudio al abuso del derecho. *Sic utere iure tuo, ut alienum non laedas* (Debes usar de tu derecho, de modo que no perjudiques al ajeno), *malus usus est abolendus* (el uso malo ha de ser abolido).

La figura del *abuso del derecho* era sancionada con severidad en el derecho antiguo, el litigante “temerario era fuertemente castigado”.<sup>113</sup> El demandante o demandado que entablaba acciones o sostenía la oposición a sabiendas de que carecía de fundamento, estaba sujeto a diversas acciones en su contra. La acción de calumnia, el *contrarium iudicium*, la de juramento o la de *restipulatio*, eran las vías que brindaba el derecho romano a aquellas personas que “hubieran sido víctimas de la temeridad de un litigante”.<sup>114</sup> En las famosas instituciones de Justiniano, capítulo XVI, libro IV, *De poena Temere Litigantium* establece: “Conviene ahora advertir que, quienes aplicaban el derecho antiguamente ponían gran cuidado de que los hombres no procedieran con facilidad a los litigios, lo que también es nuestro anhelo”.<sup>115</sup> Es decir, se pretendía “impedir la temeridad, tanto en el demandante como en aquel a quien se demanda”.<sup>116</sup>

La figura del *abuso del derecho* surge como una creación jurisprudencial y doctrinal francesa, en la segunda mitad del siglo XIX y comienzos del XX, se generaliza después por los diversos sistemas jurídicos. Su inserción en los códigos pretendió corregir formalismos legales y absolutismos de los derechos, entre ellos el de propiedad. La primera manifestación jurisprudencial destaca en la sentencia de la Corte de Colmar, de 2 de mayo de 1855, en la que se afirma que el ejercicio de derecho de propiedad debe tener por límite la satisfacción de un interés serio y legítimo[...]también la sentencia del Tribunal de Compiègne, de 19 de febrero de 1913, estableció que el titular de un derecho no puede ejercerlo para un fin distinto de aquel que le ha sido reconocido por el legislador.<sup>117</sup>

En los sistemas jurídicos del *common law* no se ha desarrollado la figura del *abuso del derecho* como una institución jurídica, aunque es de uso común la expresión *abuse of right* o *abuse of freedom*. El Código civil español, en su artículo 7.2,

La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto y omisión que, por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que ser realice, sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de

<sup>113</sup> J. Emilio López, *El abuso del derecho*, La Justicia, t. XXVII, No. 440, México, enero. 1967, p. 25.

<sup>114</sup> *Idem*.

<sup>115</sup> *Ibidem*, p. 26.

<sup>116</sup> *Idem*.

<sup>117</sup> Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, *Ilícitos atípicos*, Madrid, Trotta, 2000, p. 35.



un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia del abuso.<sup>118</sup>

En el abuso del derecho hay una violación, dentro de los límites formales de un derecho o de una norma, de los valores contenidos en ellos o de la idea axiológica ínsita en el derecho subjetivo o en la norma. Sólo la ley puede y debe marcar el límite de las actividades del hombre. Mientras las personas actúen dentro de esos límites, no hay por que investigar su intención. Es necesario que los hombres tengan seguridad jurídica como base para desenvolver sus actividades, que sepan de manera clara y definida que es lo que pueden y lo que no pueden hacer. La única manera de fijar de un modo cierto ese campo de acción, es la ley. Nadie puede “ejercer abusivamente una facultad legal”.<sup>119</sup> El *abuso del derecho* se nos presenta como “una desviación del derecho”.<sup>120</sup> Aunque a veces resulte paradójico, como expresa Josserrand, “del mal nace el bien: *ex malo bonum*. En el terreno jurídico como en la tierra, sucede que la flor más delicada nace y se abre en una charca: de la negación misma del derecho se ve brotar el derecho en toda su equidad y su pureza”.<sup>121</sup>

El Código Civil del Distrito Federal, incorpora disposiciones que limitan el *abuso del derecho*, en los artículos 16, 17, 840 y 1912.<sup>122</sup>

En las relaciones de trabajo, el *abuso del derecho*, en el sentido expuesto, tal parece que se ha convertido en una característica que mancha de manera indeleble, el mundo de la pobreza laboriosa, porque la ética de los negocios termina por “dormitar cuando lo económico logra colonizar el derecho del trabajo en perjuicio de lo social”.<sup>123</sup> Los abusos existen por la falta de ética y buena fe empresarial,

<sup>118</sup> *Ibidem*, p. 37.

<sup>119</sup> Guillermo A. Borda, *El abuso del derecho*, Revista del Foro, Año LXXVIII, No. 1, Colegio de Abogados de Lima, Perú, enero- junio de 1990, p. 79.

<sup>120</sup> Louis Josserrand, *Del abuso de los derechos y otros ensayos*, Colombia, Temis, 1999, p. 7.

<sup>121</sup> *Ibidem*, p. 33.

<sup>122</sup> Art. 16.- Los habitantes del Distrito federal tienen obligación de ejercer sus actividades y de usar y disponer de sus bienes en forma que no perjudique a la colectividad, bajo las sanciones establecidas en este código y en las leyes relativas. Art. 17.- Cuando alguno, explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro: obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, el perjudicado tiene derecho a elegir entre pedir la nulidad del contrato o la reducción equitativa de su obligación, mas el pago de los correspondientes daños y perjuicios. Art. 840.- No es lícito ejercitar el derecho de propiedad de manera que su ejercicio no dé otro resultado que causar perjuicios a un tercero, sin utilidad para el propietario. Art. 1912.- Cuando al ejercitar un derecho se cause daño a otro, hay obligación de indemnizarlo si se demuestra que el derecho sólo se ejercitó a fin de causar daño, sin utilidad para el titular del derecho.

<sup>123</sup> Umberto Romagnoli, “Las transformaciones del derecho del trabajo”, *Debate laboral, Revista Americana e Italiana de Derecho del Trabajo*, Año V, No. 12, Costa Rica, 1992, p. 6.

ellos lo promueven y “la indiferencia de la sociedad lo acepta”.<sup>124</sup> Es el momento de hacer prevalecer los principios que cimentan las sólidas estructuras del derecho laboral, ellos están nutridos de valores e ideales que no pueden abandonarse, tienen la suficiente fecundidad para no quedar aprisionados por la flexibilidad que entraña simulación, fraude y abuso. Hay que saber extraer de ellos, “la riqueza potencial con la sabiduría que puedan tener”.<sup>125</sup> Para engendrar nuevos modelos y accionar en un mundo hostil y adverso, que pretende arrasar al majestuoso y sólido edificio del trabajo.

## 12. LA HUIDA DEL DERECHO DEL TRABAJO

El vocablo *huir*, significa “apartarse con celeridad y presteza de algún sitio”.<sup>126</sup> *Huida* es la “acción y efecto de escapar”,<sup>127</sup> aún cuando a veces el péndulo de la vida se mueva con lentitud, como diría Romain Rolland.

¿Porqué escapan a la regulación laboral, actividades que por su naturaleza corresponde incluir? A pesar de que el derecho del trabajo -como bien lo ha expresado Umberto Romagnoli- es “un derecho a la medida del hombre”,<sup>128</sup> que se rehace sobre equilibrios siempre nuevos. Esta rama jurídica es “ciertamente un modelo para armar”.<sup>129</sup>

El derecho del trabajo ha permanecido confinado en exclusiva en el mundo del trabajo típico, ahora en declive con grandes fracturas sociales que, de mala fe, inducen al retorno del derecho privado. La doctrina ha señalado que la voluntad contractual no puede establecer la naturaleza del contrato mediante la construcción de un contrato atípico, en el que se incluya la subordinación del trabajo. ¿Podrá continuar y permanecer el derecho del trabajo como regulador del contrato de los trabajadores asalariados? o, ¿deberá optar por una ampliación de su ámbito tradicional hacia nuevas relaciones jurídicas del trabajo?

<sup>124</sup> Oscar Hernández Álvarez, “La ética y el fraude en las relaciones de trabajo”, *Revista Laboral*, Año VI, No. 65, 1998, p. 8.

<sup>125</sup> Américo Plá Rodríguez, *op. cit.*, p. 1180.

<sup>126</sup> Manuel Rodríguez-Navas y Carrasco, *Diccionario general y técnico hispanoamericano*, vol. I, A-G, Barcelona, Editorial Selección, 1918, p. 985.

<sup>127</sup> *Ibidem*, p. 985.

<sup>128</sup> Umberto Romagnoli, “Redefinir las relaciones entre trabajo y ciudadanía: el pensamiento de Massimo D’Antona”, en *Nuevos escenarios para el Derecho del Trabajo: familia, inmigración y noción de trabajo*, Barcelona, Marcial Pons, 2001, p. 309.

<sup>129</sup> Antonio Baylos, *Derecho del trabajo: modelo para armar*, Madrid, Editorial Trotta, 1991, p. 148.

El derecho del trabajo “no es inmune al tiempo”,<sup>130</sup> tampoco una creación jurídica cuya estructura no resista los embates del egoísmo económico o las transformaciones que imponen los nuevos modelos productivos. La diversidad creciente de los contratos que remuneran el trabajo, en actividades *realmente subordinadas* y los empresarios *realmente independientes*, han propiciado el surgimiento de otras modalidades, que “son jurídicamente *independientes* o *autónomas* pero económicamente dependientes”<sup>131</sup>. Esta evolución repercute poderosamente en la protección que ofrece el derecho laboral. Uno de sus efectos dañinos es la inseguridad en el trabajo, la extensión de una *zona gris* entre el trabajo por cuenta ajena y por cuenta propia, la existencia de personas o empresas subcontratantes jurídicamente independientes, pero económicamente dependientes de uno o varios clientes contratantes y trabajadores jurídicamente dependientes que se parecen cada vez más a los trabajadores autónomos.<sup>132</sup>

Las intenciones de los pseudoprivatizadores o falsos profetas del neoliberalismo, pretenden “la demolición de las murallas, en el momento en que los enemigos se acercan”<sup>133</sup> para franquear el paso y destruir la relación de intercambio en la que se fundó el régimen del trabajo asalariado, es decir, “subordinación a cambio de seguridad”<sup>134</sup>. Quedan así trastocadas sin que hayan sido definidas las bases del nuevo intercambio. No se puede pretender por mucho tiempo que los trabajadores continúen entregando sus mejores esfuerzos a la producción cuando esta no les ofrece porvenir alguno, más vale que el capital “vuelva a interesarse por hacer trabajar a los hombres”<sup>135</sup>.

La ética de los negocios termina por “dormitar cuando lo económico logra colonizar el derecho del trabajo en perjuicio de lo social”<sup>136</sup>.

Es necesario recuperar para el derecho del trabajo *las nuevas formas*, no necesariamente *subordinadas* y, por tanto, ajenas al vínculo jurídico tradicional, del cual *huyen* para cruzar la frontera del contrato de trabajo, hacia un *empleo sin derechos*,

<sup>130</sup> María Emilia Casas Baamonde, “Las transformaciones del derecho del trabajo, en *El Trabajo ante el Cambio de Siglo; un Tratamiento Multidisciplinar*, Madrid, Marcial Pons, 2000, p. 203.

<sup>131</sup> Alain Supiot, “Transformaciones del trabajo y porvenir del derecho laboral en Europa”, Ginebra, *Revista Internacional del Trabajo*, vol., 118, núm 1, 1999, p 38.

<sup>132</sup> *Ibidem*, p 38.

<sup>133</sup> Ignacio Borrajo Iniesta, “El intento de huir del derecho administrativo”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, núm 78, abril-junio, 1993, p 249.

<sup>134</sup> Alain Supiot, “Transformaciones del trabajo y porvenir del derecho laboral en Europa”, Ginebra, *Revista Internacional del Trabajo*, vol., 118, núm 1, 1999, p 38.

<sup>135</sup> Gérald Lyon- Caen, “A modo de conclusión: La transición de una situación a otra en derecho laboral”, Ginebra, *Revista Internacional del Trabajo*, vol 115, núm 6, 1996, p 760.

<sup>136</sup> Umberto Romagnoli, “Las transformaciones del derecho del trabajo”, *Debate Laboral, Revista Americana e Italiana de Derecho del Trabajo*, San José Costa Rica, año V, núm 12(3), 1992, p 7.

precario o atípico, el cual ha proliferado, de tal manera que “ya no tiene sentido calificarlo de *atípico*”.<sup>137</sup> El problema radica en que estas formas continúen “ajenas a las normas laborales”.<sup>138</sup> Urge reencauzar esta relación hacia un *empleo con derechos*. Innovar no es destruir la regulación jurídico-laboral, sino protagonizar su actualización y cambio.

La *deslaborización*, como “proceso de exclusión del sistema de tutela jurídico-laboral y la sustitución por otro complejo de reglas”,<sup>139</sup> han propiciado su huida involuntaria. En ella han intervenido diversos factores: la sociedad tecnológica, el proceso privatizador, la liberalización comercial, esta última se ha convertido en una especie de “monstruo vilipendiado”,<sup>140</sup> por casi todos. Pero, además, esta huida hacia el derecho privado ha significado, en realidad, “una huida de todo derecho”.<sup>141</sup> De nueva cuenta el derecho privado ha invadido las fronteras, sin respetar límites, para intervenir en las relaciones jurídicas que corresponden al derecho laboral. Así lo demuestran los hechos que “son más tozudos que los propios razonamientos jurídicos”.<sup>142</sup>

### 13. ¿HACIA LA TRANSFORMACIÓN O DIFUMINACIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LAS LEYES LABORALES?

El derecho del trabajo contemporáneo, después de haber contribuido al bienestar de la pobreza laboriosa, valorizando su dignidad y buscando persistentemente mejores condiciones de vida, ahora enfrenta inquietudes y cuestionamientos sobre su legitimidad histórica. En las últimas décadas, el panorama no ha sido muy claro, se ha caracterizado por escenificar, para el trabajo, un oscuro porvenir envuelto entre las sombras de la incertidumbre, ambigüedades que angustian a los trabajadores frente a la mirada indiferente de los neoliberales triunfantes y comunistas arrepentidos, quienes proclaman que el viento de la historia inflará

<sup>137</sup> Andries de Grip, J. Hoevenberg y E. Willems, “Empleo atípico en la Unión Europea”, *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 116, núm. 1, Ginebra, OIT, 1997, p. 58.

<sup>138</sup> *Ibidem*.

<sup>139</sup> Antonio Baylos, “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. 36.

<sup>140</sup> Ajit K. Ghose, “La liberalización comercial, el empleo y la desigualdad en el mundo”, *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 119, núm. 3, 2000, p. 311.

<sup>141</sup> Mariano Bacigalupo Saggese, “El derecho público ante la privatización y liberalización de los servicios de interés general: ¿repliegue o transformación?”, *Boletín de la Facultad de Derecho*, núm. 16, 2000, p. 161.

<sup>142</sup> Federico A. Castillo Blanco, “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, Civitas, abril-junio de 1995, p. 194.

más las velas de las naciones burguesas con sus economías, para borrar las fronteras bien delineadas que hasta ahora ha trazado el derecho del trabajo, para confundir y perturbar -con su vagabundeo ideológico, falso y prevaricador- a las figuras jurídicas laborales, existentes en simulación absoluta, con la pretensión de *difuminar, deslaboralizar, desregular* para terminar el compromiso que imponen las ataduras del vínculo laboral, porque en apariencia la huida hacia el derecho privado ofrece mejores expectativas económicas, sin cargas sociales estorbosas para el capital, por lo tanto, la tendencia es eludir, excluir, sacar del vínculo jurídico-laboral, toda relación. Pero olvidan, 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, reproponer y proteger al hombre de las duras leyes no escritas de la producción y la ganancia”.<sup>143</sup> Desafortunadamente, la ética de los negocios termina por “dormitar cuando lo económico logra colonizar el derecho del trabajo, en perjuicio de lo social”.<sup>144</sup>

La desregulación o deslaborización, ha entregado a los empresarios un exceso de instrumentos y herramientas que les permiten apartarse del compromiso laboral, tales como: empleo precario y temporal, reducción de la tutela, flexibilidad en todos los sentidos, externalización del trabajo con sus atipicidades, intencionalmente encausadas hacia el derecho privado. Lo que no se debe olvidar es, que el derecho del trabajo es zona telúrica del ordenamiento jurídico y sus “fuentes de producción, son el epicentro”.<sup>145</sup> La morfología del derecho del trabajo radica en la identidad de sus elementos constitutivos, en la energía humana, fuente de toda riqueza y valor supremo de la vida social.

El derecho del trabajo debe defender su territorio, no permitir invasiones absurdas o arbitrarias, para ello debe empezar por “estudiar la mejor manera de combatir el trabajo informal”.<sup>146</sup>

<sup>143</sup> Umberto Romagnoli, op cit., p. 8.

<sup>144</sup> *Ibidem*, p. 7.

<sup>145</sup> *Ibidem*, p. 9.

<sup>146</sup> Américo Plá Rodríguez, “*La actual conjuntura 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.

## 15. REFLEXIÓN FINAL

En los tiempos actuales las relaciones de trabajo se han apartado, desafortunadamente, de la solidez que imprimen los principios que le dan fuerza y vigor, entre ellos el de la *buena fe*, que ha sido el faro orientador e iluminador que induce el camino de los deberes y obligaciones recíprocas honestas con probidad y rectitud. Los *aurispices* obcecados y los *epígonos* fervorosos de los falsos profetas neoliberales se afanan en distorsionar para hacer descender en forma abrupta a los trabajadores por los escarpados senderos que los conducen con extrema rapidez hacia los infiernos de la pobreza. Los coadjutores y prosélitos en su amnesia pretenden inventar nuevos caminos y rutas siniestras para el derecho del trabajo, perturban, simulan, ocultan y defraudan las leyes del trabajo para evadir todo compromiso y responsabilidad social. ¡Que pronto han olvidado! que el camino anchuroso ya fue trazado por la Revolución sangrienta de 1910 y está rubricado con el sello de lo eterno por el constituyente de Querétaro en el artículo 123. El cual determina con perfil claro e inconfundible la naturaleza de la relación jurídico-laboral y proyecta con sus resplandores la silueta de la expresión más avanzada de la cultura jurídica: La justicia social.

RESUMEN: El autor analiza el principio de la *buena fe* en las relaciones jurídicas, con especial énfasis en el vínculo jurídico laboral, hace referencia a la simulación en los actos jurídico-laborales y a la necesaria condición de licitud en el objeto de los contratos y las relaciones de trabajo. Analiza el fraude a la ley, el abuso del derecho y reflexiona, en general, sobre la falta del ingrediente moral y jurídico de la *buena fe*.

ABSTRACT: The author also analyses the advent of good faith in legal dealings and pays special attention to the law-workplace relationship. He mentions the simulation of legal dealings in the workplace and points to the need for legality in the aim of contracts and in work relations. He analyses fraud in law and the misuse of law and reflects generally on the lack of legal and moral considerations in the principle of good faith.