LA BUENA FE EN EL TRABAJO; ¿UN PRINCIPIO QUE SE DIFUMINA?

José Manuel LASTRA LASTRA*

SUMARIO. I. *Introducción.* II. *Ideas generales.* III. *La buena fe objetiva.* IV. *La buena fe subjetiva.* V. *El objeto del vínculo laboral.* VI. *Paradojas del vínculo contractual.* VII. *La simulación del contrato.* VIII. *Simulación en las relaciones de trabajo.* IX. *La condición de licitud en el objeto de los contratos y las relaciones de trabajo.* X. *Fraude a la ley.* XI. *Abuso del derecho.* XII. *La huida del derecho del trabajo.* XIII. *¿Hacia la transformación o difuminación del ámbito de aplicación de las leyes laborales?* XIV. *Reflexión final.* XV. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

La subordinación en las relaciones de trabajo ocupó un lugar importante en la escenografía, que el perfil y la silueta del derecho laboral proyectó durante mucho tiempo. Esta imagen representó el símbolo de una relación jurídica en la que la voluntad del trabajador quedó sometida a la del empleador por medio de un contrato, cuyo vínculo ocultó una relación de poder en el trabajo, lo cual limitó y excluyó de su ámbito otras actividades que el derecho privado supo incluir y reglamentar con ingenio.

Las tutelas del Estado han desaparecido en gran parte. El derecho del trabajo habrá de continuar sin ellas, pero deberá cambiar sus estrategias y ampliar sus fronteras para recuperar *el empleo sin derechos* y ofrecer un *empleo con derechos*, lo cual podrá lograrse si estas relaciones se reencausan hacia un derecho laboral común e incluyente que rescate de la clandestinidad, precariedad y simulación al trabajo y lo dirija con pasos firmes por el camino bien intencionado y recto de la buena fe y la justicia social, que no han dejado de iluminar la senda de la esperanza

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

por la que transitan millones de seres humanos, en la que el péndulo de la vida se mueve con lentitud.

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

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

II. IDEAS GENERALES

El vocablo *fides* (*fido, fidus*), significa seguro, fiel, leal, sincero. *Fidelis*, fiel, leal, es decir, “que inspira confianza”.¹ Consiste también en el “modo sincero y justo con que uno procede en los contratos sin tratar de engañar a la persona con quien lo celebra”.² En todas las instituciones jurídicas subyace el principio de la *buena fe*, tiene suma importancia en materia de interpretación de la ley, de los contratos, la posesión y la prescripción. Es la “sincera convicción de creer que la cosa es suya”.³ Es un principio rector de “todos los actos jurídicos”.⁴ Sus imperativos éticos de estricta moral deben ser admitidos como “supuesto de todo ordenamiento jurídico”.⁵ En el orden de la dignidad y jerarquía de los valores jurídicos, ha de ubicarse en la esfera de un valor fundamental, porque implica la “presencia de vivencias axiológico-jurídicas de comunidad”.⁶ Por ello, con justeza expresa Cicerón, *la buena fe* es “el fundamento de la justicia (*fundamentum justitiae est fides*)”.⁷

Obrar de *buena fe* implica “valorar con signo axiológico positivo, la conducta de un sujeto”,⁸ que “cumple con sus deberes, no comete en

¹ BLÁSQUEZ FRAILE, Agustín. *Diccionario latino español*, Barcelona, Editorial Ramón Sopena, 1946, p. 472.

² ESCRICHE, Joaquín. *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, t. I, Bogotá, Temis, 1977, p. 749.

³ NICOLIELLO, Nelson. *Diccionario del latín jurídico*, Barcelona, Bosch Editor, 1999, p. 41.

⁴ GARRONE, José Alberto. *Diccionario jurídico*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1.1, 1986, p. 178.

⁵ *Enciclopedia jurídica Omeba*, t. II, Buenos Aires, 1955, p. 405.

⁶ *Ibidem*, p. 406.

⁷ MANS PUIGARNAU, Jaime M. *Los principios generales del derecho*, Barcelona, Bosch, 1979, p. 197.

⁸ *Ibidem*, p. 408.

ellos fraudes ni inmoralidades”.⁹ Actuar de *buena fe* denota la “creencia y persuasión de que el acto realizado es lícito y justo”.¹⁰

Las palabras *probo* y *probidad* tienen adherencia con *buena fe*, *probus* en latín significa excelente, bueno, honrado, íntegro, leal. *Probidad* es “rectitud de ánimo y hombría de bien”.¹¹ Este vocablo incluye la exigencia de actuar con “integridad en el obrar”.¹²

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

La *bona fides* romana fue utilizada siempre como un recurso técnico-moral encaminado a llenar lagunas legales o a corregir injusticias. Pero también sirvió para divinizar y resaltar el culto al emperador Numa; “*é il venerabile fidei numen che dexteram suam, certissimum salutis umanae pignus, ostentaf' fī* a quien se le dedicó un templo sobre el Campidoglio. El valor de fuerza ética de la antigua *fides* está consagrado en las XII Tablas, con la sanción de la consagración a los dioses (*consecrado*). Cicerón la define como *fundmentum autem est iustitiae fides, idest dictorum conventorumque constantitia et veritas*. La *fides* en las relaciones con los extranjeros, en uno de los tratados entre Roma y Cartagena, del cual habla Polibio, en el siglo iv a.C., este debía ser cumplido y negociado mediante actos públicos para “ser protegidos por la fe pública”,¹⁴ como fuerza vinculante del acto. Así, dio nacimiento a determinadas figuras jurídicas como la *fiducia* y el *fideicomiso*. Es unánime la doctrina al señalar que “la buena fe constituye una regla de conducta, a la que ha de adaptarse el comportamiento jurídico de los hombres”.¹⁵ *Fides* es lealtad a la palabra dada (fidelidad), *bona fides* es “buena fidelidad, buen propósito, rectitud en la intención, buen deseo de obrar bien”.¹⁶

⁹ MOLINER, María. *Diccionario del uso del español*, H-Z, 6ª ed., Madrid, Editorial Gredos, 1977, p. 848.

¹⁰ MASCARENAS, Carlos E. *Nueva enciclopedia jurídica*, t. III, Barcelona, Francisco Seix, 1951, p. 455.

¹¹ CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario de derecho usual*, t. I, Buenos Aires, Bibliográfica, Omeba, 1968, p. 299.

¹² ÁLAMO, Martín. *Enciclopedia del idioma*, t. III, la reimpresión, Madrid, Aguilar, 1958, p. 3401.

¹³ *Enciclopedia del Diritto*, t. V, Italia, Giuffrè editore, 1959, p. 661.

¹⁴ *Ibidem*, p. 662.

¹⁵ MOZOS, José Luis de los. *El principio de la buena fe*, Barcelona, Bosc, 1965, p. 40.

¹⁶ DURAN, Juan Guillermo. *Reflexiones sobre la buena fe en el derecho*, Bogotá, 1988, p. 92.

La *buena fe*, es “un concepto técnico-jurídico que se inserta en una multiplicidad de normas jurídicas para describir o delimitar un supuesto de hecho”.¹⁷

El principio general de la *buena fe* engendra una norma jurídica completa que se eleva a la categoría de un principio general del derecho: todas las personas, todos los miembros de una comunidad jurídica, “deben comportarse de buena fe en sus recíprocas relaciones”.¹⁸ El deber recíproco de *buena fe* es “vedador de conductas abusivas”.¹⁹ Este principio debe resurgir en el escenario del derecho para nutrir, con buena dosis, las relaciones jurídicas actuales, como corresponde —según Joserand— “a las antigüedades infinitamente venerables”.²⁰

En toda realidad jurídica encontramos que detrás de cada norma existe un principio general, cuyas notas típicas relevantes son: “universalidad del contenido; historicidad de sus aplicaciones; potencialidad jurígena”.²¹

Los principios generales constituyen una de las formas de manifestación de los valores. La estrecha vinculación con ellas tienen una base permanente. La incorporación de los principios generales al ordenamiento representan la forma de ingreso al “sistema jurídico de los valores y convicciones éticas básicas de una comunidad”.²²

En opinión de Hernández Gil, la *buena fe* incorpora siempre, en todas sus manifestaciones y aplicaciones, una unidad de significación, aunque cambien los presupuestos sobre los que se establezca; esta unidad de significación es “ética y, por tanto, valorativa y normativa”.²³ La tesis sostiene que la unidad de la materia, el concepto y la unidad del fin, integran un todo. La unidad de la materia reside en que concierne al ejercicio de los derechos, a su actuación práctica, evitar extralimitaciones. La unidad del fin consiste en su vínculo con la moral social. Para el derecho lo que cuenta es la vida humana en común. Esta puede ser expresada en un comportamiento social en el sentido valorativo, es decir, socialmente valioso (moral social), el cual alcanza su expresión culminante en la solidaridad social, la cual implica la coparticipación en los sentimientos y hábitos de conducta que exaltan la cohesión, la mutua

¹⁷ DÍEZ-PICAZO, L. *Prólogo a la obra de F. Wiacker, El principio de la buena fe*, Madrid, Civitas, 1977, p. 11.

¹⁸ *Ibidem*, p. 12.

¹⁹ NOVADO FERNÁNDEZ, María José. *El ejercicio del derecho del honor (por el trabajador) en el contrato de trabajo*, Colección Laboral No. 85, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 35.

²⁰ JOSERAND, *De L sprit des droits et de leur relativité*, París, 1939, p. 2.

²¹ FERREIRA RUBIO, Delia Matilde. *La buena fe*, Madrid, Editorial Montecorvo, 1984, p. 41.

²² *Ibidem*, p. 72.

²³ HERNÁNDEZ GIL, Antonio. *Obras completas*, t. I, Madrid, Espasa-Calpe, 1987, p. 556.

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

La cohesión social, la conciencia del deber, la honestidad, la rectitud, la mutua confianza, tienen un trasfondo que se descubre a través de la *buena fe*, son “realidades y valores, que si pueden propiciarlos las leyes no son plenamente alcanzables por ellas si falta una cooperación ciudadana”.²⁴ Es la ley quien dirige su mirada a la sociedad, no para someterla a sus normas, sino por el contrario, para buscar en la sociedad modelos de conducta que, por su enraizamiento en la vida, son difíciles de instrumentar técnicamente.

La tesis de Hernández Gil,²⁵ puede sintetizarse en:

1. No es divisible el concepto de la buena fe.
2. La buena fe cumple siempre una función normativa, conformadora de la conducta.
3. No es admisible la dualidad, buena fe objetiva y buena fe subjetiva, ya que rompe la unidad de significación.
4. Sólo pueden aceptarse como fórmulas clasificatorias, aquellas que parten de la unidad de significación.
5. Una fórmula clasificatoria simple es la que distingue dos cometidos de la buena fe: como reguladora del ejercicio de los derechos y del cumplimiento de los deberes.

En la primera hipótesis se parte de una situación jurídica, dentro de la cual, la buena fe concurre a moderar la actuación de los interesados. En la segunda, la buena fe determina la constitución de una situación jurídica que no existiría sin su concurso, de tal manera que en razón de ella se produce un efecto jurídico.

III. LA BUENA FE OBJETIVA

La *buena fe* objetiva es un “modelo de conducta con el que se trata de regular un determinado supuesto de hecho”.²⁶ La buena fe es, ante todo, un “modo de ser interior, un impulso que anima una conciencia”.²⁷ La *buena fe objetiva* “actúa sobre el contenido de la relación jurídica, nacida

²⁴ *Idem.*

²⁵ Cfr. HERNÁNDEZ GIL, Antonio. *Gp cit.*, p. 566.

²⁶ *Enciclopedia Jurídica Básica*, t. I, Madrid, Civitas, 1995, p. 835.

²⁷ *Enciclopedia del Diritto*, t. V, Italia, Giuffrè Editore, 1959, p. 668.

de la obligación, en particular, o del negocio, en general”.²⁸ Se manifiesta como “un criterio del comportamiento, conscientemente asumido”.²⁹

Dentro del concepto objetivo, figura la buena fe normativa. Como “comportamiento de fidelidad, se sitúa en el mismo plano que el uso o la ley, es decir, adquiere función de norma dispositiva, de ahí su naturaleza objetiva”.³⁰ Lo objetivo queda “más del lado de la conciencia del valor encamado por la buena fe que del lado de la normatividad”.³¹ En virtud de ella se protegen “una serie de relaciones jurídicas, al margen del derecho positivo”.³² La *buena fe objetiva* establece supuestos de aplicación y modula el contenido de la obligación o del negocio, su sola invocación “incorpora una función ordenadora a través de la cual penetra como modelo de conducta”,³³ que actúa como “portadora de normas en sí o generadora de normas concretas”.³⁴

IV. LA BUENA FE SUBJETIVA

La *buena fe subjetiva* es un estado de conciencia, un “hecho espiritual que caracteriza a quien incumple una norma o lesiona un derecho”,³⁵ también es considerada como el estado de ánimo subjetivo que depende de la “ausencia de consciente intención de pejudicar a otros”.³⁶ Es “la falta de conciencia de antijuricidad, cuando existe un defecto jurídico”.³⁷ Presupone una irregularidad jurídica y se refiere al elemento faltante en un supuesto de hecho normativo. El concepto de la buena fe subjetiva “reabsorbe íntegramente la concepción psicológica”.³⁸ La *buena fe subjetiva* aparece referida a un hecho o un acto. Como el hecho o el acto los realiza (o los omite) una persona, es evidente que constituyen, conducta humana. La pretendida *buena fe subjetiva* se refiere al hecho o al acto del comportamiento de una persona; pero no es otra buena fe, sino la encamación de la misma en el acto o la conducta desplegada. No hay más subjetividad que “la inherente al sujeto”.³⁹

²⁸ Mozos, José Luis de los. *Op cit.*, p. 49.

²⁹ HERNÁNDEZ GIL, Antonio. *Op cit.*, p. 559.

³⁰ Mozos, José Luis de los. *Op cit.*, p. 45.

³¹ HERNÁNDEZ GIL, Antonio. *Op cit.*, p. 559.

³² ROMERO COLOMA, Aurelia María. *Problemática de la buena fe en el ordenamiento jurídico*, Tapia, Madrid, 1990, p. 74.

³³ HERNÁNDEZ GIL, Antonio. *Op cit.*, p. 562.

³⁴ FERREIRA RUBIO, Delia Matilde. *La buena fe*, Madrid, Montecorvo, 1984, p. 90.

³⁵ *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. I, Madrid, Civitas, 1995, p. 834.

³⁶ *Enciclopedia del Diritto*, t. V, Italia, Giuffrè Editore, 1959, p. 665.

³⁷ *Enciclopedia Jurídica Básica*, t. I, ABA-COR, Madrid, Editorial Civitas, 1995, p. 838.

³⁸ HERNÁNDEZ GIL, Antonio. *Obras completas*, 1.1, Madrid, Espasa-Calpe, 1987, pp. 559-560.

³⁹ *Ibidem*, p. 565.

V. EL OBJETO DEL VÍNCULO LABORAL

El contrato de trabajo es el origen y el permanente fundamento de las obligaciones recíprocas entre trabajador y empresario. En las que el trabajador entrega libremente su trabajo de acuerdo a las condiciones pactadas y bajo la potestad organizadora del empresario, quien debe retribuirlo. La categoría jurídica contractual, cumple así la función de “constituir y regular la relación patrimonial de intercambio de trabajo por salario”.⁴⁰

La persona física constituye el objeto de la prestación del trabajador. El cuerpo es el lugar, el pasaje obligado de “la realización de las obligaciones del trabajador; es la cosa misma que forma la materia del contrato”.⁴¹

La persona humana es tanto el objeto del contrato como el sujeto del mismo. El objeto del trabajo asalariado, no son “los frutos sino el trabajo mismo”.⁴² El trabajador es ajeno al resultado de su trabajo, se paga el trabajo y “no su resultado”.⁴³

El que trabaja bajo dependencia no organiza su trabajo, lo presta bajo las órdenes y el “dominio físico”⁴⁴ de otro, por ello no tienen ningún control sobre el resultado.

El trabajador no adquiere en ningún momento derecho sobre la cosa producida, la cosa no participa nunca del intercambio de prestaciones. No es sujeto “perceptor del valor de su trabajo”.⁴⁵ No tienen ni la propiedad de los instrumentos y de los materiales, no son en el contrato, “propietarios de nada”.⁴⁶ El patrono es “el propietario único de todos los productos en el curso de su transformación, y después”.⁴⁷

La actividad o energía en que se cifra el trabajo es inescindible de aquel que lo realiza. El bien jurídico protegido por el derecho del trabajo es “el hombre, su vida, su integridad, su personalidad moral”.⁴⁸

⁴⁰ PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos y ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel. *Derecho del trabajo*, 8ª ed., Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 2000, p. 625.

⁴¹ SUPLOT, Alain. *Crítica del derecho del trabajo*, Madrid, Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, trad. José Luis Gil y Gil, 1996, p. 81.

⁴² ALONSO OLEA, Manuel. *Derecho del trabajo*, 10ª ed., Madrid, Artes Gráficas Benzal, 1987, p. 41.

⁴³ SUPLOT, Alain, *Op cit.*, p. 81.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 76.

⁴⁵ PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos y ALVÁREZ DE LA ROSA. *Derecho del trabajo*, 8ª ed., Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 2000, p. 625.

⁴⁶ CHATELAIN, Emilio. *El contrato de trabajo*, trad. de Adolfo Posada, Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, 1903, p. 104.

⁴⁷ GRUJALBA, Alfonso R. de. *El contrato de trabajo*, Madrid, Francisco Beltrán, Librería española y extranjera, 1902, p. 152.

⁴⁸ *Rerum Novarum*, párrafo 44 (Cualidad del trabajo).

La *moral individual* parte de uno para enlazar con los demás; la solidaridad social implica la coparticipación en los sentimientos y hábitos de conducta que exaltan “la cohesión, la mutua confianza, la responsabilidad colectiva y la entrega a una empresa común”.⁴⁹

La cohesión social, la conciencia del deber, la honestidad, la rectitud, la mutua confianza, son “el trasfondo que se descubre a través de la buena fe”.⁵⁰ Principio supremo y absoluto que domina todo el derecho de obligaciones. El deber de buena fe es “un estricto deber jurídico, su inobservancia puede generar graves sanciones contractuales”.⁵¹ Las prestaciones y los beneficios ofrecidos asumen inevitablemente, la relevancia de bienes económicos. La situación de dependencia y disminución de la libertad del hombre en el cumplimiento de la actividad laboral, constituye la razón y el dato constante de referencia del derecho que disciplina el trabajo subordinado, del que surge la obligación de trabajar bajo la dependencia del empresario, es el contenido “fundamental y clave de los efectos”.⁵² Al parecer, las tendencias actuales pretenden reconstruir “las formas del trabajo subordinado y las relaciones de poder en la economía y en la sociedad, que influyen también en sus relaciones con el Estado”.⁵³ Sin embargo, hasta ahora el vínculo jurídico contractual cumple la función de constituir y regular la “relación patrimonial de intercambio de trabajo por salario”.⁵⁴ La causa del contrato está en “la cesión remunerada de los frutos que del mismo resultan; es decir, pasan a integrar el patrimonio de persona distinta del trabajador”.⁵⁵

VI. PARADOJAS DEL VÍNCULO LABORAL

El contrato de trabajo crea una jerarquía entre iguales. La clave de esta construcción jurídica, paradójica, es la autonomía de la voluntad de los que se sitúan “en forma libre” en una relación de subordinación con respecto de otro. El contrato de trabajo pone a disposición del empresario al trabajador. Este adquiere un poder de dirección continuo sobre quien labora durante la ejecución del contrato. En opinión de Néstor

⁴⁹ HERNÁNDEZ GIL, Antonio. *Op. cit.*, p. 555.

⁵⁰ *Ibidem.*, p. 556.

⁵¹ MONTOYA MELGAR, Alfredo. *Derecho del trabajo*, 18ª ed., Madrid, Tecnos, 1997, p. 323.

⁵² DELL'OLIO, Mateo. *La subordinazione nell'esperienza italiana*, Argomenti di Diritto del Lavoro, vol. 3, Padova, Cedam, 1998, p. 702.

⁵³ TREU, Tiziano. *Il diritto del lavoro: reantá e possibilitá*, Argomenti di Diritto del Lavoro, vol. 3, Padova, Cedam, 200, p. 472.

⁵⁴ PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos. *Op. cit.*, p. 625.

⁵⁵ OLEA, Manuel Alonso y CASAS BAAMONDE, Mafía Emilia. *Derecho del trabajo*, 10ª ed., Madrid, Universidad de Madrid, 1987, p. 41.

de Buen, el supuesto contrato “se perfecciona en un verdadero estado de necesidad [...] quien pide el trabajo lo hace bajo la preocupación de satisfacer necesidades imperiosas e ineludibles”.⁵⁶

Las declaraciones teóricas de igualdad de derechos han sido ineficaces para el trabajador, “se convirtieron en irrisorias”,⁵⁷ con el transcurso del tiempo.

El acuerdo libre de voluntades surgió como un *apotegma* y el “más sangriento de los sarcasmos”⁵⁸ basado en el irritante escarnio de considerar a “las partes económicamente iguales”.⁵⁹ Para ello era necesario buscar un “garantismo fullero”⁶⁰ que legitimara la sumisión del trabajador, “bajo la máscara de un contrato”,⁶¹ a rigurosos controles de tipo técnico y social. A partir de ese momento el contrato se convertiría en el “espejo jurídico de funciones sociales específicas”⁶² y en “*chaperón embarazoso*”,⁶³ pletórico de formulismos, a través del cual deben viajar el trabajador y el derecho.

En los contratos civiles —según Supiot— “la voluntad se compromete: en el contrato de trabajo se somete. El compromiso manifiesta la libertad, la sumisión la niega”.⁶⁴ Esta contradicción entre la autonomía de la voluntad y la subordinación de la voluntad, conduce a que el trabajador sea visto en la empresa, “como sujeto y como objeto del contrato”.⁶⁵

Quienes preludiaron la decadencia del contrato como un hecho incontrovertible, aceptaron también la necesidad de su existencia en el ámbito pequeño que “la sociedad actual deja a la libertad humana”,⁶⁶ unos mencionaron su ineficacia o inoperancia en los actos jurídicos que “no producen sus efectos”,⁶⁷ y otros hablaron de la frustración producida por

⁵⁶ NÉSTOR DE BUEN. *La decadencia del contrato*, 2ª ed., México, Porrúa, 1986, p. 271.

⁵⁷ CHATELAIN, Emilio. *El contrato de trabajo*, trad. Adolfo Posada, Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, 1903, p. 104.

⁵⁸ GRIJALVA, Alfonso R. de. *El contrato de trabajo*, 2ª ed., Madrid, Librería Española y Española Príncipe, 1902, p. 8.

⁵⁹ POLO, Antonio. *Del contrato a la relación de trabajo*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1941, p. 39.

⁶⁰ ROMAGNOLI, Humberto. *Técnicas normativas de gestión del trabajo*, trad. Adolfo Catalano, Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1988, p. 107.

⁶¹ FREUD, O. Kahn-. *Trabajo y derecho*, trad. J. M. Galiana, Ministerio de Trabajo, Madrid, 1987, p. 60.

⁶² BAYLOS GRAU, Antonio. *Derecho del trabajo: modelo para armar*, Madrid, Editorial Trotta, 1991, p. 19.

⁶³ ROMAGNOLI, Humberto. *Op. cit.*, p. 104.

⁶⁴ SUPIOT, Alain. *Op. cit.*, p. 147.

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ BUEN LOZANO, Néstor de. *La decadencia del contrato*, 2a. ed., México, Porrúa, 1986, p. 291.

⁶⁷ MORELLO, Augusto M. *Ineficacia y frustración del contrato*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1975, p. 76.

la figura contractual, cuando “alteran las previsiones sustanciales que las partes tuvieron presentes al tiempo de celebrar el contrato”.⁶⁸

Sin embargo, el contrato aún existe para configurar vínculos jurídicos y producir efectos trascendentes en el mundo del derecho, aún cuando en materia de trabajo sea abundante la “variedad de atipicidades”.⁶⁹

Para infortunio del trabajo, “el poder que pierde el Estado lo gana la Empresa”.⁷⁰ Esta inoportuna inversión, mengua la estabilidad y derechos adquiridos, anula la práctica de la promoción profesional y “recurre al egoísmo como factor animador que reemplace a la solidaridad”,⁷¹ para acrecentar el “poder unilateral del empresario”.⁷²

VII. SIMULACIÓN DEL CONTRATO

El vocablo *simulación* deriva del latín *simulatio*, que significa *simulación, ficción, disimulo*. El simulador es *imitador, remedador, farsante, impostor*. Quien simula representa una cosa “fingiéndose, o imitando lo que no es”.⁷³ También es la “alteración aparente de la causa, la índole o el objeto verdadero de un acto o contrato”.⁷⁴ En el derecho antiguo, diversas máximas y aforismos hicieron referencia de esta figura: *Simulata nullius momenti sunt* (Las cosas simuladas no tienen valor); *Actus simulatus nullius est momenti* (El acto simulado no tiene validez); *Acta simulata... veritatis substantiam mutare non possunt* (Los actos simulados no pueden alterar la esencia de la verdad).⁷⁵ Cuando se otorga un contrato simulado, se procura que “la máscara esté lo mejor hecha posible”.⁷⁶ La existencia del acto simulado es un problema arduo y delicado, difícil de probar judicialmente, porque los simuladores “adoptan las precauciones para ocultar la simulación”.⁷⁷ El dato que caracteriza a la simulación, es ciertamente una disconformidad entre lo declarado y

⁶⁸ ESPERT SANZ, Vicente. *La frustración del fin del contrato*, Madrid, Tecnos, 1968, p. 261.

⁶⁹ FUENTES PUELMA, Carlos. *Estudios sobre derecho del trabajo y relaciones laborales*, Valparaíso, Edeval, 1996, p. 94.

⁷⁰ MONTERO DE SAN VICENTE, Osvaldo. *Flexibilidad del trabajo y derecho del trabajo*, La Flexibilización Laboral en Venezuela, Caracas, Editorial Nueva Sociedad, 1991, p. 35.

⁷¹ PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. *Otra inversión de tendencias en el seguridad social: de la solidaridad al egoísmo*, Civitas, Revista Española de Derecho de Trabajo, núm. 56, noviembre-diciembre de 1992, p. 826.

⁷² BAYLOS, Antonio. *Derecho del trabajo: modelo para armar*, Madrid, Trotta, 1991, p. 72.

⁷³ ALONSO, Martín. *Enciclopedia del idioma*, t. III, N-Z, México, Aguilar, 1991, p. 3781.

⁷⁴ *Idem*.

⁷⁵ MANS PUIGARNAU, Jaime M. *Los principios generales del derecho*, Barcelona, Bosch, 1979, p. 444.

⁷⁶ HERNÁNDEZ GIL, Antonio. *Obras completas*, t. III, Madrid, Espasa-Calpe, 1988, p. 615.

⁷⁷ GALINDO GARFIAS, Ignacio. *Teoría general de los contratos*, México, Porrúa, 1996, p. 409.

lo realmente querido por las partes, “una declaración engañosa, falsa y una voluntad cierta pero oculta, no manifiesta”.⁷⁸

Es elemento esencial de la simulación del contrato, que la “falsa apariencia cause perjuicio a terceros”;⁷⁹ en él se funda la legitimación para el ejercicio de la acción de nulidad del acto simulado. Este es el criterio que adopta el Código Civil para el D. F., en sus artículos 2181, 2182 y 2183. La simulación no es realidad sino ficción de realidad, se trata de “una mentira consciente para engendrar en los demás una ilusión falaz; de un disfraz”.⁸⁰ El negocio simulado es aquel que tiene una apariencia contraria a la realidad, o porque no existe en absoluto o porque es distinto de como aparece.

Los elementos que intervienen en la simulación de un negocio jurídico son:

1. una declaración deliberadamente disconforme con la intención,
2. el acuerdo simulatorio entre los otorgantes,
3. la intención de engañar a terceros.⁸¹

La simulación es “el resultado de un acuerdo entre los contratantes”,⁸² sin él, sólo “sería aparente y no producirá efectos”.⁸³ En el mismo sentido, F. Messineo expresa la necesidad de existencia del acuerdo simulatorio, porque sin él, la “simulación no sería eficiente ni siquiera entre las partes; y se tendrían en cambio, dos declaraciones con reserva mental”.⁸⁴

En cuanto a la simulación de los actos jurídicos, el Código Civil para el D. F., establece: “es simulado el acto en que las partes declaran o confiesan falsamente lo que en realidad no ha pasado o no se ha convenido entre ellas” (artículo 2180). Existe la simulación *absoluta*: “cuando el acto simulado nada tiene de real”. No produce efectos jurídicos (artículos 2181 y 2183) y es *relativa*: “cuando a un acto jurídico se le da una falsa apariencia que oculta su verdadero carácter” (artículo 2181). Pueden pedir la nulidad de los actos simulados los terceros perjudicados o el Ministerio Público, después de la anulación de un acto simulado deberá restituirse la cosa o derecho a quien pertenezca, con sus frutos e intereses, si los hubiere; pero si la cosa o derecho a pasado a título

⁷⁸ *Ibidem*, p. 392.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 393.

⁸⁰ FERRARA, Francisco. *La simulación de los negocios jurídicos*, trad. de Rafael Atard y Juan A. de la Puente, Madrid, Librería general de Victoriano Suárez, 1926, p. 60.

⁸¹ *Cfr.* Ferrara, Francisco, *Op. cit.*, p. 61.

⁸² *Ibidem*, p. 65.

⁸³ GALINDO GARFIAS, Ignacio, *Op. cit.*, p. 393.

⁸⁴ MESSINEO, F. *Manual de derecho civil y comercial*, trad. de Santiago Sentís Melendo, t. II, Doctrinas Generales, Buenos Aires, eja, 1954, p. 447.

oneroso a un tercero de buena fe, no habrá restitución (artículos 2183 y 2184).

Tal parece que el contrato de trabajo está “cargado de todas las energías utópicas”⁸⁵ que le han sido atribuidas a lo largo de los últimos siglos; el trabajo está *encantado* en el sentido de que ejerce “una fascinación de la que somos prisioneros”.⁸⁶ Todo parece indicar que ahora asistimos a una mayor “variabilidad del tipo legal de contrato de trabajo”.⁸⁷ La primera de ellas lo confina en “el mundo del trabajo típico en declive [...] y la segunda, propone su desaparición, *recontractualización* o retomo al derecho privado común”.⁸⁸ El sistema construido de formalización jurídica del trabajo asalariado, adquiere cada vez más un carácter fragmentario. La *pulverización* del tipo de *trabajador homogéneo* propicia el surgimiento y avance del *trabajador heterogéneo*, cuyo predominio transformó a la fábrica fordista en empresa red. Todo ello “provocó la quiebra de los míticos sistemas dogmáticos”.⁸⁹ El derecho del trabajo habrá de extenderse para incluir en su ámbito y extender una serie de derechos a otras formas de trabajo: “trabajos personales remunerados calificados de independientes o autónomos, pero económicamente dependientes”.⁹⁰ Es oportuno evocar a L. Mengoni, quien afirma “en realidad no existe el trabajo, sino hombres que trabajan”.⁹¹ En el mismo sentido Ripert expresó: “el trabajo es el hombre mismo en su cuerpo y en su espíritu”.⁹²

VIII. SIMULACIÓN DE LAS RELACIONES DE TRABAJO

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

Los trabajadores *exangües* por tantas penurias, enfrentan ahora la escasez, clandestinidad, precariedad y simulación que son la mácula pre-

⁸⁵ MEDA, Dominique. *El trabajo*, Barcelona, Gedisa, 1998, p. 231.

⁸⁶ *Idem*.

⁸⁷ MONEREO PÉREZ, José Luis. *Algunas reflexiones sobre la caracterización técnico jurídica del Derecho del Trabajo*, Madrid, Civitas, 1996, p. 93.

⁸⁸ CASAS BAHAMONDE, María Emilia. “Las transformaciones del derecho del trabajo y el futuro del derecho del trabajo”, *El Trabajo ante el Cambio de Siglo: un tratamiento multidisciplinar*, Madrid, Barcelona, Marcial Pons, 2000, p. 202.

⁸⁹ MONEREO PÉREZ, José Luis, *Op. cit.*, p. 96.

⁹⁰ CASAS BAHAMONDE, María Emilia, *Op. cit.*, p. 204.

⁹¹ MENGONI, L. *Le contrat de travail en droit italien*, CECA, Eurolibri, 1966, p. 421.

⁹² RIPERT, G. *Les forces créatrices du droit*, Paris, LGDJ, 1955, p. 276.