

**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BAJA CALIFORNIA
FACULTAD DE DERECHO-MEXICALI**



**TEMA:
"SIMULACIÓN DE CONTRATOS, CON EL FIN DE EVADIR
LEGISLACIÓN LABORAL"**

**Trabajo Terminal para Obtener el Diploma de
ESPECIALIDAD EN DERECHO**

**Presenta:
FEDERICO GUILLERMO LÓPEZ LUGO**

**ASESOR:
DR. MARÍA AURORA DE LA CONCEPCIÓN LACAVEX BERUMEN**

MEXICALI, BAJA CALIFORNIA, MÉXICO

JUNIO DEL 2015.

SIMULACIÓN DE CONTRATOS, CON EL FIN DE EVADIR LA LEGISLACIÓN LABORAL

Introducción.....	4
I. Definiciones y conceptualizaciones.....	7
A. Definición de Trabajador	9
B. Definición de patrón.....	10
C. Definición de Relación de Trabajo, Contrato y Subordinación.....	10
D. Concepto de Salario.....	12
E. Definición simulación.....	15
F. Definición de Contrato de Prestaciones Profesionales, Profesionista y Título Profesional.....	17
Conclusión Subtema.....	18
II. Breve resumen de características del contrato laboral y contrato de servicios profesionales (civil)	19
A. Contrato de Trabajo.....	19
B. Contrato de Prestación de Servicios Profesionales.....	28
Conclusión subtema.....	37
III. Elemento de subordinación.....	39
A. Definición doctrinal.....	39
B. Concepto jurídico.....	39
C. Que menciona la Jurisprudencia.....	41
D. Tendencia con el fin de de evadir la legislación laboral ocultando el elemento de la subordinación.....	44
Conclusión subtema.....	46
IV. Fines jurídicos y reales de la simulación contractual.....	47
A. Reflexión sobre los motivos y la eficacia de la simulación contractual.....	47
B. Consecuencias jurídicas.....	48
a. Para la patronal al quedar demostrado el elemento de subordinación.....	52
b. Para el trabajador la omisión de prestaciones y derechos que por ley le corresponden.....	52
Conclusión subtema.....	53

Conclusión.....	54
Propuestas.....	56
Fuentes consultadas.....	58

Introducción

El presente trabajo de investigación parte de uno de los problemas con los que se enfrentan día con día, los individuos al momento de buscar empleo, específicamente a una práctica muy arraigada de los patrones en buscar evadir las obligaciones y responsabilidades laborales que les confiere la Ley Federal del Trabajo a los trabajadores, la simulación contractual, un problema que se presenta con el fin de evadir la legislación laboral, imponiendo a un trabajador dependiente y subordinado, la firma de un contrato mediante el cual se pretende o se declara la existencia de una relación autónoma civil o mercantil, puede deberse a la esencia proteccionista de Ley Federal del Trabajo, e intentar evitar las cargas económicas a las que obliga a la parte patronal la Ley antes mencionada.

Teniendo en cuenta el carácter proteccionista y esencia de la Ley Federal del Trabajo recién reformada el 30 de noviembre de 2012, pero aun así con la reforma realizada a esta, no se adecua a la realidad que vive nuestro país, específicamente me referiré a Mexicali, Baja California, es así como en ese sentido los patrones intentan imponer al trabajador la firma de un contrato donde se declara la existencia de una relación autónoma diferente a la laboral, esta disfrazada en una relación Civil o en su caso Mercantil, específicamente la celebración de un contrato de servicios profesionales (civil), aun cuando por la naturaleza de las funciones y las características del trabajo prestado evidentemente se encuentran ante una relación que debería de nacer bajo la tutela de la ley laboral es decir bajo la celebración de un contrato individual de trabajo.

La simulación de contratos representa un alto riesgo y muchas veces necesario de asumir para el patrón, pues una Ley Federal del Trabajo, que en

épocas actuales ya no es consiente con la realidad que se vive en material laboral, donde muchas veces el trabajador deja de ser la parte débil de la relación, y abusa de ese proteccionismo afectando gravemente la producción y estabilidad de la empresa, básicamente la media y pequeña empresa, que no cuentan muchas de las veces con un derecho laboral preventivo, o que por la naturaleza de los servicios que presta o desarrolla, los patrones no cuentan con una adecuada asesoría legal de obligaciones y derechos tanto de él, como los del trabajador, que se estipulan en la Ley Federal del Trabajo, o muchas veces mal informado, es que regularmente nace en el afán de evitar las obligaciones que con lleva una relación laboral, tratando de evitar obligaciones como lo son seguridad social, vivienda y fondo de ahorro etc. por mencionar algunas, engañando al trabajador con la celebración de un contrato de servicios profesionales, cuando la relación que nace de esa celebración de contratos es evidentemente laboral o bien cuando el puesto que va ocupar el trabajador no requiere de una preparación profesional ni titulo legalmente expedido para su ejercicio, y el problema recae principalmente en un juicio laboral, donde si el patrón no acredita la naturaleza civil del contrato, será condenado a cubrir las obligaciones que omito cumplir y le corresponde.

Es en ese sentido que el presente trabajo tiene como objetivo exponer esta problemática y ser a la par de una investigación, un medio que proporcione información, exponiendo las particularidades y características del Contrato de prestación de servicios profesionales, establecidas en el Código Civil para el Estado de Baja California así como la Ley Para El Ejercicio De Las Profesiones Del Estado De Baja California, así como las características y particularidades del contrato de trabajo, establecidas en la Ley Federal del Trabajo, y el elemento distintivo de las relación de trabajo que es el elemento de subordinación y la jurisprudencia sobre la subordinación.

El objeto del presente trabajo de investigación se basara en brindar un análisis de las características del contrato de trabajo y de prestación de servicios profesionales, en el elemento de subordinación, desarrollando si efectivamente en la práctica la simulación contractual logra evadir la naturaleza de la relación obrero-patronal, o solo es una forma de intentar evadir, lo que es totalmente evidente. Con la reforma más reciente a la Ley Federal del Trabajo y las nuevas formas de contratación (recién reglamentadas, que en la práctica ya se utilizaban) estipuladas en ella, bastarían para evitar y alentar a la parte patronal a evitar este tipo de contratos simulados, y regir la relación desde un principio por la Ley Federal Trabajo, o es necesaria una nueva reforma que prevenga o resuelva de origen de este conflicto, apoyándome para ello en diferentes fuentes de información jurídica como lo son libros, diccionarios y revistas arbitradas, buscando lograr con este trabajo el facilitar la información de una manera clara, acercando a la parte patronal a la realidad con que se enfrentan con la simulación contractual.

I.- Definiciones y Conceptualizaciones.

Antes de abordar el tema de esta práctica común y arraigada en las relaciones entre personas que juegan uno de los tantos vínculos que se forman en la sociedad actual, siendo este el de trabajador y patrón, que llega a ser pilar en una sociedad, y es por la necesidad humana de subsistir (ganar dinero), que nace la relación obrero-patronal (teniendo esta múltiples denominaciones trabajador-patrón, empleado-empleador, jefe-subordinado, etc.), relación entre dos o más individuos, que por una parte, se pueden diferenciar entre sí como un ser que tiene el poder y el recurso para generar mayor ganancia con la necesidad de disponer de personal para lograr su fin, y por otra parte un ser que tiene la necesidad de subsistir obligándose mediante una retribución a las disposiciones de otra persona para lograr cubrir esa necesidad, situación que genera derechos y obligaciones para ambas partes, pero regulada por normas protectoras de lo que denomina la clase débil o desprotegida de la relación, orillando a la parte patronal a prácticas que buscan evadir sus obligaciones y responsabilidades inmersas en la legislación laboral, ya que como menciona Ackerman;

...La relación entre un empresario y un trabajador aislado es típicamente una relación entre un detentador de poder y quien no detenta poder alguno: se origina como un acto de sumisión que en su dinámica produce una situación subordinada, por más que la sumisión y subordinación puedan ser disimuladas por esa indispensable ficción jurídica conocida como “contrato de trabajo”...¹

¹ Ackerman, Mario E. citando a Kahn-Freund en “Contrato de Servicios y Contrato de Trabajo. La Protección de la Persona en las Fronteras del Derecho del Trabajo” En Revista Latinoamericana de Derecho Social número 7-8, Enero- Diciembre año 2007 año. Año IV, En Biblioteca Jurídica Virtual. Instituto de Investigaciones jurídicas. UNAM. P. 4 Y 5
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revlad/cont/7/cnt/cnt1.pdf>. Consulta: 22 de octubre de 2013.

Ahora bien las definiciones tanto doctrinales como las que la propias leyes de la materia mencionan para mayor entendimiento y/o conocimiento del tema desarrollado en el presente trabajo son las siguientes; Como punto de partida nuestra constitucional federal primeramente en su artículo 5 párrafo 1, 2, 3, 7 y 8 del cual solo transcribe lo conducente y relacionado con el tema, menciona que;

...Artículo 5o. A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos. El ejercicio de esta libertad sólo podrá vedarse por determinación judicial, cuando se ataquen los derechos de tercero, o por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad. Nadie puede ser privado del producto de su trabajo, sino por resolución judicial.

La Ley determinará en cada Estado, cuáles son las profesiones que necesitan título para su ejercicio, las condiciones que deban llenarse para obtenerlo y las autoridades que han de expedirlo

Nadie podrá ser obligado a prestar trabajos personales sin la justa retribución y sin su pleno consentimiento, salvo el trabajo impuesto como pena por la autoridad judicial, el cual se ajustará a lo dispuesto en las fracciones I y II del artículo 123.

El contrato de trabajo sólo obligará a prestar el servicio convenido por el tiempo que fije la ley, sin poder exceder de un año en perjuicio del trabajador, y no podrá extenderse, en ningún caso, a la renuncia, pérdida o menoscabo de cualquiera de los derechos políticos o civiles.

La falta de cumplimiento de dicho contrato, por lo que respecta al trabajador, sólo obligará a éste a la correspondiente responsabilidad...”

Artículo que nos menciona que ninguna persona podrá impedirse para que se dedique a la profesión, industria, comercio siempre que sean lícitos, también puntualiza que para el ejercicio de profesiones se requerirá título profesional (característica que será retomada con posterioridad), y que nadie puede ser obligado bajo ninguna circunstancia a prestar trabajos personal sin la justa remuneración y sin su consentimiento, después de este artículo encontramos el artículo 123 apartado A que nos menciona que;

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

Es en estos artículos de la constitución, así como de la ley reglamentaria del artículo 123 apartado A, que además del fundamento legal sobre las relaciones de laborales, encontramos conceptos que son necesarios para dejar establecido el fundamento constitucional y, por su parte la Ley Federal del Trabajo menciona en su artículo primero;

...Artículo 1o.- La presente Ley es de observancia general en toda la República y rige las relaciones de trabajo comprendidas en el artículo 123, Apartado A, de la Constitución...

A) Definición de Trabajador.

En el artículo 8 de la Ley Federal del Trabajo, menciona la definición de trabajador;

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

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

Artículo antes mencionado que deja claro que no dependerá del grado de preparación que se exija en cada caso, para ser entendido como trabajo.

B) Definición de patrón.

Por su parte el artículo 10 de la Ley Federal del Trabajo, define lo que se deberá entender por patrón el cual menciona;

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

C) Definición de Relación de Trabajo, Contrato y Subordinación.

Y en su artículo 20 define lo que se entiende por relación de trabajo, contrato y deja establecida una de las características intentando así marcar la línea de lo que se deberá observar al momento de determinar si una relación es de trabajo, el elemento de subordinación, artículo que dice lo siguiente;

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

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

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

Artículo del cual se desprende que no importa el acto que origine la relación, siempre que sea trabajo personal subordinado a una persona, y mediante el pago de un salario será una relación laboral, de este con concepto dice Néstor de Buen se desprenden fundamentalmente las siguientes conclusiones;

- a) *“...Que no importara el nombre que las partes den al contrato que celebren y este será contrato de trabajo (en lugar de contrato de comisión mercantil o de servicios profesionales, vgr) si de todas maneras se producen, por una parte, la obligación de prestar un servicio personal subordinado y, por la otra, la de pagar un salario (aun cuando al salario se le denomine, a su vez de manera diferente, v. gr. Comisión u honorario.*
- b) *Que el contrato es, simplemente, un acuerdo de voluntades, siendo intrascendente para que surta todas sus consecuencias legales que se inicie o no la prestación del servicio. Precisamente, reforzando esta consideración, en el párrafo final del mismo art. 20 se precisa “la prestación de un trabajo a que se refiere el párrafo primero y el contrato celebrado producen los mismos efectos, significa que tendría las mismas consecuencias la violación a una norma efectiva de trabajo que el incumplimiento de las obligaciones derivadas del acuerdo de voluntades...”²*

² De Buen Néstor. Derecho del trabajo. Editorial Porrúa. México, 2005. Décima Edición. p.43.

En este sentido por su parte Capón Filas, Rodolfo menciona que;

*... la doctrina tradicional se apoya en el contrato de trabajo como fundamento científico de la normatividad, pero reconoce operatividad a la relación de empleo prescindiendo del contrato en si...*³

Entonces tenemos que el contrato es la base que presupone una relación existente, pero podemos entender que la relación puede existir sin la realización de este, o como precisa Néstor de Buen⁴

...es suficiente que se produzca materialmente la prestación del servicio para que nazca la relación de trabajo...

D) Concepto de Salario.

Siguiendo en el mismo orden de ideas Capón Filas, Rodolfo⁵ como concepto de salario establece;

...La voz salario, denominación tradicional, aunque algo en crisis por las distintas modalidades adquiridas, que se conocen con el nombre de sueldo, estipendio, jornal, honorarios, paga, etc. se trata del pago o remuneración que el trabajador recibe por los servicios prestados.

Lo que recibe el trabajador por prestar su fuerza de trabajo o ponerla a disposición del empleador, exceptuando lo que recibe por hechos distintos, que generan prestaciones de seguridad social..."

³ Capón Filas, Rodolfo. "Diccionario de Derecho Social. Derecho del trabajo y Seguridad Social. Relación Individual de Trabajo" Rubinzal y Culzoni S.C.C. Editores Santa Fe. Argentina, 1987. En Biblioteca Jurídica Virtual. Instituto de Investigaciones jurídicas. P.113. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=1412>. Consulta: 25 de octubre de 2013.

⁴ De Buen Néstor. "Derecho del trabajo" Editorial Porrúa. México, 2005. Décima Edición. p.37.

⁵ Capón Filas, Rodolfo. "Diccionario de Derecho Social. Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Relación Individual de Trabajo" Rubinzal y Culzoni S.C.C. editores Santa Fe. Argentina, 1987. En Biblioteca Jurídica Virtual. Instituto de Investigaciones jurídicas. p. 473 y 474. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=1412>. Consulta: 25 de octubre de 2013.

Concepto con el cual se establecen las diferentes denominaciones que recibe el salario, que actualmente se habla de un nuevo principio que contradice al principio de de “salario igual para trabajo igual” que es el de “salario igual a trabajador de igual valor” adecuándose a la realidad que se vive sobre las relaciones laborales, donde se busca que el trabajador sea más competente y capacitado en el desarrollo de sus funciones, por su parte el artículo 82 y 83 de la ley federal del trabajo menciona que se entiende por salario y como podrá fijarse el pago del mismo;

...Artículo 82.- Salario es la retribución que debe pagar el patrón al trabajador por su trabajo.

Artículo 83.- *El salario puede fijarse por unidad de tiempo, por unidad de obra, por comisión, a precio alzado o de cualquier otra manera.*

Tratándose de salario por unidad de tiempo, se establecerá específicamente esa naturaleza. El trabajador y el patrón podrán convenir el monto, siempre que se trate de un salario remunerador, así como el pago por cada hora de prestación de servicio, siempre y cuando no se exceda la jornada máxima legal y se respeten los derechos laborales y de seguridad social que correspondan a la plaza de que se trate. El ingreso que perciban los trabajadores por esta modalidad, en ningún caso será inferior al que corresponda a una jornada diaria.

Cuando el salario se fije por unidad de obra, además de especificarse la naturaleza de ésta, se hará constar la cantidad y calidad del material, el estado de la herramienta y útiles que el patrón, en su caso, proporcione para ejecutar la obra, y el tiempo por el que los pondrá a disposición del trabajador, sin que pueda exigir cantidad alguna por concepto del desgaste natural que sufra la herramienta como consecuencia del trabajo....

Por otro lado el artículo 84 Ley Federal del Trabajo menciona como se llevara a cabo la integración de dicho salario y los conceptos por los cuales será integrado;

...Artículo 84.- El salario se integra con los pagos hechos en efectivo por cuota diaria, gratificaciones, percepciones, habitación, primas, comisiones, prestaciones en especie y cualquiera otra cantidad o prestación que se entregue al trabajador por su trabajo....

En el artículo 21 de la Ley Federal del Trabajo menciona;

...presume la existencia del contrato y la relación de trabajo entre el que presta un servicio personal y el que lo recibe....

Es aquí donde se encuentra una ventaja de quien presta el servicio (trabajador) pues se presume la existencia del contrato y la relación laboral, salvo que la parte patronal demuestre lo contrario.

Parece tajante en este sentido al mencionar que es suficiente al prestación del servicio para que una relación – vínculo sea laboral, porque ahora bien nos encontramos en una evolución constante de la sociedad, encontrándonos con gran y constante diversidad de creación de situaciones de prestación de servicios, por ejemplo el avance tan grande de los trabajos a distancia facilitado por las telecomunicaciones y la informática que cada vez son más los trabajadores, a distancia sin jornada establecida y sin ninguna persona ejerciendo en ellos un poder de mando o bien que creen formar parte de una estructura empresarial donde se cree que son parte de las utilidades de una empresa, o una comisión por ventas, o bien son prestadores de un servicio profesional, que es necesario buscar la manera concreta de puntualizar y dejar claro los problemas que puede acarrear para un empleador mal informado o que busca burlar la legislación en materia laboral por el afán de evitar las cargas impuestas en cuanto prestaciones

se refiere , y los derechos y protección que brinda la ley a los trabajadores, ya que como menciona Néstor de Buen⁶;

“...Parece indudable que en la relación de trabajo no jugaran los factores que respecto del contrato, integran los presupuestos de validez. La capacidad de las partes, la falta del acto que de origen a la relación y aun la ilicitud de esta, cuando se viola alguna de las disposiciones imperativas contenidas en el art. 5 de la ley, no serán obstáculo para que nazca la relación laboral con todas sus consecuencias económicas aun cuando, en cierto modo, puedan llegar a provocar su inmediata terminación y la aplicación de sanciones al patrón empleador...”

Al parecer nos encontramos con algo que parece tan sencillo de diferenciar en el texto, que en la realidad de los hechos es una línea muy delgada donde las ramas del derecho convergen, que aun hoy en día se sigue debatiendo sobre este tema, que en la práctica es difícil aun para los conocedores de la materia, el optar por una postura, sobre la simulación de diferentes relaciones en base a contratos de otra índole buscando primordialmente evadir la legislación laboral.

Y es en la actualidad donde esa balanza que marco la pauta para la regulación de las relaciones laborales la que ahora busca equilibrarse, entre dos posturas que para mi punto de vista es, donde la parte obrera ya no es siempre la más débil y la parte patronal busca mayor mente evadir las obligaciones estipuladas en una ley mayormente proteccionista a la parte obrero como lo es la Ley Federal del Trabajo.

E) Definición simulación:

Es por la propia naturaleza que los seres humanos, que al momento de relacionarse, siempre o casi siempre busquemos un beneficio personal en casi

⁶ De Buen Néstor. "Derecho del Trabajo" Editorial Porrúa. México, 2005. Décima Edición. pp. 41 y 42.

cualquier tema, y es en este sentido que cuando nace una relación de trabajo, las partes busquen beneficiarse ante dicha situación, ya conforme va evolucionando el derecho, hoy en día los trabajadores están más informados, un gran porcentaje de trabajadores conocen el procedimiento de la sustanciación de un juicio laboral, y tiene conocimiento a lo que está obligado a conservar y probar la parte patronal, en ese sentido aceptan la celebración de cualquier tipo contrato, conociendo su clausulado y emitiendo su voluntad de celebrarlo en esas condiciones, el empleador en ese sentido llega ser ingenua, pues apuesta por creer que tiene todo bajo control con la realización de este tipo de contrataciones, es aquí donde se crea esta tendencia de la simulación de contratos, la simulación se puede definir como en primer lugar La real academia de la lengua española define simulación como;

(Del lat. simulatio, -ōnis).

1. f. Acción de simular.

2. f. Der. Alteración aparente de la causa, la índole o el objeto verdadero de un acto o contrato.

Ya en una definición doctrinal Capón Filas, Rodolfo⁷, lo define como;

...Es hacer parecer una cosa por otra, se refiere al contrato o a los supuestos de ejecución. De otro modo, es un fraude, que puede recaer sobre el contrato (hacer parecer el contrato de trabajo como de sociedad) o sobre las condiciones de trabajo (pagos en negro, menor horario del que se cumple realmente, recibos de sueldo que no corresponden con la realidad etc.)...

⁷ Capón Filas, Rodolfo. "Diccionario de Derecho Social. Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Relación Individual de Trabajo" Rubinzal y Culzoni S.C.C. Editores Santa Fe. Argentina, 1987. En Biblioteca Jurídica Virtual. Instituto de Investigaciones jurídicas. p. 462 y 463. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=1412>. Consulta: 25 de octubre de 2013.

De las anteriores definiciones se desprende básicamente que es hacer parecer una cosa por otra, una ficción de la realidad el mismo autor Capón Filas, Rodolfo⁸ menciona;

...El trabajador, en la amplia mayoría de los casos, carece de capital, tiene la necesidad de trabajo y acepta cualquiera si no obtiene uno de acuerdo a su profesión o a su conveniencia (si el hombre es el lobo del hombre, la desocupación es la pantera que aterra); esta subordinación económica lleva a pensar en la falta de libertad en la contratación...

Coincido con él autor, en el sentido que, nos ante una situación laboral en general complicada, la falta de empleo, y la búsqueda del patrón por una mayor ganancia, evadiendo sus responsabilidades y obligaciones, y como lo mencione anteriormente, teniendo de su parte el poder de mando y capital, condiciona la celebración de contratos bajo términos que muchas de las veces ni la propia legislación contempla, contratos celebrados mes con mes, celebraciones de contratos de prestación de servicios profesionales, en materias que evidentemente no es necesario un título para su ejercicio, esto siempre con el afán de que el trabajador no genere antigüedad alguna, vacaciones, aguinaldo, etc., y es la necesidad de subsistir, la que obliga a los trabajadores a aceptar condiciones de trabajo, muy inferiores a las que les corresponden y a las señaladas en la ley de la materia.

⁸ Ibídem. 473 y 474

F) Definición de Contrato de Prestaciones Profesionales, Profesionista y Título Profesional.

Como concepto de Buen Unna, Claudia menciona que;...es un convenio por virtud del cual un profesor se obliga a prestar a una persona física o moral, un servicio profesional a cambio de una retribución...⁹

Por su parte la ley reglamentaria del artículo 5 constitucional, respecto a lo relativo del ejercicio profesional, Ley Para El Ejercicio De Las Profesiones Del Estado De Baja California en su artículo 3 conceptualiza lo que se entenderá por Ejercicio Profesional, profesionista y título;

...ejercicio profesional.- La realización habitual a Título oneroso o gratuito, de todo acto o la prestación de cualquier servicio propio de cada profesión..."

.- Profesionista.- La persona física que cuente con Título en algún grado del nivel educativo superior;

Título Profesional.- El documento expedido por las instituciones públicas debidamente autorizadas o reconocidas por las autoridades competentes, para ejercer alguna de las profesiones que esta Ley regula...

B.- Conclusión subtema.

Es por esto que es necesario dar una visión clara, más que buscar el castigo o culpable, buscar hacer conciencia en la parte patronal, logrando que la relaciones desde su origen sean conforme a la norma, la necesidad de lograr un derecho preventivo que busque ser parámetro, en un cambio en la mentalidad de los patrones que hoy en día tienen que dejar atrás esas prácticas y ser

⁹ De Buen Unna, Claudia "El Contrato de Prestación de Servicios Profesionales, Vía de Fraude Laboral", En revista Latinoamericana de Derecho Social, año III, numero 5, Enero-Junio año 2006, En Biblioteca Jurídica Virtual. Instituto de Investigaciones jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. p. 69. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1090/10.pdf> Fecha de consulta: 09 de noviembre 2013

verdaderamente asesorados de manera integral en cuanto a relaciones patrón-trabajador se refiere, logrando con esto mayor seguridad jurídica, tanto para trabajadores como patrones, previniendo los problemas que puede ocasionar, una simulación contractual.

II. BREVE RESUMEN DE CARACTERÍSTICAS Y DIFERENCIAS DEL CONTRATO LABORAL, FRENTE AL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES.

Después de haber enunciado algunas definiciones tanto doctrinales como las que la propia ley menciona, puedo puntualizar que existe una tendencia por parte de la patronal el intentar disfrazar las relaciones surgidas entre el patrón y sus trabajadores, es por esto, que el presente trabajo, busca ser un documento de conocimiento, de fácil comprensión, en busca de detener esa práctica que día a día se vuelve más común, tratando así de lograr un derecho laboral preventivo, que busque que las relaciones laborales nazcan con total apego a la legislación laboral.

Por otro lado realizare un breve resumen de las características principales entre el contrato de trabajo laboral (materia laboral) y el de prestación de servicios profesionales (materia civil), cerrando esta investigación en las consecuencias inevitables que acarrearía buscar evadir, en base a este tipo de contratos, la legislación laboral.

A) Contrato de Trabajo.

Por su parte como ya se menciono con anterioridad el artículo 20 de la Ley Federal del Trabajo, nos menciona lo que se entiende por relación de trabajo y contrato individual de trabajo, siendo este ultimo el concepto que nos ocupa el cual se transcribe en lo conducente

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

Concepto el cual ya se ha dejado establecido en el capítulo anterior pero que partiré con el mismo, ya que es el que menciona la legislación laboral vigente, señalando claramente que no importa su denominación, es el por el cual una persona (trabajador) se obliga a otra (patrón) un trabajo personal subordinado (elemento esencial....) mediante el pago de una retribución (salario).

Por su parte Claudia de Buen Unna lo conceptualiza de la manera siguiente;

...Se trata de la actividad humana intelectual y/o material realizada a favor de otra persona, de manera subordinada y en forma personal...¹⁰

De los conceptos antes mencionados podemos darnos cuenta las principales características del contrato de trabajo, primero no importara su denominación, segundo la obligación de prestar un trabajo de una manera subordinada de una persona a otra, y tercero el pago de un salario derivado de esa prestación de servicio de manera subordinada.

Ahora bien Néstor de Buen en su libro “derecho del Trabajo”, nos menciona los elementos esenciales del mismo, diciendo que el negocio jurídico del contrato de trabajo es una especie, que se integra de los siguientes elementos;

¹⁰ De Buen Unna, Claudia “El Contrato de Prestación de Servicios Profesionales, Vía de Fraude Laboral”, en revista Latinoamericana de Derecho Social, año III, número 5, Enero-Junio año 2006, En Biblioteca Jurídica Virtual. Instituto de Investigaciones jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. p. 69. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1090/10.pdf> Fecha de consulta: 09 de noviembre 2013

“...a) Voluntad de las partes

b) El objeto posible

El primero de manera expresa y formal otorgando el escrito a que se refiere el artículo 25, o tacita a través de la prestación de un servicio y el pago de un salario.

El segundo dos direcciones fundamentales: la obligación de prestar el servicio, en forma personal y subordinada y la de pagar el salario (objeto directo) a su vez el objeto indirecto lo constituirán el servicio específico a prestar y el importe de salario...”¹¹

Ya con esto tenemos dos elementos la voluntad de las partes y el objeto posible del mismo, una pequeña crítica que surge de estos dos elementos es sobre la voluntad de las partes, que realmente es muy limitada, en virtud de que difícilmente la parte obrera se encuentra ante la posibilidad, muchas veces de elegir si trabajar para un empleador u otro o ser su propio patrón, si no que su voluntad está condicionada, ya que la realidad social es que la gran mayoría de las personas, buscan empleo y/o trabajan por necesidad, y no por necesidad de hacerlo, si no necesidad de un salario, es decir prestaciones económicas para cubrir las necesidades su subsistir y las de la familia en su caso, situación que hace que los trabajadores, acepten cualquier tipo de contratación, por una parte por la necesidad de obtener un salario y la otra el desconocimiento muchas veces de las normas laborales.

Retomando el orden de ideas, nos encontramos que el artículo 21 de la Ley Federal del Trabajo menciona que;

¹¹De Buen Néstor. “Derecho del Trabajo” Editorial Porrúa. México, 2005. Decima Edición. p. 44 y 45

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

Artículo el cual beneficia ampliamente a los trabajadores, ya que con el afán de evadir las disposiciones legales de la Ley Federal del Trabajo, el empleador no realiza contrato alguno, intentando evitar que las condiciones de trabajo se encuentren estipuladas de alguna forma, y no otorgando las condiciones mínimas que señala la ley en cuestión, buscando que sus trabajadores no cuenten con la certeza, de su jornada laboral, funciones, salario, etc., que en el contrato se estipulan, situación que perjudica enormemente al empleador, ya que la obligación es del patrón, esto según el artículo 26 de la LFT., mismo que se transcribe;

...Artículo 26.- La falta del escrito a que se refieren los artículos 24 y 25 no priva al trabajador de los derechos que deriven de las normas de trabajo y de los servicios prestados, pues se imputará el patrón la falta de esa formalidad...

Siendo el escrito al que se refieren los artículo 24 y 25 de la LFT, claramente al contrato de trabajo, ya que a pesar de que no exista contrato por escrito, donde consten las condiciones de trabajo, la ley protege al trabajador en ese sentido, ya que será imputable al patrón la falta de formalidad del contrato y como menciona Néstor de Buen;

*...Las consecuencias que acarrea este principio pueden ser muy graves. Bastara que en un juicio un trabajador invoque las condiciones que quiera para que se estimen ciertas, salvo que el patrón compruebe lo contrario...*¹²

¹² De Buen Néstor. "Derecho del Trabajo" Editorial Porrúa. México, 2005. Decima Edición. p. 44 y 45

Los artículos 24 y 25 antes mencionados señalan lo siguiente;

...Artículo 24.- Las condiciones de trabajo deben hacerse constar por escrito cuando no existan contratos colectivos aplicables. Se harán dos ejemplares, por lo menos, de los cuales quedará uno en poder de cada parte ...

Artículo que obliga a que las condiciones en las cuales ha desarrollarse la relación laboral, deberá constar por escrito, siendo el artículo 25 de la LFT, que menciona los requisitos mínimos que deberá contener el contrato;

...Artículo 25.- El escrito en que consten las condiciones de trabajo deberá contener:

I. Nombre, nacionalidad, edad, sexo, estado civil, Clave Única de Registro de Población, Registro Federal de Contribuyentes y domicilio del trabajador y del patrón;

II. Si la relación de trabajo es para obra o tiempo determinado, por temporada, de capacitación inicial o por tiempo indeterminado y, en su caso, si está sujeta a un periodo de prueba;

III. El servicio o servicios que deban prestarse, los que se determinarán con la mayor precisión posible;

IV. El lugar o los lugares donde deba prestarse el trabajo;

V. La duración de la jornada;

VI. La forma y el monto del salario;

VII. El día y el lugar de pago del salario;

VIII. La indicación de que el trabajador será capacitado o adiestrado en los términos de los planes y programas establecidos o que se establezcan en la empresa, conforme a lo dispuesto en esta Ley; y

IX. Otras condiciones de trabajo, tales como días de descanso, vacaciones y demás que convengan al trabajador y el patrón...

Como se observa el escrito en el cual se estipulan las condiciones de trabajo, otorga certeza sobre las circunstancias de cómo, cuando y donde se desarrollara la relación laboral, así como el salario, si es contrato por tiempo determinado e indeterminado, otorgando así seguridad jurídica a los contratantes, es decir tanto al trabajador como al patrón, es por ello, que es necesario que el patrón prevenga las formalidades con las que ha de nacer la relación laboral, ya que basta con que el trabajador en juicio mencione y solicite la prueba de inspección al mismo, para que el patrón quede obligado a mostrarlo en juicio, de lo contrario existe el apercibimiento de tener por presuntivamente cierto los hechos que pretende acreditar el actor en base al contrato de trabajo, ya que es la propia Ley Federal del Trabajo en su artículo 784 donde menciona que eximirá de la carga de la prueba al trabajador, cuando por otros medios la autoridad pueda llegar al conocimiento de los hechos, documentos que de acuerdo con la ley está obligado legalmente a conservarlos en la empresa, artículo que señala lo siguiente;

...Artículo 784.- La Junta eximirá de la carga de la prueba al trabajador, cuando por otros medios esté en posibilidad de llegar al conocimiento de los hechos, y para tal efecto requerirá al patrón para que exhiba los documentos que, de acuerdo con las leyes, tiene la obligación legal de conservar en la empresa, bajo el apercibimiento de que de no presentarlos, se presumirán ciertos los

hechos alegados por el trabajador. En todo caso, corresponderá al patrón probar su dicho cuando exista controversia sobre:

I. Fecha de ingreso del trabajador;

II. Antigüedad del trabajador;

III. Faltas de asistencia del trabajador;

IV. Causa de rescisión de la relación de trabajo;

V. Terminación de la relación o contrato de trabajo para obra o tiempo determinado, en los términos de los artículos 37, fracción I, y 53, fracción III, de esta Ley;

VI. Constancia de haber dado aviso por escrito al trabajador o a la Junta de Conciliación y Arbitraje de la fecha y la causa de su despido;

VII. El contrato de trabajo;

VIII. Jornada de trabajo ordinaria y extraordinaria, cuando ésta no exceda de nueve horas semanales;

IX. Pagos de días de descanso y obligatorios, así como del aguinaldo;

X. Disfrute y pago de las vacaciones;

XI. Pago de las primas dominical, vacacional y de antigüedad;

XII. Monto y pago del salario;

XIII. Pago de la participación de los trabajadores en las utilidades de las empresas; y

XIV. Incorporación y aportaciones al Instituto Mexicano del Seguro Social; al Fondo Nacional de la Vivienda y al Sistema de Ahorro para el Retiro.

La pérdida o destrucción de los documentos señalados en este artículo, por caso fortuito o fuerza mayor, no releva al patrón de probar su dicho por otros medios...

Como se observa la ley obliga al patrón a conservar ciertos documentos anteriormente señalados, en los que se encuentra entre otros el contrato de trabajo, situación que refuerza lo importante que resulta, estipular desde un principio es decir desde el nacimiento de la relación obrero patronal, el documento donde se estipulen las condiciones bajo las cuales se desarrollara dicha relación, ya que como se ha mencionado la Ley Federal del Trabajo es mayormente proteccionista al trabajador, e intentar evadir esta legislación, haciendo parecer que la relación que los vincula, es una diferente a la laboral, a traería graves consecuencias para el patrón, ya que la propia Ley Federal del Trabajo, nos menciona en su artículo 18 que;

...Artículo 18.- En la interpretación de las normas de trabajo se tomarán en consideración sus finalidades señaladas en los artículos 2o. y 3o. En caso de duda, prevalecerá la interpretación más favorable al trabajador...

Siendo las finalidades señaladas en los articulo 2do y 3ro, el primero de ellos no habrá sobre el equilibrio que buscan conseguir las normas del trabajo sobre los factores de producción y justicia social, así como propiciar el trabajo digno y decente del cual en su párrafo segundo define lo que se entiende por trabajo digno o decente, como a letra dice;

Aquél en el que se respeta plenamente la dignidad humana del trabajador; no existe discriminación por origen étnico o nacional, género, edad, discapacidad, condición social, condiciones de salud, religión, condición migratoria, opiniones, preferencias sexuales o estado civil; se tiene acceso a la seguridad social y se percibe un salario remunerador; se recibe capacitación continua para el incremento de la productividad con beneficios compartidos, y se cuenta con condiciones óptimas de seguridad e higiene para prevenir riesgos de trabajo.

Y el segundo artículo menciona que el trabajo es un derecho y un deber sociales, no un artículo de comercio, además que no podrán establecerse condiciones que impliquen ningún tipo de discriminación entre los trabajadores y así como también señala que es del interés social vigilar y promover la capacitación, adiestramiento, así como todo lo relacionado con la formación de los trabajadores y la sustentabilidad ambiental, de lo anterior y como se ha venido manifestando el derecho del trabajo es un derecho social, que busca proteger a la parte débil de la relación, pero un planteamiento importante podría ser, nos encontramos bajo las mismas circunstancias sociales de hace 20 años, aun con la reciente reforma a la Ley Federal del Trabajo del 12 de noviembre de 2012, la ley en mención se ajusta más a la de la simulación contractual, o será utilizado como comúnmente se acostumbra, hacer firmar al trabajador un contrato por un mes , después de tres meses, otro de otro mes y si pasa todas las pruebas innominadas, le otorgan el gran privilegio de firmar un contrato por tiempo indeterminado, si bien logro pasar todos los periodos y oportunidades que le otorga el patrón, logro hacer convicción suficiente, cumpliendo con un sinfín de periodos a prueba a beneplácito del patrón, como podríamos denominarle a esto..

La simulación contractual se convierte en un camino paralelo entre la luz de la legalidad y la penumbra de lo ilegal, una forma de simular e intentar ocultar lo que en la realidad es evidente, que en base a las nuevas circunstancias sociales, busca lograr un contra peso, ante esa ley proteccionista, una simulación aceptada

por las dos partes en la relación naciente, con pleno uso de su voluntad, como partes contratantes, o la tutela que brinda, está por encima de la voluntad de las partes. Es una tendencia que busca evidentemente evadir la legislación laboral, o bien una señal que nos indica que en la realidad de los hechos los patrones se enfrentan a buscar opciones ante trabajadores poco capacitados y responsables, que viven una vida laboral en constante movimiento de un trabajo a otro, que en el corto plazo, cuesta mucho dinero a la empresa, trabajadores que difícilmente duran en una empresa 6 meses, donde su periodo de capacitación y adaptación están en proceso, no logrando una estabilidad ni tanto para él como para su puesto en la organización de la empresa.

B) Contrato de Prestación de Servicios Profesionales

Como ha quedado conceptualizado en párrafos anteriores De Buen Unna, Claudia menciona que el contrato de prestación de servicios profesionales es un convenio por virtud del cual un profesor se obliga a prestar a una persona física o moral, un servicio profesional a cambio de una retribución.

Contrato que se encuentra regulado por el Código Civil del Estado de Baja California en el título Decimo capítulo I de la prestación de Servicios Profesionales, así como por la ley reglamentaria del artículo 5 constitucional, respecto a lo relativo del ejercicio profesional, Ley para el Ejercicio de las Profesiones del Estado de Baja California en su artículo 3 conceptualiza lo que se entenderá por Ejercicio Profesional, profesionista y título, conceptos que quedaron establecidos en el primer capítulo del presente trabajo.

El artículo 17 de la Ley para el Ejercicio de las Profesiones del Estado de Baja California, menciona un requisito indispensable y característico de este tipo de prestación de servicios;

.... Artículo 17.- Para ejercer una profesión, se requiere:

I.- Poseer Título profesional legalmente expedido;...

Por su parte el Código Civil para el Estado de Baja California en su artículo 2479 refiere;

.... El que presta y el que recibe los servicios profesionales, pueden fijar, de común acuerdo, retribución debida por ellos...

Tal como se desprende del propio Código Civil del Estado de Baja California y el profesionista indistintamente se le denomina profesor, y la retribución que percibirá por sus servicios se le denomina honorario los cuales serán fijados en común acuerdo entre el que; presta y el que recibe los servicios profesionales, ya que si no fuera convenido el pago de la retribución, los honorarios se regularan atendiendo juntamente según el artículo 2480 del Código Civil del Estado de Baja California;

...los honorarios se regularán atendiendo juntamente a la costumbre del lugar, a la importancia de los trabajos prestados, a la del asunto o caso en que se prestaren, a las facultades pecuniarias del que recibe el servicio y a la reputación profesional que tenga adquirida el que lo ha prestado. Si los servicios prestados estuvieren regulados por arancel, éste servirá de norma para fijar el importe de los honorarios reclamados...

De lo anterior se observa que es importante al momento de realizar un contrato o convenio por la prestación de servicios profesionales estipular cual será el monto de la retribución (honorarios) y que sucederá con esa retribución en caso de no obtener el éxito esperado en el negocio o trabajo encomendado, ya que parte el artículo 2486 del Código Civil del Estado de Baja California señala que;

...Los profesores tienen derecho de exigir sus honorarios, cualquiera que sea el éxito del negocio o trabajo que se les encomiende, salvo convenio en contrario...

Por su parte el artículo 2483 estipula el lugar y la forma en que deberán cubrirse el pago de honorarios;

....El pago de los honorarios y de las expensas, cuando las haya, se hará en el lugar de la residencia del que ha prestado los servicios profesionales, inmediatamente que preste cada servicio o al fin de todos, cuando se separe el profesor o haya concluido el negocio o trabajo que se le confió...

Seguidamente su artículo 2484 menciona;

...Si varias personas encomendaren un negocio, todas ellas serán solidariamente responsables de los honorarios del profesor y de los anticipos que hubiere hecho...

De los cuales se desprende el lugar donde deberán cubrir los honorarios y en qué momento se puede realizar el pago de estos, así como la responsabilidad solidaria en caso de que varios sujetos solicitaran de los servicios profesionales del profesor.

De buen Unna Claudia menciona que *...el profesor debe actuar con ética y realizar el trabajo que se le encomienda con diligencia, pericia y buena fe...*¹³
situación.....

¹³ De Buen Unna, Claudia "El Contrato de Prestación de Servicios Profesionales, Vía de Fraude Laboral", en revista Latinoamericana de Derecho, año III, numero 5, Enero-Junio año 2006, En Biblioteca Virtual. Instituto de Investigaciones jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. p. 169 <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1090/10.pdf> Fecha de consulta: 10 de noviembre 2013

Situación que no debería de estar en duda, si partimos de la idea que un profesionista o profesor es una persona con un grado de preparación alto, y una formación académica universitaria, formado en base a valores y principios rectores de la profesión que ejerce, es decir un profesional.

El artículo 10 de la Ley para el Ejercicio de las Profesiones del Estado de Baja California menciona;

...ARTÍCULO 10.- Todas las profesiones que requieren Título profesional para su ejercicio en el Estado de Baja California, deberán sujetarse a las disposiciones de esta Ley y su Reglamento...

Y seguidamente en su artículo 11 de la Ley para el Ejercicio de las Profesiones del Estado de Baja California menciona un listado de las profesiones que necesitan título para su ejercicio en el Estado de Baja California y en sus diversas ramas y especialidades, siendo una lista enunciativa de 84 profesiones mas no limitativa ya que termina mencionando ...y, Las demás profesiones que se publiquen en el Periódico Oficial del Estado por el Departamento de Profesiones...

Es por lo anterior que evidentemente el contenido de los contratos de prestación de servicios variara según la materia, tal como menciona De Buen, Unna Claudia;

...El contenido de los contratos de prestación de servicios profesionales varía según la materia, puede contener una fecha o plazo de entrega, o la determinación de un evento que pudiere estar relacionado con su realización, es deber del profesional llevar a cabo el trabajo encomendado en los términos y tiempos preestablecidos y su derecho es recibir la retribución pactada...

Es así que difícilmente se puede establecer claramente el contenido de cada uno de los posibles contratos de prestación de servicio que se puede realizar, en virtud de que cada contrato deberá tener características propias de la profesión o materia en la se realice la prestación del servicio.

El artículo 22 y 24 de la Ley para el Ejercicio de las Profesiones del Estado de Baja California por su parte si establece los derechos y obligaciones del profesionista, el artículo 22 menciona los derechos;

...ARTÍCULO 22.- Son derechos del profesionista:

- I.- Percibir la justa remuneración Por sus servicios profesionales de común acuerdo con el cliente:*
- II.- Ser parte de las asociaciones de profesionistas en los términos de esta Ley; y,*
- III.- Los demás que se encuentren previstos en la presente Ley y su Reglamento...*

Por su parte el artículo 23 de la citada ley menciona las obligaciones;

...ARTÍCULO 23.- Son obligaciones del profesionista:

- I.- Observar legalidad, honestidad y ética en la prestación de los servicios profesionales, XVII Legislatura Ley de Ejercicio de las Profesiones para el Estado de B.C.*
- II.- Aplicar sus conocimientos profesionales al servicio del cliente o empleador;*
- III.- Guardar el secreto profesional respecto a la información de que disponga, salvo los informes que deban rendirse ante las autoridades competentes;*
- IV.- Señalar en su publicidad o papelería particular, su nombre completo, profesión que ejerce y cualquier otro estudio de nivel educativo superior en su caso, y número de registro de su Cédula Personal o autorización respectiva;*

- V.- Cumplir con diligencia la prestación del servicio social conforme a los lineamientos de esta Ley y su Reglamento;
- VI.- Exhibir su Título profesional, constancia o certificado que acrediten estudios de nivel educativo superior, en lugar visible del establecimiento en que habitualmente ejerce la profesión;
- VII.- Informar al Departamento, el domicilio del establecimiento en que habitualmente ejerce la profesión;
- VIII.- Dar aviso al Departamento dentro de los treinta días hábiles siguientes del cambio de domicilio del establecimiento donde ejercía su profesión;
- IX.- Cumplir con la prestación de los servicios profesionales en los términos convenidos con el cliente; y,
- X.- Las demás que se desprendan de esta Ley y su Reglamento.

Artículo que muestra las principales obligaciones del que presta sus servicios profesionales destacando entre otras la de observar legalidad, honestidad y ética en la prestación de los servicios profesionales, así como aplicar sus conocimientos profesionales al servicio del cliente o empleador y cumplir con la prestación de los servicios profesionales en los términos convenidos con el cliente, distinción importante al mencionar claramente en los términos convenidos con el cliente, donde se puede observar una característica de este contrato que es que las condiciones en las cuales se desarrollaran las actividades del profesional se convienen mediante un acuerdo de voluntades.

El Código Civil para el Estado de Baja California en su artículo 2481 menciona lo siguiente;

...Los que sin tener el título correspondiente ejerzan profesiones para cuyo ejercicio la Ley exija título, además de incurrir en las penas respectivas, no

tendrán derecho de cobrar retribución por los servicios profesionales que hayan prestado...

Así como la Ley para el Ejercicio de las Profesiones del Estado de Baja California en su artículo 56 fracción I dice;

...ARTICULO 56.- Se impondrá multa de cinco y hasta trescientas veces el Salario mínimo general vigente en el Estado:

I.- A quien ejerza una profesión sin poseer título legalmente expedido, ni cuente con el Registro correspondiente...

De los cuales se desprende que al que ejerza alguna profesión o se ostente como profesional en alguna de las profesiones en la cual la ley exija título, podrá ser acreedor de alguna pena establecida, así como la multa señalada en el artículo 56 de Ley para el Ejercicio de las Profesiones del Estado de Baja California.

Por su parte el Código Penal del Estado de Baja California, en su capítulo III denominado "Usurpación de Profesiones" en su artículo 260 menciona;

...Artículo 260.- Tipo y punibilidad.- Al que sin serlo, se atribuya el carácter de profesionista, ofrezca públicamente sus servicios como tal o realice actividades propias de una profesión sin tener el título correspondiente o sin la debida autorización, se le impondrá prisión de seis meses a seis años y de veinte a doscientos días de multa.

Las mismas penas se aplicarán al que sin tener título o autorización para ejercer alguna profesión reglamentada, con objeto de lucrar, se una a profesionistas legalmente autorizados con fines de ejercicio profesional o

administre alguna asociación profesional...

Artículo que menciona que se impondrán a quien se ostente como profesionista, situación importante en virtud de que ante una simulación contractual, donde el patrón otorga la calidad de profesor a un trabajador sin serlo, estarían por una parte burlando también la legislación penal del estado, por un lado buscando evadir la legislación laboral y por otro otorgando una calidad ficticia de profesionista a una persona que no cuenta con el título correspondiente, De Buen, Unna Claudia menciona;

...Quien ejerza alguna profesión que requiera título para su ejercicio, no cuente con cedula o autorización, no tiene derecho a ejercer como tal y por supuesto no tiene derecho a cobrar honorarios...¹⁴

Es entonces así que de las normas relativas al contrato de servicios profesionales, se desprenden las características principales de este, siendo que varían dependiendo de la profesión que ha de tratar, todo lo relacionado con el pago de honorarios, las obligaciones y derechos de los profesionista, las penas en las que incurrir los que se ostenten como profesionistas sin tener un título reconocido por ley, cuando así se exija para el ejercicio de la profesión que se trate.

Por último el Código Civil del Estado de Baja California menciona en su artículo 2488;

¹⁴ De Buen Unna, Claudia "El Contrato de Prestación de Servicios Profesionales, Vía de Fraude Laboral", en revista Latinoamericana de Derecho, año III, numero 5, Enero-Junio año 2006, En Biblioteca Virtual. Instituto de Investigaciones jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. Pp. 172 <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1090/10.pdf> Fecha de consulta: 09 de noviembre 2013

...El que preste servicios profesionales, solo es responsable, hacia las personas a quienes sirve, por negligencia, impericia o dolo, sin perjuicio de las penas que merezcan en caso de delito...

Es decir la responsabilidad del profesionista es de manera personal hacia la persona o personas a quien presta el servicio, la ley aplicable siempre lo será el código civil, en caso de controversia entre las partes será resultado por un Juzgado Civil del Poder Judicial del Estado, o podrá someterse al Arbitraje tal como lo señala el artículo 40 de la Ley para el Ejercicio de las Profesiones del Estado de Baja California, no se tomara en cuenta la naturaleza del acto en el que vaya a prestar su servicio el profesionista, para regular la relación contractual.

...ARTICULO 40.- En los casos de controversia en materia de obligaciones relativas a la prestación de servicios profesionales, las partes podrán acudir ante los órganos jurisdiccionales competentes o someterse al arbitraje en los términos de esta Ley, excepto en aquellas profesiones que cuenten con un ordenamiento legal para dirimir las....

Conclusión de Subtema.

Lo anterior es un breve resumen de las principales características del contrato de trabajo y el contrato de prestación de servicios profesionales, elaborado con el fin de dar a conocer las características más importantes de estos, así como que estipula la ley respectiva que rige cada uno de los contratos, donde se pueden señalar algunas de las principales características de distinción entre estos, uno de ellos y que juega un papel principal es el elemento de subordinación, que encontramos inmerso en el contrato de trabajo, el trabajo es personal subordinado (como lo menciona el artículo 20 de la Ley Federal del Trabajo), cualquiera que sea su forma o denominación, es aquel por virtud del cual una persona se obliga a prestar a otra un trabajo personal subordinado, entendida esta como el poder jurídico de mando que tiene el patrón en estrecha

relación al deber de obediencia y acatamiento al mando que debe guardar el trabajador durante la jornada de trabajo y cuestión que no existe en el contrato de prestación de servicios profesionales, otra distinción importante es que para ejercer una profesión se requiere poseer título profesional legalmente expedido (tal como lo establece el artículo 17 de la Ley para el Ejercicio de las Profesiones del Estado de Baja California), en cambio el trabajador no necesariamente necesita una preparación profesional para realizar el trabajo para el cual fue contratado, se entiende por trabajo toda actividad humana, intelectual o material, independientemente del grado de preparación técnica requerido por cada profesión u oficio (tal como lo establece el artículo 8 de la Ley Federal del Trabajo), otra diferencia es que en el contrato de trabajo de no estipularse se entiende que es celebrado por tiempo indefinido, situación que no es así en el contrato de prestación de servicios profesionales donde se establece un plazo de entrega o una fecha de vencimiento, otra diferencia sería la integración de la retribución por los servicios prestados, ya que en el contrato de prestación de servicios profesionales es mediante una remuneración por los servicios prestados denominada honorarios, que se regularán atendiendo juntamente a la costumbre del lugar, a la importancia de los trabajos prestados, a la del asunto o caso en que se prestaren, a las facultades pecuniarias del que recibe el servicio y a la reputación profesional que tenga adquirida el que lo ha prestado. Si los servicios prestados estuvieren regulados por arancel, éste servirá de norma para fijar el importe de los honorarios reclamados (tal como lo establece el artículo 2480 del Código Civil del Estado de Baja California) y por su parte la retribución por el trabajo en el contrato de trabajo se le denomina Salario, es la retribución que debe pagar el patrón al trabajador por su trabajo. (Tal como lo establece el artículo 82 de la Ley Federal del Trabajo) y se integra con los pagos hechos en efectivo por cuota diaria, gratificaciones, percepciones, habitación, primas, comisiones, prestaciones en especie y cualquiera otra cantidad o prestación que se entregue al trabajador por su trabajo (Tal como lo establece el artículo 83 de la Ley Federal del Trabajo) por su parte el artículo 85 de la Ley Federal del Trabajo,

menciona que para fijar el importe del salario se tomaran en consideración la cantidad y la calidad del trabajo. Por último y una distinción importante es que al momento de suscitarse controversia entre un trabajador y el patrón la misma se resolverá ante las Juntas de Conciliación y Arbitraje, del Poder Ejecutivo del Estado, o según sea el caso refiriéndome a trabajadores al servicio del Estado, no así en el contrato de prestación de servicios donde las controversias que puedan surgir ente el profesional y su contratante serena ventiladas ante el Juzgado Civil del Estado, como se observa son grandes y marcadas las diferencias entre estos dos tipos de contratos, donde el elemento de subordinación y el titulo legalmente expedido para el ejercicio de la profesión son distinciones que diferencian claramente a ambos, aun con estas distinciones tan marcadas es frecuente que los patrones intenten disfrazar la relación laboral, bajo el cobijo de las leyes civiles, obligándose únicamente al pago de supuestos honorarios, dejando a un lado prestaciones que estipula la ley laboral y de seguridad social.

III. Elemento de Subordinación

A) Definición doctrinal.

La subordinación se ha caracterizado por ser un elemento fundamental para determinar la aplicación de las normas protectoras del derecho de trabajo, concepto que menciona Ermida Oscar y Hernández Oscar citando a Ludovico Barassi (Il Contratto di Lavoro nel Diritto Positivo Italiano 1901);

*...Barassi definió la subordinación como la sujeción plena y exclusiva del trabajador al poder directivo y de control del empleador...*¹⁵

B) Concepto Jurídico.

Por su parte el diccionario Jurídico Sobre la Seguridad Social define la subordinación como;

*...Subordinación, Derecho del Trabajo; La subordinación constituye el elemento característico y el más importante del contrato de trabajo, de tal manera que cuando existe comienza hacia esa relación contractual la tutela del Estado...*¹⁶

Seguidamente el diccionario Jurídico Sobre la Seguridad Social puntualiza;

*...La Ley Federal del Trabajo Mexicana de 1931, en el Artículo 17, entendió la subordinación como una obligación del trabajador de prestar un servicio social, bajo la dirección y dependencia de otra persona, a cambio de una convenida retribución. Actualmente, en el artículo 20 de la ley se considera que cualquier relación de trabajo se caracteriza por la prestación de un servicio personal subordinado a una persona, mediante el pago de un salario...*¹⁷

Artículo 20 de la Ley Federal del Trabajo del cual solo se transcribe en lo conducente;

¹⁵ Ermida Uriarte, Oscar "Crítica de la Subordinación", en Estudios Jurídicos en Homenaje al Doctor Néstor de Buen Lozano, Coordinadora Kurczyn Villalobos, Patricia. En biblioteca Jurídica Virtual. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM 2003, Primera Edición, México, número 148, p. 445. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1090/16.pdf> Fecha de Consulta: 14 de Noviembre de 2013.

¹⁶ "Diccionario Jurídico Sobre Seguridad Social", En biblioteca Jurídica Virtual. Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Autónoma de México, Serie E. Varios, Número 62. México, 1994, Primera Edición, p. 445. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=736> Fecha de Consulta: 17 de Noviembre de 2013

¹⁷ ibídem p. 445.

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

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

Es entonces que la subordinación es considerado en la actualidad uno de los elementos principales para la existencia del contrato de trabajo, que caracteriza la verdadera naturaleza jurídica de la prestación de servicios, el Diccionario Jurídico Sobre la Seguridad Social refiere que;

...No se puede concebir al trabajador sin la facultad de poder o mando, porque está la obligación de cumplir y obedecer. El poder lo ejerce el empleador, en ejercicio de sus facultades directivas, organizativas, de vigilancia, reglamentarias y disciplinarias. También existen los deberes y obligaciones del trabajador; en primer lugar en la obediencia, que conjuntamente con el poder de ordenar constituyen el vínculo de la subordinación...¹⁸

Finalmente se puede concluir con la definición de Capon Filas, Rodolfo sobre la subordinación;

...La facultad que tiene el empleador de organizar la empresa y la potestad disciplinaria generan la composición de la subordinación jurídica...

¹⁸ Ibídem. p. 448.

C) Que menciona la Jurisprudencia.

Dejando establecidos algunos conceptos doctrinales y jurídicos, la suprema corte de justicia de la nación ha establecido criterios jurisprudenciales sobre el elemento de subordinación en la relación de trabajo, definiendo la subordinación como;

Época: Séptima Época

Registro: 1009151

Instancia: Cuarta Sala

Tipo de Tesis: Jurisprudencia

Fuente: Apéndice 1917-Septiembre 2011

Tomo VI. Laboral Primera Parte -

SCJN Primera Sección –

Relaciones laborales ordinarias Subsección 1 - Sustantivo

Materia(s): Laboral

Tesis: 356

Página: 341

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, que obliga a desempeñar el servicio bajo la dirección del patrón o de su representante, a cuya autoridad estará subordinado quien presta el servicio, en todo lo concerniente al trabajo.

Así como la siguiente jurisprudencia que menciona;

Época: Séptima Época

Registro: 915745

Instancia: Cuarta Sala

Tipo de Tesis: Jurisprudencia

Fuente: Apéndice 2000

Tomo V, Trabajo, Jurisprudencia SCJN

Materia(s): Laboral

Tesis: 608

Página: 494

SUBORDINACIÓN. ELEMENTO ESENCIAL DE LA RELACIÓN DE TRABAJO.-

La sola circunstancia de que un profesional preste servicios a un patrón y reciba una remuneración por ello, no entraña necesariamente que entre ambos exista una relación laboral, pues para que surja ese vínculo es necesaria la existencia de una subordinación, que es el elemento que distingue al contrato laboral de otros contratos de prestación de servicios profesionales, es decir, que exista por parte del patrón un poder jurídico de mando correlativo a un deber de obediencia por parte de quien presta el servicio, de acuerdo con 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 estará subordinado el trabajador en todo lo concerniente al trabajo.

De los conceptos y jurisprudencias mencionados se desprende que la subordinación es la obligación del trabajador de sujetarse al poder de mando del empleador (poder directivo, organizativo, de vigilancia, reglamentario y de disciplina), además que exista el vínculo laboral y la protección que brinda la Ley Federal del Trabajo es necesaria la existencia de una subordinación, que es el elemento que distingue al contrato laboral de otros contratos de prestación de servicios profesionales, es decir, que exista por parte del patrón un poder jurídico

de mando en relación a un deber de obediencia por parte de quien presta el servicio, Ermida Oscar y Hernández Oscar menciona al respecto que;

*...Tal sujeción de puede dar, según los casos, con mayor o menor intensidad y que no supone que el empleador este efectivamente ejerciendo una dirección constante sobre la actividad del trabajador, sino que aquel conserve la facultad de ejercer tal dirección y que este tenga la obligación de acatarla...*¹⁹

D) TENDENCIA CON EL FIN DE DE EVADIR LA LEGILACION LABORAL OCULTANDO EL ELEMENTO DE LA SUBORDINACIÓN.

Por otra parte existen tendencias en el afán de evadir la legislación laboral que tratan de ocultar el elemento de subordinación, que forman parte de la crisis actual que vive el derecho de trabajo, de las cuales mencionare una que me parece interesante y sigue una estrecha relación con el presente trabajo denominada *fuga del derecho del trabajo*, que los autores Ermida Oscar y Hernández Oscar mencionan entre otras en su trabajo *Critica de la Subordinación* la cual menciona lo siguiente;

...La fuga, huida o emigración del derecho del trabajo se ha desarrollado notablemente en los últimos años, escudándose en reales o presuntas necesidades tecnológicas, de competitividad o de organización del trabajo, pero sin duda buscando o teniendo como efecto la colocación de un trabajador fuera del ámbito de aplicación del derecho laboral. Para ello recurre a múltiples modalidades de subcontratación y deslaborización de la relación de trabajo, que se han difundido desmesuradamente: contratación de trabajadores a través de un tercero, celebración de contratos de trabajo con la forma de contratos civiles o

¹⁹ Ermida Uriarte, Oscar "Crítica de la Subordinación", en Estudios Jurídicos en Homenaje al Doctor Néstor de Buen Lozano, Coordinadora Kurczyn Villalobos, Patricia. En biblioteca Jurídica Virtual. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM 2003, Primera Edición, México, numero 148, p. 445. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1090/16.pdf> Fecha de Consulta: 14 de Noviembre de 2013.

*comerciales, constitución de una empresa real o ficticiamente autónoma con trabajadores hasta ese momento dependientes de la principal, contratación con cooperativas, declaración legal de que determinados trabajadores pasan a ser trabajadores independientes si se inscriben como tales en un determinado registro, presunción legal de que determinados trabajadores son autónomos o aun empresas (unipersonales), etcétera...*²⁰

La mayor parte de las modalidades utilizadas por la parte patronal, buscan evadir lo estipulado en la legislación laboral, ocultando el elemento fundamental del contrato de trabajo que es el elemento de la subordinación, valiéndose de formas jurídicas no laborales, pero basadas desde el punto de vista de la realidad social en la que vivimos, donde cada vez es más frecuente encontrarnos con las formas de contratación o subcontratación antes mencionadas, rigiendo las relaciones entre trabajador y patrón.

²⁰ Ermida Uriarte, Oscar “Crítica de la Subordinación”, en Estudios Jurídicos en Homenaje al Doctor Néstor de Buen Lozano, Coordinadora Kurczyn Villalobos, Patricia. En biblioteca Jurídica Virtual. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM 2003, Primera Edición, México, numero 148, p. 445. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1090/16.pdf> Fecha de Consulta: 14 de Noviembre de 2013.

CONCLUSIÓN DE SUBTEMA.

Tal como se desprende de las jurisprudencias señaladas anteriormente, el elemento de subordinación es el elemento principal para la distinción entre una relación de trabajo es decir un contrato de trabajo y una relación civil específicamente de prestación de servicios profesionales, existe una tendencia vista actualmente con mayor frecuencia evadir las obligaciones de la Ley Federal del Trabajo, intentando ocultar el elemento de subordinación, el cual navega entre delgadas líneas de las nuevas formas de organización del trabajo, como por ejemplo el contrato de prestación de servicios profesionales, la constitución de trabajadores como empresas unipersonales, la constitución de cooperativas, la subcontratación, el contrato de distribución, entre otras, siendo el primero que menciona el contrato de prestación de servicios profesionales el cuales objeto de este trabajo, logrando este tipo organización de trabajo un grado muy tenue de subordinación logrando evadir así las obligaciones estipuladas en la ley laboral, por lo cual creo que si bien elemento de subordinación es pieza clave para lograr determinar el tipo de vinculo, este debería de encaminarse a la realidad de los hechos, a la verdad absoluta de los términos en los cuales se prestan los servicios, atendiendo a la realidad de los términos en los cuales se presta el servicio y bajo qué condiciones reales.

IV. Fines jurídicos y reales de la simulación contractual.

A) Reflexión sobre los motivos y la eficacia de la Simulación Contractual.

Es en este punto del presente trabajo, conociendo las características por una parte del contrato de trabajo (individual) y por la otra del contrato de prestación de servicios profesionales que se advierte que bajo la simulación contractual el empleador busca evitar la protección y prestaciones que brinda la ley laboral, en el cobijo de las delgadas fronteras que existen con otras materias como la civil o mercantil, tal como menciona Lastra Lastra, José Manuel;

...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)...²¹

Pensar es tan proteccionista la Ley Federal del Trabajo, marcando derechos e indemnizaciones excesivos, en la realidad que se vive en las relaciones obrero-patronal, para que ultimo siga intentando celebrar (lográndolo en muchos de los casos) contratos diferentes al contrato de trabajo, aun cuando la relación y esencia sea meramente laboral, exista pues el elemento de subordinación, una interrogante seria se habrá vuelto un mecanismo de supuesta defensa la

²¹ Lastra Lastra, Jose Manuel "La Fuerza de una Relacion Juridico Debil", en Estudios Jurídicos en Homenaje al Doctor Néstor de Buen Lozano, Coordinadora Kurczyn Villalobos, Patricia. En biblioteca Jurídica Virtual. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM 2003, Primera Edición, México, numero 148, p. 478. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1090/26.pdf> Consultada en 24 de Febrero de 2014.

realización de estas prácticas, una manera de intentar defender y cuidar el patrimonio de la empresa por parte del patrón, la realidad social a la que nos enfrentamos en el año 2013, no es la misma que hace 15 años, ahora los trabajadores están más informados, un gran porcentaje de trabajadores conocen el procedimiento de la sustanciación de un juicio laboral, conoce lo que está obligado a conservar y probar la parte patronal, en ese sentido aceptan la celebración de cualquier tipo de contrato, conociendo su clausulado y emitiendo su voluntad de celebrarlo en esas condiciones, la parte patronal es ingenua en ese sentido, apuesta por creer que tiene todo bajo control con la realización de este tipo de contrataciones, serán los factores sociales los que llevan a los actores de este problema, a desarrollar así las relaciones que son evidentemente laborales, es la inflexibilidad de la Ley Federal del Trabajo un factor determinante casi obligando a los patrones dirigirse a las delgadas fronteras entre estos tipos de contratos.

A) Consecuencias jurídicas.

Son graves las consecuencias jurídicas, para el patrón que por medio de una simulación de contratos busque alejar al trabajador del cobijo que brinda la ley federal del trabajo, obligaciones que no puede dejar de observar, ya que de quedar demostrado en juicio el elemento de subordinación distinción principal de las relaciones de trabajo que señala la Ley Federal del Trabajo, así como nuestros más altos tribunales en diversas jurisprudencias, el patrón estará obligado a cubrir aquellas que dejó de hacer, en su afán de evadirlas, por medio de la celebración de un diverso contrato regido por otro cuerpo normativo como lo es el Código Civil que en el contrato de prestación de servicios profesionales no señala más que la obligación de cubrir los honorarios, cuando en cambio la Ley Federal del Trabajo, estipula diversas prestaciones y derechos que se le otorgan a los trabajadores, en este sentido y después del estudio de el contrato de trabajo

y el de prestación de servicios profesionales, tal como lo estipulan las jurisprudencias siguientes;

Época: Novena Época

Registro: 166572

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Tipo de Tesis: Jurisprudencia

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo XXX, Agosto de 2009

Materia(s): Laboral

Tesis: I.6o.T. J/96

Página: 1479

RELACIÓN LABORAL. HIPÓTESIS EN QUE UN CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES OFRECIDO POR EL DEMANDADO NO ACREDITA LA NATURALEZA DE UNA RELACIÓN DIVERSA A LA LABORAL.

Si el demandado niega la existencia de la relación de trabajo y se exceptiona diciendo que se trata de una prestación de servicios profesionales, y ofrece en el juicio un contrato en el que se especifica ese hecho, debe estudiarse el referido documento conjuntamente con el resto del material probatorio para determinar la naturaleza de la relación entre las partes y si de ese análisis se desprenden las características propias de un vínculo laboral, como lo es la subordinación, éste debe tenerse por acreditado, pues no es la denominación que las partes le den a ese contrato lo que determina la naturaleza de los servicios prestados.

Época: Novena Época

Registro: 172688

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Tipo de Tesis: Jurisprudencia

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo XXV, Abril de 2007

Materia(s): Laboral

RELACIÓN DE TRABAJO. UN CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES POR SÍ SOLO ES INSUFICIENTE PARA ACREDITAR EL VERDADERO VÍNCULO EXISTENTE, SI OBRAN EN EL JUICIO OTRAS PRUEBAS DE LAS QUE SE DESPRENDAN LOS ELEMENTOS DE SUBORDINACIÓN Y DEPENDENCIA ECONÓMICA PARA RESOLVER LO CONDUCTENTE.

Si el demandado se excepciona en el sentido de que la relación que existió con el actor fue de prestación de servicios profesionales y ofrece al juicio un contrato en el que se especifica ese hecho, en donde se señala que el vínculo se rige por las disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal; este instrumento por sí solo no demuestra que la relación haya sido de tal naturaleza, puesto que el referido documento debe estudiarse conjuntamente con el resto del material probatorio para resolver lo conducente; de ahí que si en el juicio se acreditan los elementos de subordinación, como es el caso en que al prestador del servicio se le ordena dónde y cómo debe realizar su trabajo, se le proporcionan los medios para el desempeño de su labor, que son propiedad de la empresa, se le expiden credenciales que lo identifican como su empleado y se le asigna una compensación económica, que aun cuando se le denomine honorarios, por así haberse consignado en el convenio, pero que en verdad se trata de la retribución que se le pagaba por su trabajo; por consiguiente, si se justifican estos extremos se debe concluir que la relación real que existió entre las partes fue de trabajo y no de índole civil.

Jurisprudencias que dejan claro, que si la parte patronal pretende excepcionarse negando la relación laboral es decir escondiendo el vínculo obrero-patronal, aduciendo que se trata de una prestación de servicios profesionales ofreciendo el contrato celebrado, el tribunal estudiara conjuntamente dicho contrato con el resto de la probanzas ofrecidas en juicio y de quedar comprobada

la naturaleza de la relación es decir el elemento de subordinación, quedara en evidencia el vinculo que los une, dejando claro que no es la denominación que las partes en este caso la patronal pretenda otorgarle al contrato si no la naturaleza de los servicios prestados, el titulo legalmente expedido y que se reúnan fehacientemente las características entre las partes para así celebrar un contrato de prestación de servicios profesionales, además que, aun cuando a una persona (trabajador) se le cubra una cantidad por concepto de honorarios esto no determina que la relación existente lo sea por la prestación de servicios profesionales tal como lo señala la siguiente jurisprudencia;

Época: Novena Época

Registro: 172794

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Tipo de Tesis: Jurisprudencia

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo XXV, Abril de 2007

Materia(s): Laboral

Tesis: I.7o.T. J/25

Página: 1396

CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES Y RELACIÓN LABORAL, EL PAGO DE HONORARIOS NO DETERMINA LA EXISTENCIA DE AQUÉL Y LA INEXISTENCIA DE ÉSTA.

La circunstancia de que a una persona se le cubra una cantidad periódica en forma de honorarios, no determina la existencia de un contrato de prestación de servicios profesionales, sino, en todo caso, lo que determina que exista un contrato de esa naturaleza son sus elementos subjetivos y objetivos, que pueden ser: que la persona prestataria del servicio sea profesionista, que el servicio lo preste con sus propios medios, que el servicio se determine expresamente, que cuente con libertad para realizarlo tanto en su aspecto de temporalidad como en el aspecto profesional propiamente dicho.

Como se ha señalado en el presente trabajo en el capítulo referente al contrato de prestación de servicios profesionales existen elementos que determinan la existencia del contrato de prestación de servicios, tal como lo son que el prestador de los servicios profesionales cuente con el título legalmente expedido por la autoridad competente, que el servicio sea prestado por sus propios medios, y que la materia en la cual prestara los servicios expresamente señale como requisito el título para su ejercicio, así como la libertad para realizar dicha prestación.

Situaciones que evidentemente se presentan al presentarse un conflicto de carácter laboral entre las partes, es decir entre el trabajador o en su caso prestador del servicio y el patrón o contratante, conflicto ventilado ante un tribunal, en su caso ante la Junta Local de Conciliación y Arbitraje del Estado.

a) Para la parte patronal al quedar demostrado el elemento de subordinación.

De presentarse un conflicto como puede serlo un despido injustificado y quedar demostrado el elemento de subordinación, es decir la naturaleza laboral de la relación, el patrón en su caso quedara obligado al pago de la indemnización constitucional o en su caso reinstalación del trabajador y salarios caídos, además de las prestaciones y obligaciones que omitió pagar, tanto laborales como de seguridad social (las cuotas y aportaciones al Instituto Mexicano del Seguro Social, fondo de ahorro para el retiro e INFONAVIT, con multas y recargos) así como los impuestos generados o que debieron generarse en razón del salario que se debió cubrir, por otra parte y además de las prestaciones mencionadas el patrón será condenado a pagar aquellas prestaciones que pudieron generarse y dejó de cubrirlas tales como aguinaldo, vacaciones, prima vacacional, el pago de jornada extraordinaria, el pago por concepto de participación de utilidades, días festivos laborados y así como el día de descanso obligatorio con su respectiva prima.

b) Para el trabajador la omisión de prestaciones y derechos que por ley le corresponden

El detrimento que sufre el trabajador por estas prácticas por parte del patrón, es y son claramente las anteriormente señaladas es decir a todas a aquellas prestaciones y beneficios que la Ley Federal del Trabajo otorga, y que el patrón no le cubrió, en ese afán de ocultar la naturaleza de la relación, mediante la celebración de un contrato diverso, al contrato de trabajo.

En este sentido que se puede concluir que un profesional, puede celebrar un contrato de trabajo, ser un trabajador asalariado, pero un individuo que no cuente con un título profesional, no puede legalmente celebrar un contrato de prestación de servicios profesionales que regula el Código Civil, y la Ley para el Ejercicio de las Profesiones del Estado de Baja California

Conclusión de subtema

Es entonces que se deja en evidencia con el presente estudio, una práctica comúnmente utilizada por la parte patronal con el único fin de evadir las obligaciones patronales y las prestaciones de los trabajadores contenidas en la ley federal del trabajo, ubicando al trabajador bajo la tutela de otra rama del derecho que busca evadir dichas prestaciones.

Resultando graves las consecuencias jurídicas, para el patrón que por medio de una simulación de contratos busque alejar al trabajador del cobijo que brinda la ley federal del trabajo, obligaciones que no puede dejar de observar, ya que de quedar demostrado en juicio el elemento de subordinación distinción principal que señala la ley federal del trabajo, así como nuestros más altos tribunales en diversas jurisprudencias, el patrón estará obligado a cubrir aquellas que dejo de

hacer, en su afán de evadirlas, por medio de la celebración de un diverso contrato regido por otro cuerpo normativo como lo es el Código Civil.

Conclusión.

Con el presente trabajo se aporta una visión clara, que más que buscar el castigo o culpable, buscar hacer conciencia en la parte patronal, logrando que la relaciones desde su origen sean conforme a la norma, la necesidad de lograr un derecho preventivo que busque ser parámetro, en un cambio en la mentalidad de los patrones que hoy en día tienen que dejar atrás esas prácticas y ser verdaderamente asesorados de manera integral en cuanto a relaciones patrón-trabajador se refiere, logrando con esto mayor seguridad jurídica, tanto para trabajadores como patrones, dando a conocer y así poder prevenir los problemas que puede ocasionar, una simulación contractual.

Se establece un breve resumen de las principales características del contrato de trabajo y el contrato de prestación de servicios profesionales, elaborado con el fin de dar a conocer las características más importantes de estos, así como que estipula la ley respectiva que rige cada uno de los contratos, donde se pueden señalar algunas de las principales características de distinción entre estos.

Uno de las principales características y parte importante del presente trabajo lo es el elemento de subordinación, este para la distinción entre una relación es de trabajo es decir (contrato de trabajo) y una relación civil (prestación de servicios profesionales), donde en la actualidad y en razón a la esencia tan proteccionista de la Ley Federal del Trabajo existen tendencias a evadir las obligaciones que la ley laboral estipula, intentando ocultar el elemento de subordinación, el cual navega entre delgadas líneas de las nuevas formas de organización del trabajo, como por ejemplo el contrato de prestación de servicios

profesionales, la constitución de trabajadores como empresas unipersonales, la constitución de cooperativas, la subcontratación, el contrato de distribución, entre otras, logrando este tipo organización de trabajo un grado muy tenue de subordinación logrando evadir así las obligaciones estipuladas en la ley laboral, por lo cual creo que si bien elemento de subordinación es pieza clave para lograr determinar el tipo de vinculo, este debería de encaminarse a la realidad de los hechos, a la verdad absoluta de los términos en los cuales se prestan los servicios, atendiendo a la realidad de los términos y circunstancias en los cuales se presta el servicio y bajo qué condiciones.

Y por ultimo son graves las consecuencias jurídicas, para el patrón que por medio de una simulación de contratos busque alejar al trabajador del cobijo que brinda la ley federal del trabajo, obligaciones que no puede dejar de observar, ya que de quedar demostrado en juicio el elemento de subordinación distinción principal que señala la Ley Federal del Trabajo, así como nuestros más altos tribunales en diversas jurisprudencias, el patrón estará obligado a cubrir aquellas que dejo de hacer, en su afán de evadirlas, por ejemplo tendrá que cubrir o pagar aquellas prestaciones que pudieron generarse y dejo de cubrir tales como aguinaldo, vacaciones, prima vacacional, el pago de jornada extraordinaria, el pago por concepto de participación de utilidades, días festivos laborados y así como el día de descanso obligatorio con su respectiva prima que en su caso se hubieren generado, además prestaciones y obligaciones que omito pagar como seguridad social (las cuotas y aportaciones al Instituto Mexicano del Seguro Social, fondo de ahorro para el retiro e INFONAVIT, con multas y recargos) así como los impuestos generados o que debieron generarse en razón del salario que se debió cubrir, consecuencias graves y costosas para un patrón que de haber sido asesorado correctamente, conociendo el panorama que se presentaría al momento de un conflicto de carácter laboral, optaría por regir bajo la Ley Federal del Trabajo el nacimiento de la relación reconociendo los derechos y obligaciones

de ambos (obrero- patrón), actuando con legalidad y otorgando certeza jurídica a la relación contractual.

Propuesta.

Es necesario frenar este tipo de prácticas utilizadas por los patrones, que con el afán de evadir las obligaciones patronales y las prestaciones a los trabajadores contenidas en la Ley Federal del Trabajo, celebran contratos donde se declara la existencia de una relación autónoma diferente a la laboral, esta disfrazada en una relación Civil o en su caso Mercantil, aun cuando por la naturaleza de las funciones y las características del trabajo prestado evidentemente se encuentran ante una relación que debe de nacer bajo la tutela de la ley laboral, donde el elemento de subordinación si bien uno de los principales puntos de distinción entre un contrato de trabajo o relación laboral, con cualquier tipo de relación autónoma diferente a la laboral, tiende a confundirse y perderse conforme va evolucionando el ámbito laboral, esa tendencia a la deslaboralización de las relaciones de trabajo, que lleva a atenuar cada vez más el elemento de subordinación,

Teniendo en cuenta el carácter proteccionista y esencia de la Ley Federal Del Trabajo recién reformada el 30 de noviembre de 2012, pero aun así con la reforma realizada a esta, no se adecua a la realidad laboral que vive nuestro país, si bien es cierto fue reformada, regulando los contratos de capacitación, aprueba y el outsourcing, son situaciones que ya se estaban presentando en la práctica que tiene a bien regular y estipularse claramente en la Ley Federal del Trabajo, pero que no frenara estas prácticas utilizadas por los patrones en busca de no cumplir con las obligaciones económicas principalmente, es entonces que a modo de propuesta se expone lo siguiente:

Único.- Una reforma a la ley federal del trabajo que busque eliminar este tipo de prácticas de simulación de contratos, si bien ya se reformo en el sentido de reducir el riesgo de de indemnizaciones laborales costosas delimitando el pago de salarios caídos hasta por un periodo máximo de 12 meses, veo la necesidad de una nueva reforma que marque la pauta a los patrones para regir bajo las leyes laborales las relaciones que vayan a surgir mediante la celebración de un contrato, una adición a la Ley Federal del Trabajo en su titulo primero referente a disposiciones generales en su artículo 15 agregar un 15 E que señale lo siguiente;

La relación que surja bajo la tutela de cualquier otro ordenamiento jurídico, con el fin evidente de evadir los derechos y obligaciones que estipula la ley federal del trabajo, será declarada nula de origen, obligando al patrón a cumplir con las obligaciones que omitió cubrir y un 25 % más del total de estas, independientemente de multas y recargos que se generen en las prestaciones que así lo estipulen.

Además regularizando la naturaleza de la relación, en total apego a lo estipulado por la ley federal del trabajo.

Bastara con que esto sea solicitado por el trabajador ante las Juntas de Conciliación de Arbitraje, analizando la realidad de los hechos y las circunstancias reales de la contratación, así como analizando el elemento de subordinación desde una perspectiva amplia y creativa, para ser localizado aun cuando y por virtud de la simulación este sea tenue.

Es una propuesta tajante y directa, que busca concientizar y advertir al patrón, de las consecuencias que acarrearía una simulación contractual,

buscando que de origen la relación nazca bajo la tutela de la ley laboral, buscando así la implementación de un derecho laboral preventivo, que busca detener este tipo de prácticas, que en nada beneficia ni al patrón ni a los trabajadores, logrando entonces un derecho laboral, más ajustado a los nuevos tiempos y actuales circunstancias, renovando su sentido de justicia social que actualmente pareciera irse desvaneciendo.

Fuentes Consultadas

Bibliográficas.

De Buen Néstor. Derecho del trabajo. Editorial Porrúa. México, 2005. Décima Edición.

Informáticas.

Ackerman, Mario E. citando a Kanhn-Freund en "Contrato de servicios y contrato de trabajo. La protección de la persona en las fronteras del derecho del trabajo" En Revista Latinoamericana de Derecho Social número 7-8, enero- diciembre año 2007 año. Año IV, Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revlad/cont/7/cnt/cnt1.pdf>. Consulta: 22 de octubre de 2013.

Capón Filas, Rodolfo. "Diccionario de Derecho Social. Derecho del trabajo y Seguridad Social. Relación Individual de Trabajo" Rubinzal y Culzoni S.C.C. Editores Santa Fe. Argentina, 1987. En <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=1412>. Consulta: 25 de octubre de 2013.

Ermida Uriarte, Oscar “Crítica de la Subordinación”, en Estudios Jurídicos en Homenaje al Doctor Néstor de Buen Lozano, Coordinadora Kurczyn Villalobos, Patricia. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Unam 2003, Primera Edición, México, numero 148. En <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1090/16.pdf> Fecha de Consulta: 14 de Noviembre de 2013.

Lastra Lastra, Jose Manuel “La Fuerza de una Relacion Juridico Debil”, en Estudios Jurídicos en Homenaje al Doctor Néstor de Buen Lozano, Coordinadora Kurczyn Villalobos, Patricia. En biblioteca Jurídica Virtual. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM 2003, Primera Edición, México, numero 148, p. 478. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1090/26.pdf> Consultada en 24 de Febrero de 2014.

Diccionario Jurídico Sobre Seguridad Social”, Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Autónoma de México, Serie E. Varios, Numero 62. México, 1994, Primera Edición. En <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=736> Fecha de Consulta: 17 de Noviembre de 2013

De Buen Unna, Claudia “El Contrato de Prestación de Servicios Profesionales, Vía de Fraude Laboral”, en revista Latinoamericana de Derecho, año III, numero 5, Enero-Junio año 2006, Instituto de Investigaciones jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. En <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1090/10.pdf> Fecha de consulta: 09 de noviembre 2013

Jurisprudenciales.

Semanario Judicial de la Federación. Pleno. Novena Época. Tomo XXV, Abril de 2007. Jurisprudencia. Laboral. I.7o.T. J/25. Registro: 172794

Semanario Judicial de la Federación. Pleno. Novena Época. *Tomo XXV, Abril de 2007*. Jurisprudencia. Laboral. I.9o.T. J/51. Registro: 172688

Semanario Judicial de la Federación. Pleno. Séptima Época. Apéndice 1917-Septiembre 2011. Tomo VI. Laboral Primera Parte - SCJN Primera Sección –. Jurisprudencia. Laboral. *Tesis* 356. Registro: 1009151

Semanario Judicial de la Federación. Pleno. Séptima Época. : *Apéndice 2000 Tomo V, Trabajo, Jurisprudencia SCJN* Jurisprudencia. Laboral. *Tesis* 608. Registro: 915745

Normativas.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley Federal del Trabajo.

Código Civil del Estado de Baja California.

Código Penal para el Estado de Baja California.

Ley para el Ejercicio de las Profesiones del Estado de Baja California.