

EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES, VÍA DE FRAUDE LABORAL

Claudia de BUEN UNNA

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El contrato de prestación de servicios profesionales.* III. *Contrato de trabajo.* IV. *Puntos de distinción entre los contratos de prestación de servicios profesionales y el de trabajo.* V. *Conclusión.*

I. INTRODUCCIÓN

El derecho mexicano regula la prestación de servicios profesionales, como un contrato de naturaleza civil, por el que un profesor presta sus servicios profesionales a una persona.

Las partes fijarán, de común acuerdo, los alcances del contrato así como la contraprestación económica a favor del profesor, en caso de que sea oneroso.

De las normas relativas al contrato se desprende con toda claridad, que la prestación del servicio profesional solamente podrá realizarse por quien tenga un título profesional reconocido por la ley —cuando ésta lo exija para el ejercicio de la tal profesión— que esté debidamente registrado y se obtenga de la Dirección General de Profesiones la patente de ejercicio. Por lo tanto, solamente aquellos profesionales facultados podrán celebrar un contrato de esta naturaleza y la materia sobre la que verse deberá estar necesariamente relacionada con aquélla para la que ha sido autorizado.

Ha sido una costumbre de los patrones, muy arraigada en México, evadir las cargas laborales contenidas en la Ley Federal del Trabajo, mediante la utilización de diversos instrumentos contractuales civiles o mercantiles, como son los contratos de comisión mercantil, o la creación de las empresas de mano de obra conocidas como *out sourcing* (la traducción literal es *proveedores externos*), cuya característica es la subrogación de servicios o

bien, a través de contratos de prestación de servicios profesionales, en lugar de la celebración de los contratos individuales de trabajo.

Este último es recurso del cual el Estado se ha aprovechado, ya que el artículo 8o. de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado excluye de la aplicación de dicha ley, a quienes presten sus servicios mediante contrato civil o que estén sujetos al pago de honorarios. En la práctica, se celebran contratos civiles de honorarios profesionales, sin importar si quien lo presta es un profesional, si la materia sobre la que versa o la índole del trabajo corresponden a un contrato de esa naturaleza jurídica. En realidad se celebran para cubrir necesidades de puestos permanentes en las dependencias del Estado y de hecho no se cuenta con las plazas suficientes. La celebración de contratos de esta naturaleza son un mecanismo arraigado, que ya se ha transformado en costumbre. Tal situación ha sido ratificada por los tribunales Federales de Trabajo en sus laudos, a pesar de ser contraria a los principios fundamentales que rigen nuestro sistema jurídico mexicano.

Otro mecanismo muy recurrido por los patrones para abaratar el costo de los despidos, ha sido condicionar la celebración del contrato de trabajo a la firma de un documento que contenga su renuncia al mismo y un finiquito amplio a favor del patrón, obviamente sin fecha, para echar mano de éste en caso de querer despedir al trabajador. La Ley Federal de Trabajo determina que el empleador pagará una indemnización al trabajador cuando sea despedido injustificadamente o el patrón no dé el aviso de despido correspondiente como lo ordena la ley; en caso de renuncia voluntaria no la pagará.

Mediante la celebración de contratos de comisión mercantil o prestación de servicios profesionales, el patrón se estaría ahorrando el pago de diversas prestaciones laborales, tales como la seguridad social, el fondo de habitación y el fondo de ahorro de los trabajadores. Sin embargo, en caso de demanda por parte del trabajador, el riesgo es alto.

Lo curioso es que celebran contratos de prestación de servicios profesionales con personas que no tienen esa condición, y por lo tanto no cuentan con cédula profesional, indispensable para celebrar un contrato de tal naturaleza. Aunado a lo anterior, en la mayoría de los casos el puesto de trabajo en cuestión no requiere ser desempeñado por un profesional, como el caso de secretarías, asistentes, vendedores, etcétera.

En realidad se trata de una simulación de un acto jurídico, cuyas consecuencias legales perjudican principalmente al patrón, pues los derechos de los trabajadores son irrenunciables y de no acreditar la naturaleza civil del

servicio, deberá cubrir los que dejó de pagar, con distintos recargos, por serle imputable.

Estableceremos las diferencias entre el contrato de prestación de servicios profesionales y el de trabajo, mediante el análisis de cada uno de éstos y determinando los puntos que los distinguen, mencionando el riesgo que los empleadores corren al celebrarlos para evadir su responsabilidad patronal.

II. EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES

1. *Generalidades*

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.

Al prestador del servicio le denominaremos indistintamente el *profesor o profesional* mientras al que solicita el servicio lo denominaremos *el cliente*. A la retribución se le conoce como *honorarios profesionales*, o simplemente *honorarios*.

El contrato se encuentra regulado en el Código Civil del Distrito Federal, en los artículos 2606 al 2615 así como en la Ley Reglamentaria del artículo 5o. constitucional para el Distrito Federal, también conocida como la Ley de Profesiones, que define a la profesión como

la realización habitual a título oneroso o gratuito de todo acto o la prestación de cualquier servicio propio de cada profesión, aunque sólo se trate de simple consulta o la ostentación del carácter del profesional por medio de tarjetas, anuncios, placas, insignias o de cualquier otro modo. No se reputará ejercicio profesional cualquier acto realizado en los casos graves con propósito de auxilio inmediato (artículo 24).

El profesor debe actuar con ética y realizar el trabajo que se le encomienda con diligencia, pericia y buena fe.

El contenido de los contratos de prestación de servicios profesionales varía según la materia sobre el que verse, incluso hay contratos que por costumbre son verbales, como los celebrados entre médico y paciente. Suelen hacerse por escrito los contratos relacionados con asesorías o la prestación de servicios profesionales legales.

El contrato puede contener una fecha o un plazo de entrega, o la determinación de algún evento que pudiera estar relacionado con su realización.

Hay relaciones contractuales que incluyen varias entregas o una relación jurídica por tiempo indeterminado por ejemplo de asesoría, cuyo pago se diera a modo de *igual* mensual, es decir, una obligación de tracto sucesivo.

Es deber del profesor llevar a cabo el trabajo encomendado en los términos y tiempos preestablecidos y su derecho es recibir la retribución pactada, en una sola o varias exhibiciones, según se convenga. De no convenirse, el Código Civil determina que se regularán los honorarios “atendiendo juntamente a las costumbres 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” (artículo 2607 del Código Civil del DF). En caso de estar regulados por arancel, se fijarán conforme al mismo.

La Ley de Profesiones determina que es delito ostentarse como profesional sin contar con el título correspondiente —en aquellas profesiones que así lo requieren—, inclusive el cliente no estará obligado a pagar la retribución en esos casos. Existen profesiones para cuyo ejercicio no se requiere título profesional. Comúnmente lo vemos en los artistas y profesiones relacionadas.

El artículo 5o. de la citada ley señala que para ejercer cualquier profesión, se requiere estar en pleno goce y ejercicio de sus derechos civiles, poseer un título legalmente expedido y debidamente registrado y obtener de la Dirección General de Profesiones la patente de ejercicio.

Hay profesiones que requieren de la obtención de una cédula expedida por la secretaría del ramo para su ejercicio, tales como la medicina y profesiones relacionadas con la salud.

Hay profesiones que requieren de exámenes periódicos a través de los cuales se acredita la pericia y capacidad del profesional para continuar en el desempeño de la profesión, así como una adecuada condición física y mental para su desempeño, tal como sucede con los pilotos aviadores.

Debería reglamentarse en la ley de la materia, que aquellas profesiones que exijan que los profesores reciban permanentemente una capacitación para su ejercicio, deben someterse a exámenes periódicos, tanto de destreza y conocimientos como de salud, como en los casos de los médicos cirujanos y los altos mandos policíacos, entre otros.

Inclusive, debería exigirse la aplicación de exámenes antidrogas, mejor conocidos como *antidoping*, a cierto tipo de profesionales en quienes el uso de drogas, estupefacientes o enervantes pudieran afectar sus facultades físicas y mentales, y hacerlos inadecuados para el ejercicio de su profesión.

Podría tratarse una clase de refrendo de la cédula profesional, supeditado a exámenes diseñados ex profeso para cada profesión que pudiera servir, tanto para conocer la actualización técnica o científica de la materia que corresponda del profesional, como su estado general de salud con exámenes de agudeza visual, auditiva, revisión del pulso, del ritmo cardiaco, del colesterol, considerar las enfermedades que padezcan, ya que males tan comunes como la diabetes pueden alterar, por ejemplo, el sentido de la vista y afectar la prestación del servicio. Pensemos simplemente en un cirujano de corazón o de ojos y las consecuencias de que en plena intervención quirúrgica tuviera un desmayo o desvanecimiento o que disminuyera o perdiera temporalmente la vista.

Muy delicado es el tema de la reexaminación periódica y pudiera dársele un uso indebido en la práctica, como ha sucedido en algunas reglamentaciones que lejos de resolver el problema lo agravan y encarecen el ejercicio de la profesión. Ha sucedido en países como Estados Unidos en el cual los seguros de mala práctica son obligatorios y excesivamente caros, encareciéndose los honorarios profesionales. Sin embargo, es una forma efectiva de evitar la deficiente prestación de los servicios profesionales, con las consecuencias que conlleva.

Otra forma de vigilancia y control de la calidad de la prestación del servicio profesional sería a través de la colegiación obligatoria que no existe en nuestro país, a pesar de su conveniencia. La consideramos recomendable, siempre y cuando esté adecuadamente reglamentada.

En el ejercicio de la abogacía es común, desafortunadamente, la falta de ética en muchos postulantes que han desprestigiado una de las profesiones más nobles y bellas que existen y que desafortunadamente han provocado más problemas de los que pudieran ayudar a resolver, en aras de obtener un beneficio personal.

El artículo 50 de la Ley reglamentaria del artículo 5o. constitucional determina cuál es el propósito de los Colegios de Profesionales, resaltando solamente algunos que nos parecen interesantes:

- a) La vigilancia del ejercicio profesional con objeto de que éste se realice dentro del más alto plano legal y moral.
- b) La promoción de la expedición de leyes, reglamentos y sus reformas, relativos al ejercicio profesional.
- c) Auxiliar a la administración pública con capacidad para promover lo conducente a la moralización de la misma.

- k) Colaborar en la elaboración de los planes de estudios profesionales.
- o) Formar listas de peritos profesionales, por especialidades.
- p) Expulsar de su seno, por el voto de dos terceras partes de sus miembros, a los que ejecuten actos que desprestigien o deshonren a la profesión. Será requisito en todo caso el oír al interesado y darle plena oportunidad de rendir las pruebas que estime conveniente, en la forma que lo determinen los estatutos o reglamentos del Colegio.
- q) Establecer y aplicar sanciones contra los profesionales que faltaren al cumplimiento de sus deberes profesionales, siempre que no se trate de actos y omisiones que deban sancionarse por las autoridades.

Es sabido que en aquellos países en que la colegiación es obligatoria, los profesionales se esmeran en actuar con más cuidado y diligencia y en no arriesgar su afiliación a los Colegios de Profesionales, porque de ello depende el ejercicio de su profesión.

El artículo 62 de la ley multicitada, determina que el “hecho de que alguna persona se atribuya el carácter de profesional sin tener título legal o ejerza los actos propios de la profesión, se castigará con la sanción que establece el artículo 250 del Código Penal vigente, a excepción de los gestores señalados en el artículo 26 de esta Ley”.

El Código Penal lo clasifica como el delito de usurpación de profesiones y al respecto señala que cuando una persona se atribuya el carácter de profesional o realice actos propios de una actividad profesional, ofrezca públicamente servicios como profesional, entre otros, tendrá una penalidad de prisión de uno a seis años y multa de cien a trescientos días de salario mínimo. (Artículo 250, fracción II del Código Penal para el Distrito Federal).

En conclusión, en el contrato de prestación de servicios profesionales hay un elemento principal: el *título legalmente expedido* a favor del profesional de la materia sobre la que versará el contrato. Solamente si la ley no exige un título para el ejercicio de tal profesión, se exime al prestador del servicio de tal condición. Pero si quien ejerza alguna profesión que requiera título para su ejercicio no cuenta con la cédula o autorización, no tiene derecho a ejercer como tal y por supuesto no tiene derecho a cobrar honorarios.

La *ley aplicable* al caso siempre será el *Código Civil*, es decir, no se toma en cuenta la naturaleza del negocio en que vaya a intervenir el profesor para regular la relación contractual entre las partes. La relación jurídica está desligada por cuanto a los derechos y obligaciones recíprocas de los

celebrantes de la materia sobre la que se celebre y del acto en que vaya a intervenir el profesional.

Los tribunales federales han determinado que si el profesor presta servicios profesionales similares en diversos establecimientos, de manera simultánea, se considerará que se trata de una prestación de servicios profesionales y no de una relación laboral.

Analizaremos a continuación las características principales del contrato de trabajo.

III. CONTRATO DE TRABAJO

1. Generalidades

El artículo 21 de la Ley Federal del Trabajo señala: “Se presume la existencia del contrato y de la relación de trabajo entre el que presta un trabajo personal y el que lo recibe”.

El artículo 8o. de la misma ley, *determina que el trabajador es la persona física que presta a otra persona, física o moral, un trabajo personal subordinado*. La propia ley puntualiza que *trabajo es toda actividad humana, intelectual o material, independientemente del grado de preparación técnica requerido por cada profesión u oficio*.

Al patrón lo define como *la persona física o moral que utiliza los servicios de uno o varios trabajadores* (artículo 10 de la LFT).

Por relación de trabajo, según el artículo 20 de la LFT se entiende “la prestación de un trabajo personal subordinado a una persona, mediante el pago de un salario, independientemente del acto que le dé origen”.

De las anteriores definiciones obtenemos que se trata de la actividad humana intelectual y/o material realizada a favor de otra persona, de manera subordinada y en forma personal; también puntualiza que no depende del grado de preparación que se exija en cada caso, para ser considerado trabajo. Es fundamental hacer hincapié en que la propia Ley Federal del Trabajo previene que será trabajo la relación descrita, independientemente del acto que le dé origen.

A mayor abundamiento, el mismo artículo 20 en el segundo párrafo, define al contrato individual de trabajo, como “aquel por virtud del cual una persona se obliga a prestar a otra un trabajo personal subordinado, mediante el pago de un salario, *cualquiera que sea su forma o denominación*”.

La falta de contrato escrito se imputará al patrón. Si el patrón en un juicio laboral niega la relación laboral defendiendo que se trata de una prestación de servicios profesionales, será necesario acreditar la naturaleza de la relación contractual. Sin embargo, existen precedentes de jurisprudencia que determinan que la carga de la prueba será del patrón, y otras que dicen que será el trabajador quien deberá acreditar la misma. No encontramos sin embargo, tesis o jurisprudencia que se refiera a la condición de profesional del empleado o prestador del servicio, a pesar de ser un requisito esencial para celebrar contratos de tal naturaleza. Consideramos que debiera ser una pauta importante para que el juzgador determine si el contrato civil se celebró para simular una relación jurídica de naturaleza laboral, o realmente se trata de una prestación de servicios profesionales.

IV. PUNTOS DE DISTINCIÓN ENTRE LOS CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES Y EL DE TRABAJO

Haremos un análisis comparativo entre ambos contratos, a partir de sus principales características, con lo cual se despejará cualquier duda sobre si se trata de una relación laboral o civil entre las partes.

1. El trabajo deberá ser prestado en forma *personal*; el servicio profesional no necesariamente, e incluso puede ser desempeñado por varios profesionales y/o ayudantes.

El trabajo necesariamente se realiza en forma personal. En cambio, en la relación contractual de prestación de servicios profesionales, no siempre se presta en forma personal ya que en muchos de los casos, los profesionales se apoyan en aprendices o pasantes que realizan el trabajo sencillo y con la supervisión permanente del profesional o bien se contrata a un grupo de profesionales, con lo cual intervendría más de una persona y se despersonaliza la relación contractual. Pensemos por un momento en la profesión de arquitectura, en donde los arquitectos cuentan con dibujantes que llevan a cabo la ejecución, conforme a las indicaciones del profesor, de los planos, de las perspectivas y demás trazos y dibujos con base en un proyecto central, para apoyar al profesional.

2. En materia laboral, el trabajo es *subordinado* y no lo es la relación contractual profesional.

Señala Néstor de Buen en la *Ley Federal del Trabajo comentada*,¹ lo siguiente:

Es la subordinación, el elemento ... característico de la relación de trabajo, continúa diciendo: ...esa concepción sustituye a la antigua idea de que la relación de trabajo estaba dominada por la dirección (capacidad de indicar al trabajador qué debe hacer y cómo hacerlo) y la dependencia (el destino económico del trabajador dependiente del salario, como única fuente de su sustento), pero esa idea fue desplazada por la de subordinación.

La subordinación implica que el patrón se encuentra en todo momento en posibilidad de disponer del esfuerzo físico, mental o de ambos géneros, del trabajador conforme al desempeño del trabajo previamente convenido. El patrón tiene un poder jurídico de mando correlativo a un deber de obediencia por parte del trabajador de manera permanente durante la jornada de trabajo e implica estar bajo la dirección del patrón o su representante.

Se ha prestado a confusión la subordinación laboral y la libertad de cátedra en el trabajo de enseñanza. Los Tribunales Colegiados se han encargado de aclarar que son dos cuestiones distintas. La libertad de cátedra consiste (según el criterio del Séptimo Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Primer Circuito, en el Amparo directo 10857/88. Colegio Nacional de Educación Técnica. 14 de marzo de 1989), en la facultad con que cuentan los profesores para impartir sus clases con los sistemas pedagógicos y el enfoque que se consideren adecuados, circunstancia que de ninguna forma excluye la relación laboral. Los profesores, a pesar de la libertad de cátedra, deberán sujetarse, en la impartición de su cátedra, a los programas previamente elaborados para el desarrollo del curso así como a los controles documentales que requiere la institución educativa, lo cual indica la sumisión del trabajador a la dirección, es decir que hay subordinación.

3. El trabajador no requiere de preparación técnica y el profesor sí requiere de *título*.

El artículo 8o. de la Ley Federal del Trabajo da la definición de trabajo y al respecto señala que “se entiende por trabajo toda actividad humana, intelectual o material, *independientemente del grado de preparación técnica requerido por cada profesión u oficio*”.

¹ *La compilación de normas laborales*, México, Porrúa, 2002.

Ya destacamos que se considera como un elemento no determinante de la relación contractual, el *grado de preparación técnica* requerido por cada profesión u oficio, al contrario del ejercicio profesional cuya principal característica es, precisamente, la realización habitual a título oneroso o gratuito de cualquier acto, o la prestación de cualquier servicio propio de cada profesión.

4. El pago de un *salario* en una relación laboral, y el pago de *honorarios* al profesor.

En la relación laboral se da como contraprestación el pago de un salario, mientras que en el contrato civil de prestación de servicios profesionales, la contraprestación consiste en el pago de una remuneración denominada *honorarios profesionales*.

Se entiende por honorarios profesionales, la retribución que se da por un trabajo en una profesión liberal.²

Al efecto señala el Código Civil que en el contrato de prestación de servicios profesionales, las partes de común acuerdo determinarán la retribución debida por ellos. Agrega, que en caso de no haberse convenido honorarios, éstos se regularán atendiendo juntamente a la costumbre del lugar, la importancia de los trabajos prestados, la del asunto o caso en que se prestaren, las facultades pecuniarias del que recibe el servicio y la reputación profesional que tenga adquirida el que lo ha prestado. Si hubiera arancel, serán regulados por éste (artículos 2606 y 2607 del Código Civil para el D. F.).

En el artículo 2609 del Código Civil citado se determina que pueden incluirse en el contrato las expensas que hayan de hacerse en el negocio, a cargo del cliente. Si no se convienen, el cliente las reembolsará a partir de que el profesor las haya hecho.

Tanto el pago de los honorarios como de las expensas, deberá de hacerse en el domicilio en que se llevó a cabo el trabajo, "...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", como lo determina el artículo 2610 del mismo ordenamiento legal.

Los honorarios podrán exigirse, independientemente cualquiera que sea el éxito del negocio o trabajo encomendado, salvo que las partes determinen lo contrario.

² Seco, Manuel, *et al.*, *Diccionario abreviado del español actual*, España, Aguilar, 2000, p. 50.

El salario es, según lo señala la Ley Federal del Trabajo, el pago que debe hacer el patrón al trabajador por su trabajo y por las prestaciones que genere. No obstante de ser una contraprestación, existe la obligación de pagarlo, sin que corresponda la obligación de trabajar como es el caso de los días de descanso, vacaciones remuneradas, licencias de embarazo, licencias con goce de sueldo, entre otros, tal y como lo señala Néstor de Buen Lozano en el tomo II de su *Derecho del trabajo*.³ Al efecto señala que “en esa virtud entender al salario como derecho recíproco a la obligación de trabajar puede resultar equivocado”, que “la obligación de pagar el salario no es, necesariamente, correlativa de la obligación de prestar el servicio” así como que “puede existir una relación laboral (que no es lo mismo que la prestación del servicio) sin que se actualice la obligación de pagar el salario”, por ejemplo en los casos en que el trabajador falta al trabajo. Lo que sí es definitivo es que el salario se paga siempre que se preste el servicio.

El salario se puede fijar por unidad de tiempo, por unidad de obra, por comisión, a precio alzado o de cualquier otra manera (artículos 82 y 83 de la Ley Federal del Trabajo). Sin embargo, aclara dicho ordenamiento legal que “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”. La cuestión es precisar los alcances de dicho artículo, y citamos a Carlos de Buen, quien en su *Ley Federal de Trabajo comentada*,⁴ señala lo siguiente:

En principio es lógico suponer que cualquier cantidad que se dé al trabajador va a derivar precisamente de su trabajo. Sin embargo, se ha considerado que hay prestaciones que tienen otro fundamento y que por lo tanto no integran salario. El artículo 84 no menciona excepciones pero podemos aplicar por analogía el artículo 143 que en forma enunciativa señala algunas de ellas en términos casi idénticos que el artículo 32 de la Ley del Seguro Social.

Así encontramos que si por ejemplo, el trabajador tiene incorporado el tiempo extra a su salario, como un pago que de manera regular se hace, debe entenderse que forma parte del salario. Asimismo, todas las percep-

³ Buen Lozano, Néstor de, *Derecho del trabajo II*, 13a. ed. actualizada, México, Porrúa, 1999, pp. 202 y 203.

⁴ Buen, Carlos de, *Ley Federal de Trabajo comentada*, México, Themis, 1990, pp. 56 y 57.

ciones que reciba el trabajador de forma normal y constante serán consideradas como parte del salario e integradas a éste para determinar, entre otros, el monto de las indemnizaciones que deban pagarse a los trabajadores, o las pensiones a que tengan derecho.

Es diversa la naturaleza jurídica del salario de la remuneración profesional por honorarios. Mientras que la primera es una retribución simple, la segunda integra diversos conceptos: 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, como lo señala la disposición legal antes citada, siendo un importante punto de distinción entre los contratos de trabajo y de prestación de servicios profesionales. Por lo tanto, los patrones que contratan a sus trabajadores simulando una prestación de servicios profesionales, están privando a éstos de recibir pago de las gratificaciones, primas, prestaciones en especie, habitación, seguridad social, etc., propias de la relación laboral.

5. La prestación del trabajo se realiza en el *domicilio* del patrón, quien le proporciona al trabajador los *medios* para desempeñarlo, los que normalmente son propiedad de la empresa; la prestación del servicio profesional normalmente se realiza en el domicilio del profesor y con sus propios medios.

El trabajador realiza su trabajo con los medios del patrón y en su domicilio si ello es posible o en donde el patrón le indique, ya que existen trabajos que se desempeñan en diversos lugares a donde el trabajador por órdenes del patrón se traslada. Tal es el caso del trabajo de la construcción y el agente de ventas, entre otros.

Como toda regla, ésta tiene una excepción y es la del *trabajo a domicilio* que regula la Ley Federal del Trabajo como *trabajo especial* y a la que brevemente nos referiremos, por ser en todo caso, el tipo de contrato laboral más parecido a la prestación de servicios profesionales.

A él se refieren los artículos 311 y siguientes de la Ley Federal del Trabajo. Este trabajo se ejecuta en condiciones distintas de las señaladas anteriormente, ya que no existe la vigilancia o dirección inmediata por parte del patrón, lo que desde luego no implica que no exista la subordinación, ya que el trabajo se debe desempeñar de acuerdo a las instrucciones que previamente dio el patrón. El trabajo se presta de manera personal, de tal modo que si por alguna circunstancia participan en el desempeño del trabajo algunos miembros de su familia, como lo prevé el artículo 313 de la Ley

Laboral, se actualizaría el contenido del artículo 10 de la citada Ley Federal del Trabajo y el patrón lo será también de los miembros de la familia que colaboren en el trabajo, a pesar de que el citado artículo 313 es omiso en señalar que se dará una relación de trabajo entre éstos y el patrón.

En conclusión, como regla general el trabajo se presta en el domicilio del patrón o en lugar que se determine en el contrato de trabajo, pudiendo convenirse la posibilidad de mover al trabajador de domicilio laboral, incluso fuera del país.

En cambio, el ejercicio de la actividad profesional comúnmente se realiza en el domicilio o taller del profesor y con sus propios medios. Excepcionalmente se presta en el domicilio del patrón. Tal es el caso de los contadores externos, que por temporadas deben de trabajar dentro de las oficinas del cliente, mas no hay subordinación, ni deben de ser sometidos a ningún tipo de control de asistencia o similar.

6. La *responsabilidad* por actos del trabajador ante terceros es de la empresa y la responsabilidad del profesor es personal.

La responsabilidad derivada de actos ejecutados por sus obreros y dependientes, se encuentra regulada por los artículos 1923 a 1925 del Código Civil. El artículo 1924 señala claramente: “Los patronos y los dueños de establecimientos mercantiles están obligados a responder de los daños y perjuicios causados por sus obreros y dependientes, en el ejercicio de sus funciones. Esta responsabilidad cesa si demuestra que en la comisión del daño no se les puede imputar ninguna culpa o negligencia”.

En el caso de los profesionales, el artículo 2615 del Código Civil señala que el que preste servicios profesionales, es responsable hacia las personas a quienes sirve por negligencia, impericia o dolo, además de las penas que merezca en caso de delito. Es decir, el profesional es responsable de manera personal.

7. Los contratos de trabajo se entienden, como regla general, por *tiempo indefinido* y el contrato de prestación de servicios profesionales normalmente tiene un plazo o fecha de vencimiento.

Al menos que la naturaleza del trabajo amerite que sea por obra o tiempo determinado, los contratos de trabajo se entienden por *tiempo indefinido*. Las partes podrán rescindirlos por causa justificada en cualquier tiempo, sin incurrir en responsabilidad (artículo 46, Ley Federal del Trabajo). El artículo 47 y siguientes del mismo ordenamiento legal relatan

las causas de rescisión sin responsabilidad patronal y el artículo 51 las causas de rescisión sin responsabilidad del trabajador. Si el patrón despide al trabajador y no da el aviso a que se refiere el artículo 46 de la ley de la materia, a pesar de que la causa fuera justificada, se tendrá por despido injustificado y tendrá la obligación de reinstalar al trabajador o indemnizarlo, a elección de éste.

En los contratos de prestación de servicios profesionales la *temporalidad* depende del trabajo que se encargue; cuando se trata de igualas, éstas por lo regular se revisan anualmente y pueden darse por terminadas por voluntad de cualquiera de las partes. Excepcionalmente se exige una causa de terminación.

8. Las *controversias* que se susciten entre el profesor y el cliente, deberán de ventilarse ante los Juzgados Civiles del Poder Judicial o pueden someterse al arbitraje, mientras que las controversias laborales se ventilan en las Juntas de Conciliación y Arbitraje o Tribunales de Conciliación y Arbitraje, del Poder Ejecutivo, según la naturaleza del patrón.

V. CONCLUSIÓN

De las consideraciones anteriormente vertidas se pone de manifiesto que existen diferencias importantes entre el contrato de trabajo y el contrato de prestación de servicios profesionales. Sin embargo en la práctica se confunden ambos.

Las consecuencias son graves para el patrón cuando en lugar de celebrar con sus trabajadores un contrato laboral, celebra un contrato de prestación de servicios profesionales. En ese caso, conforme al texto de la Ley Federal del Trabajo y al de la Ley Reglamentaria del artículo 5o. constitucional, se entenderá que la relación jurídica entre las partes es de naturaleza laboral, *si es subordinada y se presta de manera personal*. Son imputables al patrón tanto la falta de contrato laboral como la simulación de la relación laboral a través de un contrato civil, y tal circunstancia de modo alguno priva a los trabajadores de los derechos derivados de las normas de trabajo. En caso de controversia, la carga de la prueba sobre las características de las condiciones laborales es del patrón, por lo que de no tener éste los elementos para acreditar las condiciones en que se prestó el trabajo, se tendrán por ciertas las que el trabajador invoque, con las consecuentes cargas eco-

nómicas. Es, por lo tanto, recomendable mantener en las empresas un estricto orden respecto de las formas de control de los trabajadores.

Recordemos que la Ley Reglamentaria del artículo 5o. constitucional determina en el artículo 37 que “los profesionales que ejerzan su profesión en calidad de asalariados, quedan sujetos por lo que a su contrato se refiere, a los preceptos de la Ley Federal del Trabajo y al Estatuto de los Trabajadores al Servicio de los Poderes de la Unión, en su caso”. Entonces un profesional puede ser asalariado, pero un no profesional no puede legalmente celebrar un contrato de prestación de servicios profesionales.

La carga de la prueba en un juicio laboral para acreditar la naturaleza jurídica del servicio prestado deberá basarse en los siguientes puntos.

Desde el punto de vista de la Ley Federal del Trabajo, se deben revisar los siguientes puntos:

- a) Si hay subordinación.
- b) Si se presta el trabajo de manera personal.
- c) El lugar y medios con los que se ejecuta el trabajo.
- d) Si el trabajo desempeñado corresponde a un puesto permanente en la empresa.

Desde el punto de vista del Código Civil:

- e) Si el prestador del servicio es un profesional autorizado.
- f) En caso afirmativo, si la materia del trabajo prestado se relaciona con la profesión para la cual está autorizado el profesional.
- g) Si la actividad realizada requiere ser desempeñada por un profesional.

Presentado un conflicto, el patrón deberá ser condenado a la reinstalación del trabajador o al pago de la indemnización constitucional a favor del trabajador, en términos del artículo 123-A, XXII de la Constitución, si habiéndose firmado un contrato de prestación de servicios profesionales, el actor acredita su condición de trabajador. Además tendrá que pagar las prestaciones que omitió pagar al trabajador del orden laboral y de seguridad social derivadas de la prestación, a saber, IMSS, INFONAVIT, SAR, con los correspondientes recargos y multas que omitió pagar a favor del trabajador, así como los impuestos que se generen o que debieron generarse con motivo del pago salarial. Independientemente de estos pagos, el patrón quedará obligado a pagar todas y cada una de las prestaciones que pudieron

darse, tales como pago de jornadas extraordinarias, vacaciones, participación de utilidades y primas.

El exceso de proteccionismo a favor de los trabajadores en las normas laborales ha llevado a la práctica de los mecanismos fraudulentos señalados para evadir el alto costo de una contratación laboral que además es en detrimento del propio trabajador, ya que el posible riesgo de indemnizaciones costosas debe ser tomado en cuenta por el patrón, obstaculizando un aumento en los ingresos de los empleados que encarecerían tales indemnizaciones.

La experiencia ha demostrado que demasiada tutela es contraproducente y a ello, precisamente le debemos el fraude a la ley a través de las contrataciones civil, mercantil o a través de empresas de *outsourcing* (proveedores externos).

Es fundamental una nueva Ley Federal del Trabajo o por lo menos una reforma profunda de la actual, a efecto de que se establezcan normas jurídicas que motiven a los trabajadores a desempeñar mejor su trabajo, normas flexibles que reduzcan el riesgo de indemnizaciones laborales costosas, con lo cual el trabajador se preocupará por conservar el empleo desempeñándose mejor, y el patrón tendrá la posibilidad de contratar más personal sin recurrir a mecanismos ilícitos que perjudican a ambos, y por supuesto afectan los sistemas de seguridad social.

La ley debe hacerse más flexible en cuanto a la contratación temporal de los trabajadores, así como la reducción de la jornada de trabajo para abrir nuevas posibilidades y espacios de contratación. Se debe suprimir el criterio de la preferencia por antigüedad para designar los ascensos y en todo caso sustituirlo por el criterio de capacidad, lo que motivaría a los trabajadores a desempeñar su trabajo de mejor forma. Es recomendable aumentar los periodos vacacionales de manera que los trabajadores puedan convivir más con sus familias, recuperen fuerzas y regresen más motivados a ocupar sus puestos, ya que las que actualmente concede la ley son mínimas. Un trabajador motivado trabaja mejor. Recordemos que la familia es el núcleo de la sociedad y las jornadas excesivas y las enormes distancias que tienen que recorrer los trabajadores en ciudades grandes como el Distrito Federal impide que exista una relación familiar más cercana y por ende, más sana.

Se debe procurar conseguir mayor productividad, más competitividad y mejorar la calidad en los bienes o servicios prestados. Si los trabajadores obtienen un beneficio económico en la proporción en que mejoran la productividad y la calidad del producto o servicio, seguramente estarán más

motivados para seguirlo haciendo. Asimismo, deberán de capacitarse de manera obligatoria para luchar por ocupar los mejores puestos, pero en base a su resultado y no a su antigüedad en el empleo.

Hemos escuchado a lo largo de varios años a los presidentes comprometerse a reformar la Ley Federal del Trabajo para adecuarla a los nuevos tiempos y actuales circunstancias. Sin embargo parece un reto que les ha quedado grande y temen tomar grandes decisiones. A pesar de todo, es fundamental hacerlo y tarde o temprano tendrán que modificarse las normas laborales en este país. Ojalá la experiencia permita que no se cometan los mismos errores del pasado y que nuestros legisladores actúen con inteligencia y consideren la opinión de expertos laboristas y gente de los diferentes sectores laborales comprometida con la clase trabajadora, para el beneficio del país y la posibilidad de crear a favor de los trabajadores un régimen laboral nuevo, flexible, sin tuteladas excesivas contraproducentes y con un sentido de justicia social que en la actualidad pareciera que tiende a desaparecer.