

PARADOJAS DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LAS RELACIONES DE TRABAJO

José Manuel LASTRA LASTRA*

SUMARIO: La autonomía de la voluntad encuentra sus límites en el orden público. En materia laboral, la clave de esta construcción jurídica es paradójica, los trabajadores aceptan una relación de sometimiento o subordinación que los coloca a disposición del empresario, el cual ordena frente a quién adquiere la obligación de obedecer. El objeto del acuerdo del trabajador asalariado consiste en renunciar a su voluntad autónoma para someterla al empleador, lo cual conduce a que el trabajador sea visto en la empresa como sujeto y objeto del contrato. La única libertad del trabajador, en tal estructura jurídica, consiste en elegir al empresario a quien ha de subordinarse. La autonomía negociadora individual vive actualmente una fase de euforia que hace algunos años nadie hubiese pronosticado.

ABSTRACT: The “at will” relationship finds its limits in the public order. The key is that in labor matters this legal concept is paradoxical: workers are “at will” to accept a submissive, subordinate relationship with their employer, and to place themselves at his disposal, thus acquiring the obligation to obey. The objective of the agreement is for the salaried worker to renounce his own will, and to subject it to the will of his employer, thus leading to the company’s perception that the worker is the subject and the objective of the contract. In such a legal structure, the worker is only at liberty to choose the employer to whom he must subordinate himself. The negotiating autonomy of the individual is currently going through a euphoric phase which, some years ago, was not foreseen by anyone.

* Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y catedrático en las divisiones de Estudio de Posgrado en las facultades de Derecho y Contaduría y Administración de la UNAM.

I. INTRODUCCIÓN

En las relaciones de trabajo, la autonomía de la voluntad encuentra sus límites en el orden público. El vínculo jurídico-laboral crea una desigualdad al someter o subordinar la voluntad del trabajador a la jerarquía creada de antemano, por el contrato de trabajo. La clave de esta construcción jurídica es paradójica a la autonomía de la voluntad, de los que, en *forma libre*, aceptan una relación de sometimiento o subordinación que los coloca a disposición del empresario, que ordena frente a quien adquiere la obligación de obedecer, durante la ejecución del contrato. El objeto del acuerdo del trabajador asalariado consiste en renunciar a su voluntad autónoma, para someterla al empleador. El poder patronal crece, en cuanto más amplio sea el margen de indeterminación de las obligaciones del trabajador. Por eso, en el contrato de trabajo la voluntad se somete, y en el contrato civil se compromete. El compromiso manifiesta la libertad, la sumisión la niega. Esta contradicción entre autonomía de la voluntad y la subordinación de la voluntad, conduce a que el trabajador en la empresa sea visto como sujeto y objeto del contrato. Es así como la fuerza obligatoria del contrato se difumina en beneficio del empresario. Frente a estas realidades cabría preguntar: ¿es posible fundar en la autonomía de la voluntad, la fuerza obligatoria de una relación jerárquica como el vínculo de subordinación? La única libertad del trabajador, en tal estructura jurídica, consiste en elegir al empresario a quien ha de someterse o subordinarse.

II. CONCEPTO DE NEGOCIO

La palabra *negociar* deriva del latín *negotiari*, que significa: dedicarse a negocios, realizar operaciones con un valor bancario o de bolsa; también, hablar unas personas con otras para la resolución de un asunto; denota la idea de “*gestión de asuntos importantes*”.¹ Dícese de la función que ejercen los diplomáticos a través de sus agentes, para celebrar convenios o tratados. Son vocablos sinónimos: “comerciar, discutir, mercar, tratar”.²

1 Alonso, Martín, *Diccionario del español moderno*, México, Aguilar, 1992, p. 721.

2 *Gran diccionario de sinónimos y antónimos*, Madrid, Espasa-Calpe, 1991, p. 948.

El negocio jurídico se sitúa en el centro de la autonomía privada, mediante la cual los particulares instauran relaciones jurídicas conformadas a la medida de su voluntad. Se ubica en el hecho procedente de la voluntad humana, del cual surgen “manifestaciones de un poder de autonomía”,³ consistente en la potestad de darse un ordenamiento jurídico. Es decir, de la voluntad libre el individuo extrae su fuerza creadora de obligaciones, es al mismo tiempo el “fundamento y la justificación de la fuerza obligatoria del contrato”.⁴

¿Qué debe entenderse por *negocio jurídico*? Por más de dos siglos, los escritores de la ciencia jurídica han profundizado en la teoría del *negocio jurídico*, algunos autores han insistido en él, respecto de la producción de efectos, entre ellos, Giuseppe Stolfi, el *negocio jurídico* es la “manifestación de voluntad de una o más partes con el objeto de producir un efecto jurídico”.⁵ Según esta teoría, el *negocio jurídico* consiste esencialmente en una declaración de voluntad encaminada a producir un efecto jurídico. Otros, al definir el negocio, hacen mayor énfasis en los efectos que produce, tal es el caso de Vittorio Scialoja, quien lo considera “una declaración privada de voluntad con la intención de producir efectos jurídicos”.⁶ Para Alfonso Tesauro, es “aquella particular manifestación de voluntad a la cual son atribuidos efectos jurídicos”.⁷ De igual manera, Bernard Windscheid, señala que “el negocio jurídico es una declaración de voluntad privada cuyo objeto es producir un efecto jurídico”.⁸ Este autor menciona que en la declaración de voluntad particular, los autores del negocio no necesitan utilizar la fuerza de la autoridad pública, con la intención de producir un efecto jurídico consistente en el nacimiento, la extinción y modificación de un derecho. Nicola Coviello sostiene que el negocio jurídico es “la manifestación de voluntad dirigida a producir consecuencias jurídicas, para hacer nacer, modificar o extinguir una relación jurídica”.⁹ Define el negocio jurídico,

3 Romano, Santi, *Fragmentos de un diccionario jurídico*, Buenos Aires, EGEA, 1964, p. 27.

4 Supiot, Alain, *Crítica del derecho del trabajo*, trad. de José Luis Gil y Gil, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1996, p. 140.

5 Stolfi, Giuseppe, *Teoría del negozio giuridico*, Padua, Cedam, 1947, p. 1.

6 Scialoja, Vittorio, *Negozi giuridici*, 5a. reimpr., Roma, Foro Italiano, 1950, p. 29.

7 Tesauro, Alfonso, *Atti e negozi giuridici*, Perugia, Tipografía Guerrero Guerra, 1932, p. 89.

8 Windscheid, Bernard, *Diritto delle pandette*, trad. de Carlo Fadda y Paolo Emilio Bensa, Turín, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1925, vol. 1o., p. 202.

9 Coviello, Nicola, *Manuale di Diritto Civile italiano*, 3a. ed., Milán, Societa Editrice Libreria, 1924, p. 317.

Salvador Pugliatti, como “un acto de voluntad libre, que tiende a un fin práctico tutelado por el ordenamiento jurídico, y que produce como consecuencia, de tal tutela, determinados *efectos jurídicos*”.¹⁰ En opinión de Matteo Ferrante, es “acto de ejercicio del contenido de una facultad jurídica”.¹¹

F. Savigny expuso la idea, en la que los “negocios o declaraciones de voluntad, son aquellos hechos jurídicos que no sólo constituyen actos libres”,¹² si no que a la luz de la experiencia doctrinal se manifiestan en el querer interno que prevalece sobre la declaración en caso de divergencia. Las leyes establecen declaraciones de voluntad, como causa de los efectos negociales, pero reconocen, al mismo tiempo, que la voluntad produce, a diferencia de los otros hechos jurídicos, una influencia determinante sobre los efectos. La declaración de voluntad es concebida como “una norma o fuente de derecho”.¹³

En opinión de Luigi Cariota Ferrara,¹⁴ el negocio jurídico se puede definir como la manifestación de voluntad dirigida a un fin práctico tutelado por el ordenamiento jurídico, quien cuida la responsabilidad del sujeto o los sujetos. Son las leyes quienes dotan de eficacia a la voluntad del hombre. Puede decirse que es la ley quien autoriza la autonomía privada haciendo posible que el negocio produzca *efectos jurídicos*, proveyéndolo de eficacia. En sentido similar, Renato Scognamiglio expresa: “el negocio jurídico es el *acto de autorregulación de los intereses privados* jurídicamente relevantes”.¹⁵

En la definición del negocio jurídico, como ejercicio de un derecho subjetivo, está naturalmente implícita su consideración como “un fenómeno de autonomía privada”,¹⁶ por el que “se crean o configuran libremente las relaciones jurídicas”.¹⁷

10 Pugliatti, Salvador, *Introducción al estudio del derecho civil*, México, Porrúa, 1943, p. 242.

11 Ferrante, Matteo, *Negoziio Giuridico*, Milán, Giuffrè Editore, 1950, p. 73.

12 Savigny, F., *Sistema del diritto romano attuale*, trad. de V. Scialoja, Turín, 1889, t. III, p. 123.

13 Scognamiglio, Renato, *Contributo allá teoria del negozio giuridico*, Nápoles, Casa Editrice Dott, Eugenio Jovene, 1950, p. 42.

14 Cfr. Cariota Ferrara, Luigi, *Il negozio giuridico*, Nápoles, Morano Editore, 1949, p. 66.

15 Scognamiglio, Renato, *op. cit.*, nota 13, p. 138.

16 Carnelutti, Francesco, *Teoría general del derecho*, trad. de Francisco Javier Osset, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1955, p. 283.

17 *Enciclopedia jurídica básica*, Madrid, Civitas, 1995, t. III, p. 4409.

La causa indica el punto de encuentro de la voluntad con el ordenamiento, es la manifestación de voluntad la que permite al hecho la “aparición en el mundo del derecho”.¹⁸

La influencia doctrinaria de Savigny en llamar a los hechos humanos voluntarios, *declaraciones de voluntad*, hicieron fortuna del término que fue adoptado por diversas legislaciones. La técnica francesa sólo habla de *actos jurídicos*. En el caso español, se atribuye a Felipe Sánchez Román la utilización de esta expresión. En la actualidad es ya corriente la frase *negocio jurídico*.

Los *negocios jurídicos* representan el “imperio de la voluntad de los particulares en las relaciones jurídicas”.¹⁹ Castán Tobeñas define al *negocio jurídico* como “el acto integrado por una o varias declaraciones de voluntad privada, dirigidas a la producción de un determinado efecto jurídico”.²⁰ El derecho objetivo concede a la voluntad de los hombres un amplio poder para constituir y regular las relaciones jurídicas; la exteriorización, por medio de una manifestación o *declaración de voluntad*, es lo que constituye el fondo esencial del *negocio jurídico*.

Algunos sistemas jurídicos piensan que el orden más adecuado para las relaciones privadas de los individuos, es el que ellos establecen en armonía con su modo de concebir sus necesidades, y con sus peculiares aspiraciones y manera de pensar. Por eso concede al sujeto un amplio poder para estructurar tales relaciones jurídicas, según su propia voluntad declarada, por ello nos parece afortunado el concepto de Scognamiglio, al definirlo como acto de autorregulación. Corresponde a la *declaración de voluntad*, por sí sola o en unión de otras, constituirse en fundamento del *efecto jurídico*, y el hecho que lo produce se llama *negocio jurídico*; la voluntad se conoce sólo al exteriorizarse. Para que la voluntad alcance significado jurídico, no basta con que exista interiormente, sino que requiere “ser exteriorizada o manifestada”.²¹ Es decir, se “atiende a lo declarado y no a lo querido”.²²

18 Giorgiani, Michele, *La causa del negozio giuridico*, Milán, Giuffrè Editore, 1974, p. 71.

19 Castán Tobeñas, José, *Derecho civil español, común y foral*, 11a. ed., Madrid, Reus, 1971, t. I, vol. 2o., p. 622.

20 *Ibidem*, p. 624.

21 Castro y Bravo, Federico de, *El negocio jurídico*, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1971, p. 57.

22 *Ibidem*, p. 15.

En la aplicación del principio general de *autonomía de la voluntad*, la ley permite a los particulares “crear negocios nuevos, no regulados especialmente en ella; al crearlos, deben observar las normas dictadas para el tipo genérico del negocio”.²³

III. EL DEBER DE NEGOCIAR DE BUENA FE

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 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 equilibrio. El destino común de los mortales y su derecho a trabajar y a vivir, no está condicionado a ninguna ideología ni a mercados de concurrencia como ahora se pretende, debe corregirse la ruta para evitar caer en el abismo, y que no nos suceda lo mismo 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, “perché chi non lavora non ha, ma soprattutto non é”.²⁴

²³ Albaladejo, M., *Instituciones de derecho civil*, 2a. ed., Barcelona, Bosch, 1972, t. I, p. 254.

²⁴ Romagnoli, Umberto, “Lettera aperta ai giuristi del lavoro”, *Lavoro e Diritto*, Il Mulino, núm. 3, 2002, p. 376.

1. *Idea de la buena fe*

El vocablo *fides* (*fidō, fidus*), significa seguro, fiel, leal, sincero. *Fidelis*, fiel, leal, es decir, “que inspira confianza”.²⁵ Es el “modo sincero y justo con que uno procede en los contratos sin tratar de engañar a la persona con quien lo celebra”.²⁶ En todas las instituciones jurídicas subyace el principio de la *buena fe*, es rector de “todos los actos jurídicos”.²⁷ Sus imperativos éticos deben ser admitidos como “supuesto de todo ordenamiento jurídico”.²⁸ Es un valor fundamental porque implica la “presencia de vivencias axiológico-jurídicas de comunidad”.²⁹ Por ello, con justeza expresaría Cicerón, la *buena fe* es “el fundamento de la justicia (*fundamentum justitiae est fides*)”.³⁰

Obrar de *buena fe* implica “valorar con signo axiológico positivo, la conducta de un sujeto”³¹ que “cumple con sus deberes, no comete en ellos fraudes ni inmoralidades”.³² Actuar de *buena fe* denota la “creencia y persuasión de que el acto realizado es lícito y justo”.³³

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”.³⁴ Este vocablo incluye la exigencia de actuar con “integridad en el obrar”.³⁵

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:

25 Blásquez Fraile, Agustín, *Diccionario latino español*, Barcelona, Editorial Ramón Sopena, 1946, p. 472.

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

27 Garrone, José Alberto, *Diccionario jurídico*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1986, t. I, p. 178.

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

29 *Ibidem*, p. 406.

30 Mans Puigarnau, Jaime M., *Los principios generales del derecho*, Barcelona, Bosch, 1979, p. 197.

31 *Ibidem*, p. 408.

32 Moliner, María, *Diccionario del uso del español, H-Z*, 6a. ed., Madrid, Gredos, 1977, p. 848.

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

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

35 Álamo, Martín, *Enciclopedia del idioma*, 1a. reimpr., Madrid, Aguilar, 1958, t. III, p. 3401.

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; “e il venerabile fidei numen che dexteram suam, certissimum salutis umanae pignus, ostentat”,³⁶ a quien se le dedicó un templo sobre el Campidoglio. El valor de fuerza ética de la *antigua fides* está consagrado en las XII Tablas, con la sanción de la consagración a los dioses (*consecratio*). Cicerón la define como *fundmentum autem est iustitiae fides, idest ditorum 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., éste debía ser cumplido y negociado mediante actos públicos para “ser protegidos por la fe pública”,³⁷ 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”.³⁸ *Fides* es lealtad a la palabra dada (fidelidad), *bona fides* es “buena fidelidad, buen propósito, rectitud en la intención, buen deseo de obrar bien”.³⁹

2. Conceptos de la buena fe

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”.⁴⁰

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”.⁴¹ El deber

36 *Enciclopedia del Diritto*, Milán, Giuffrè Editore, 1959, t. V, p. 661.

37 *Ibidem*, p. 662.

38 Mozos, José Luis de los, *El principio de la buena fe*, Barcelona, Bosch, 1965, p. 40.

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

40 Díez-Picazo, L., “Prólogo”, Wiacker, F., *El principio de la buena fe*, Madrid, Civitas, 1977, p. 11.

41 *Ibidem*, p. 12.

recíproco de *buena fe* es “vedador de conductas abusivas”.⁴² Este principio debe resurgir en el escenario del derecho para nutrir, con buena dosis, las relaciones jurídicas actuales, como corresponde —según Jossierand— “a las antigüedades infinitamente venerables”.⁴³

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”.⁴⁴

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”.⁴⁵

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”.⁴⁶ 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. Ésta puede ser expresada en un comportamiento social en el sentido valorativo, es decir, socialmente valioso (moral social), el cual alcanza su expresión culminante en la solidaridad social, la cual implica la coparticipación en los sentimientos y hábitos de conducta que exaltan la cohesión, la mutua confianza, la responsabilidad colectiva y la entrega a 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

42 Novado Fernández, María José, *El ejercicio del derecho del honor (por el trabajador) en el contrato de trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, Colección Laboral núm. 85, p. 35.

43 Jossierand, *De L'sprit des droits et de leur relativite*, París, 1939, p. 2.

44 Ferreira Rubio, Delia Matilde, *La buena fe*, Madrid, Editorial Montecorvo, 1984, p. 41.

45 *Ibidem*, p. 72.

46 Hernández Gil, Antonio, *Obras completas*, Madrid, Espasa-Calpe, 1987, t. I, p. 556.

no son plenamente alcanzables por ellas si falta una cooperación ciudadana”.⁴⁷ 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 Gil⁴⁸ puede sintetizarse en: 1. No es divisible el concepto de la buena fe; 2. La buena fe cumple siempre una función normativa, conformadora de la conducta; 3. No es admisible la dualidad buena fe objetiva y buena fe subjetiva, ya que rompe la unidad de significación; 4. Sólo pueden aceptarse como fórmulas clasificatorias, aquellas que parten de la unidad de significación; 5. Una fórmula clasificatoria simple es la que distingue dos cometidos de la buena fe: como reguladora del ejercicio de los derechos y del cumplimiento de los deberes. En la primera hipótesis se parte de una situación jurídica, dentro de la cual, la buena fe concurre a moderar la actuación de los interesados. En la segunda, la buena fe determina la constitución de una situación jurídica que no existiría sin su concurso, de tal manera que en razón de ella se produce un efecto jurídico.

3. La buena fe objetiva

La *buena fe objetiva* es un “modelo de conducta con el que se trata de regular un determinado supuesto de hecho”.⁴⁹ La buena fe es, ante todo, un “modo de ser interior, un impulso que anima una conciencia”.⁵⁰ La *buena fe objetiva* “actúa sobre el contenido de la relación jurídica, nacida de la obligación, en particular, o del negocio, en general”.⁵¹ Se manifiesta como “un criterio del comportamiento, conscientemente asumido”.⁵²

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”.⁵³ Lo objetivo queda “más del lado de la conciencia del

47 *Idem*.

48 *Cfr. idem*.

49 *Enciclopedia jurídica básica*, Madrid, Civitas, 1995, t. I, p. 835.

50 *Enciclopedia del Diritto*, Milán, Giuffrè Editore, 1959, t. V, p. 668.

51 Mozos, José Luis de los, *op. cit.*, nota 38, p. 49.

52 Hernández Gil, Antonio, *op. cit.*, nota 46, p. 559. *Ibidem*, p. 45.

53 Mozos, José Luis de los, *op. cit.*, nota 38, p. 45.

valor encarnado por la buena fe, que del lado de la normatividad”.⁵⁴ En virtud de ella se protegen “una serie de relaciones jurídicas, al margen del derecho positivo”.⁵⁵ 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”,⁵⁶ que actúa como “portadora de normas en sí o generadora de normas concretas”.⁵⁷

4. La buena fe subjetiva

La *buena fe subjetiva* es un estado de conciencia, un “hecho espiritual que caracteriza a quien incumple una norma o lesiona un derecho”.⁵⁸ también es considerada como el estado de ánimo subjetivo que depende de la “ausencia de consciente intención de perjudicar a otros”.⁵⁹ Es “la falta de conciencia de antijuricidad, cuando existe un defecto jurídico”.⁶⁰ 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”.⁶¹ La *buena fe subjetiva* aparece referida a un hecho o un acto. Como el hecho o el acto los realiza (o los omite) una persona, es evidente que constituyen conducta humana. La pretendida *buena fe subjetiva* se refiere al hecho o al acto del comportamiento de una persona; pero no es otra buena fe, sino la encarnación de la misma en el acto o la conducta desplegada. No hay más subjetividad que “la inherente al sujeto”.⁶²

IV. 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

54 Hernández Gil, Antonio, *op. cit.*, nota 46, p. 559.

55 Romero Coloma, Aurelia María, *Problemática de la buena fe en el ordenamiento jurídico*, Madrid, Tapia, 1990, p. 74.

56 Hernández Gil, Antonio, *op. cit.*, nota 46, p. 562.

57 Ferreira Rubio, Delia Matilde, *La buena fe*, Madrid, Montecorvo, 1984, p. 90.

58 *Enciclopedia jurídica básica*, Madrid, Civitas, 1995, vol. I, p. 834.

59 *Enciclopedia del Diritto*, Milán, Giuffrè Editore, 1959, t. V, p. 665.

60 *Enciclopedia jurídica básica*, t. I: *Aba-Cor*, Madrid, Civitas, 1995, p. 838.

61 Hernández Gil, Antonio, *op. cit.*, nota 46, pp. 559 y 560.

62 *Ibidem*, p. 565.

trabajador entrega libremente su trabajo de acuerdo con 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”.⁶³

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”.⁶⁴

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”.⁶⁵ El trabajador es ajeno al resultado de su trabajo, se paga el trabajo y “no su resultado”.⁶⁶

El que trabaja bajo dependencia no organiza su trabajo, lo presta bajo las órdenes y el “dominio físico”⁶⁷ 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”.⁶⁸ No tienen la propiedad de los instrumentos ni de los materiales, no son, en el contrato, “propietarios de nada”.⁶⁹ El patrono es “el propietario único de todos los productos en el curso de su transformación, y después”.⁷⁰

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”.⁷¹

63 Palomeque López, Manuel Carlos y Álvarez de la Rosa, Manuel, *Derecho del trabajo*, 8a. ed., Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2000, p. 625.

64 Supiot, Alain, *op. cit.*, nota 4, p. 81.

65 Alonso Olea, Manuel, *Derecho del trabajo*, 10a. ed., Madrid, Artes Gráficas Benzal, 1987, p. 41.

66 Supiot, Alain, *op. cit.*, nota 4, p. 81.

67 *Ibidem*, p. 76.

68 Palomeque López, Manuel Carlos y Álvarez de la Rosa, Manuel, *op. cit.*, nota 63, p. 625.

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

70 Grijalba, Alfonso R. de, *El contrato de trabajo*, Madrid, Francisco Beltrán, Librería Española y Extranjera, 1902, p. 152.

71 *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”.⁷²

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”.⁷³ 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”.⁷⁴ 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”.⁷⁵ 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”.⁷⁶ Sin embargo, hasta ahora el vínculo jurídico contractual cumple la función de constituir y regular la “relación patrimonial de intercambio de trabajo por salario”.⁷⁷ 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”.⁷⁸

V. 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

72 Hernández Gil, Antonio, *op. cit.*, nota 46, p. 555.

73 *Ibidem*, p. 556.

74 Montoya Melgar, Alfredo, *Derecho del trabajo*, 18a. ed., Madrid, Tecnos, 1997, p. 323.

75 Dell'Olio, Mateo, “La subordinazione nell’esperienza italiana”, *Argomenti di Diritto del Lavoro*, Padua, Cedam, 1998, vol. 3, p. 702.

76 Treu, Tiziano, “Il diritto del lavoro: reanta e possibilita”, *Argomenti di Diritto del Lavoro*, Padua, Cedam, 2000, vol. 3, p. 472.

77 Palomeque López, Manuel Carlos, *op. cit.*, nota 63, p. 625. Alonso Olea, Manuel y Casas Baamonde, María Emilia, *Derecho del trabajo*, 10a. ed., Madrid, Universidad de Madrid, 1987, p. 41.

78 Alonso Olea, Manuel y Casas Baamonde, María Emilia, *op. cit.*, nota anterior, p. 41.

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. Éste adquiere un poder de dirección continuo sobre quien labora durante la ejecución del contrato. En opinión de Néstor de Buen, el supuesto contrato “se perfecciona en un verdadero estado de necesidad... quien pide el trabajo lo hace bajo la preocupación de satisfacer necesidades imperiosas e ineludibles”.⁷⁹

Las declaraciones teóricas de igualdad de derechos “se convirtieron en irrisorias”⁸⁰ e ineficaces para el trabajador. A través de ellas se pretendió “borrar las diferencias que la naturaleza, la educación, una desigual distribución de la riqueza, mantienen entre los componentes de la sociedad”.⁸¹ El acuerdo libre de voluntades surgió como un *apotegma* y el “más sangriento de los sarcasmos”,⁸² basado en el irritante escarnio de considerar a “las partes económicamente iguales”.⁸³ Para ello era necesario buscar un “garantismo fullero”⁸⁴ que legitimara la sumisión del trabajador, “bajo la máscara de un contrato”,⁸⁵ 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”⁸⁶ y en “*chaperón* embarazoso”,⁸⁷ plétórico 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”.⁸⁸ Esta contradicción entre la autonomía de la vo-

79 Buen, Néstor de, *La decadencia del contrato*, 2a. ed., México, Porrúa, 1986, p. 271.

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

81 Código Civil para el Distrito Federal, Exposición de Motivos, 68a. ed., México, Porrúa, 1999, p. 9.

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

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

84 Romagnoli, Umberto, *Técnicas normativas de gestión del trabajo*, trad. de Adolfin Catalano, Madrid, Universidad Complutense, Revista de la Facultad de Derecho, 1988, p. 107.

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

86 Baylos Grau, Antonio, *Derecho del trabajo: modelo para armar*, Madrid, Trotta, 1991, p. 19.

87 Romagnoli, Umberto, *op. cit.*, nota 84, p. 104. Supiot, Alain, *op. cit.*, nota 4, p. 147.

88 Supiot, Alain, *op. cit.*, nota 4, p. 147.

luntad y la subordinación de la voluntad, conduce a que el trabajador sea visto en la empresa, “como sujeto y como objeto del contrato”.⁸⁹

Quienes preludieron 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”,⁹⁰ unos mencionaron su ineficacia o inoperancia en los actos jurídicos que “no producen sus efectos”,⁹¹ y otros hablaron de la frustración producida por la figura contractual, cuando “alteran las previsiones sustanciales que las partes tuvieron presentes al tiempo de celebrar el contrato”.⁹²

Sin embargo, el contrato aun existe para configurar vínculos jurídicos y producir efectos trascendentes en el mundo del derecho, aun cuando en materia de trabajo sea abundante la “variedad de atipicidades”.⁹³

Para infortunio del trabajo, “el poder que pierde el Estado lo gana la Empresa”.⁹⁴ 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”,⁹⁵ para acrecentar el “poder unilateral del empresario”.⁹⁶

VI. NOCIÓN DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD PRIVADA

El vocablo *autonomía*, en sus diversas connotaciones “significa: ley propia (gr. *autonomia*; de *autos*, propio, y *nomos*, ley)”.⁹⁷ El concepto autonomía es empleado para significar la “facultad de gobernar las propias acciones, sin depender de otro”.⁹⁸ Quien goza de autonomía es el

⁸⁹ *Idem*.

⁹⁰ Buen Lozano, Néstor de, *op. cit.*, nota 79, p. 291.

⁹¹ Morello, Augusto M., *Ineficacia y frustración del contrato*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1975, p. 76.

⁹² Espert Sanz, Vicente, *La frustración del fin del contrato*, Madrid, Tecnos, 1968, p. 261.

⁹³ Fuentes Puelma, Carlos, *Estudios sobre derecho del trabajo y relaciones laborales*, Valparaíso, Edeval, 1996, p. 94.

⁹⁴ Montero de San Vicente, Osvaldo, “Flexibilidad del trabajo y derecho del trabajo”, *La flexibilización laboral en Venezuela*, Caracas, Editorial Nueva Sociedad, 1991, p. 35.

⁹⁵ Plá Rodríguez, Américo, “Otra inversión de tendencias en la seguridad social: de la solidaridad al egoísmo”, *Revista Española de Derecho de Trabajo*, Civitas, núm. 56, noviembre-diciembre de 1992, p. 826.

⁹⁶ Baylos, Antonio, *Derecho del trabajo: modelo para armar*, Madrid, Trotta, 1991, p. 72.

⁹⁷ Alonso, Martín, *Enciclopedia del idioma*, t. I: A-H, 3a. reimpr., México, Aguilar, 1991, p. 579.

⁹⁸ Moliner, María, *Diccionario de uso del español*, t. I: A-H, 2a. ed., Madrid, Gredos, 1998, p. 304.

que puede darse, a sí mismo, las formas de autorregular su conducta, el carácter de autónomo implica autogobernarse. En opinión de García Máynez, la autonomía “es la capacidad de una persona (individual o colectiva), de darse las leyes que han de regir sus actos”.⁹⁹

El derecho, en general, versa sobre “la conducta; es ordenación de conducta, concierne al comportamiento del hombre”.¹⁰⁰ El derecho es producto de la voluntad general representada por la ley, la cual tiende a regir la concurrencia de las voluntades de los individuos, dotándoles, dentro de límites, del máximo poder creador de sus propias relaciones. La libertad de auto obligarse es “el resultado último a que conduce el poder autónomo de la voluntad”.¹⁰¹

Para Hernández Gil, la autonomía de la voluntad puede manifestarse en tres formas: 1. *autodecisión*, 2. *autorregulación*, 3. *auto-obligación*. La libre conclusión o celebración del contrato (*autodecisión*) se concibe como “un acto totalmente voluntario, desde el punto de vista de su celebración, toda persona es libre de contratar o no. El contrato no se impone”.¹⁰² Es fruto de determinaciones volitivas, libremente adoptadas. Por regla general, basta la coincidencia de las voluntades para que surja el contrato. Es decir: consensualismo y espiritualismo. El contrato existe desde que se perfecciona, lo cual daba lugar al nacimiento de las obligaciones. La libertad para la determinación del contenido del contrato (*autorregulación*) se refiere a las normas reguladoras que pueden ser imperativas o prohibitivas y, en una gran parte, *dispositivas o supletivas*. Las *imperativas* fijan los límites dentro de los cuales actúa la autonomía de la voluntad; ésta no puede válidamente sobrepasarlos. En cuanto a las normas *dispositivas*, son las que reconocen un poder regulador a la voluntad, y las *supletivas* sustituyen o complementan la voluntad, para el caso de que no llegue a declararse, y convierten en norma lo que presumiblemente cabría considerar deseado. Las normas *imperativas* son inderogables por la acción de la voluntad; o se acatan o se violan; no hay otra posibilidad de actitud hacia ellas, y sólo la primera es jurídicamente eficaz.

99 García Máynez, Eduardo, “Dos temas universitarios”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, UNAM, t. XXIX, núm. 114, septiembre-diciembre de 1979, p. 798.

100 Hernández Gil, Antonio, *Obras completas*, Madrid, Espasa-Calpe, 1988, t. III, p. 11.

101 *Ibidem*, p. 159.

102 *Idem*.

La concepción tradicional del contrato no excluye la presencia de normas imperativas, inderogables. La propia institución contractual aparece modelada por la concurrencia de un conjunto de elementos o requisitos, a los que se subordina su validez jurídica; sin ellos, el contrato no existe. El poder autónomo reconocido a la voluntad no puede elaborar un contrato sin esos elementos. El contenido concreto de cada contrato lo dictan las partes contratantes. Son ellas las que libremente determinan la composición de intereses que encierra el contrato. En este orden de ideas, la autonomía de la voluntad equivale a *autorregulación*. La fuerza vinculante del contrato (*auto-obligarse*), significa que el contrato se celebra con libertad; y se fija su contenido con libertad. Surgido así, aparece dotado de fuerza normativa vinculante. Lo pactado, es decir, lo recíprocamente autorregulado, pasa a ser precepto que vincula a los contratantes. Obligarse es, en el contrato, *auto-obligarse*. Hay que estar no a lo impuesto desde fuera, sino a lo querido desde dentro. La vida del contrato viene a ser una inalterable subsistencia de lo querido.

VII. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD PRIVADA

Los intereses de los particulares existen con independencia de la tutela jurídica y se mueven a través de continuas vicisitudes, éstos proveen a la satisfacción de las necesidades propias, según su libre apreciación, mediante relaciones diversas. La iniciativa privada es el mecanismo motor de toda regulación recíproca de intereses, es el “poder de autodeterminación de la persona”.¹⁰³ Para “dictarse uno a sí mismo, la ley o el precepto, el poder de gobernarse a sí mismo”.¹⁰⁴ Es el poder de la persona para reglamentar y ordenar las relaciones jurídicas en las que es o ha de ser parte.

La autonomía privada es libertad individual que permite hacer o no hacer, otorgar al individuo una esfera de actuación, es un reconocimiento del valor jurídico de sus actos que serán vinculantes y preceptivos. El ejercicio de la autonomía privada permite la realización de “actos de autodeterminación, autorregulación de intereses propios”.¹⁰⁵ Los negocios

¹⁰³ Castro y Bravo, Federico de, *op. cit.*, nota 21, p. 11.

¹⁰⁴ Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio, *Sistema de derecho civil*, 10a. ed., Madrid, Tecnos, 2001, vol. I, p. 69.

¹⁰⁵ Betti, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*, 2a. ed., trad. de A. Martín Pérez, Madrid, Editorial de la Revista de Derecho Privado, 1959, p. 43.

de la vida privada asumen la calidad de negocios jurídicos. El derecho proporciona a los particulares la posibilidad de regir sus intereses en la vida de relación. La autonomía privada constituye la posibilidad de autorregularse, la cual se ejercita “estableciendo, disponiendo, gobernando, es un poder de ordenación de la esfera de la vida privada de la persona”.¹⁰⁶ Díez-Picazo no acepta el carácter de fuente que algunos autores pretenden atribuirle, porque “el poder individual carece de aptitud para crear normas de derecho”.¹⁰⁷ La función reglamentaria de la autonomía privada establece que las obligaciones derivadas de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, sólo tienen como límite el orden público y las buenas costumbres. En los contratos civiles, es tradicional que cada uno se obligue en la forma y términos que aparezca que quiso obligarse, con la salvedad de que el fin o motivo determinante de la voluntad no sea contrario al orden público ni a la moral o a las buenas costumbres.

1. Límites de la autonomía privada

La autonomía privada no es una regla de carácter absoluto. Otorgar carácter absoluto a la autonomía privada significaría reconocer el imperio sin límite del arbitrio individual. El problema de la autonomía privada es un problema de límites. El orden social precisa que ésta no sea absoluta, sino limitada, de tal manera que los límites no sean tan amplios para otorgar al individuo una libertad desmesurada que sólo ocasionaría la perturbación del orden, pero tampoco tan reducidos que lleguen a suprimir la propia autonomía. Es una cuestión de equilibrio, dependiente de la prudencia de la política gobernante. ¿Cuáles son los límites de la autonomía privada? El Código de Napoleón estableció muy claramente estos límites, que la mayoría de las legislaciones actuales aun preservan: “no se pueden derogar por convenios particulares, las leyes que interesen al orden público y a las buenas costumbres”.¹⁰⁸ En el mismo sentido, nuestra legislación civil establece: “La voluntad de los particulares no puede eximirse de la observancia de la ley ni alterarla ni modificarla” (artículo 60., del Código Civil para el D. F.). “Los actos ejecutados

¹⁰⁶ Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio, *op. cit.*, nota 104, p. 369.

¹⁰⁷ *Idem.*

¹⁰⁸ Duguit, León, *Las transformaciones del derecho*, Buenos Aires, Heliasta, 1975, p. 194.

contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público, serán nulos” (artículo 8o., del Código Civil para el D. F.). De igual manera, señala que serán ilícitos los hechos “contrarios a las leyes de orden público o a las buenas costumbres” (artículo 1830, del Código Civil para el D. F.).

El orden público funciona como “un límite, por medio del cual se restringe la facultad de los individuos sobre la realización de ciertos actos, o se impide que éstos tengan efectos dentro de un orden jurídico específico”.¹⁰⁹ Es en el derecho moderno “una categoría delimitadora de la autonomía privada”.¹¹⁰

Los límites de la autonomía de la voluntad son fluctuantes, porque tanto el concepto de orden público como la comprensión de lo moral o inmoral, son variables que están en función de las coordenadas históricas vigentes. De ahí la importancia que asume la autoridad judicial como intérprete o portavoz de las corrientes sociales, políticas o económicas de la época, y de ahí también la inseguridad que provocan estas normas con supuestos de hechos tan abiertos, expuestos a los no siempre afortunados criterios discrecionales del juzgador. Por tales circunstancias, el legislador mexicano y el Poder Judicial, a través de sus ejecutorias, especificaron con claridad estos límites a la autonomía de la voluntad, en las relaciones de trabajo.

2. Criterios del Poder Judicial sobre la autonomía de la voluntad en materia de trabajo

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, a través de la desaparecida cuarta sala, estableció con precisión, en diversas ejecutorias, que la autonomía de la voluntad de las partes, en los contratos de trabajo, “no puede rebasar los imperativos de la ley de orden público”,¹¹¹ porque ésta sostiene el principio de la nulidad de los actos jurídicos que se realizan en contra de disposiciones prohibitivas y que afectan al orden público. En el mismo sentido, la cuarta sala ha señalado que los actos jurídicos deben sujetarse a la ley de interés público, por lo cual, los particulares “no pueden modificar esa norma, por cualquier manifestación de volun-

109 *Enciclopedia jurídica mexicana*, t. V: *M-P*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, pp. 351-353.

110 *Enciclopedia jurídica básica*, t III: *Ind-Pro*, Madrid, Civitas, 1995, p. 4635.

111 Cuarta Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, LXII, 5a. parte, 6a. época, p. 18.

tad”.¹¹² En otra tesis de la cuarta sala, se estableció que un trabajador no está facultado para “renunciar, en ningún caso, a cualquiera de los derechos que la legislación laboral le otorga”.¹¹³ Esta limitación alcanza a todo acto jurídico, incluyendo la demanda, porque de aceptarse el punto de vista contrario, se proporcionaría el fraude a la ley y se nulificarían en la práctica los efectos protectores de la legislación laboral. Es por esto que el trabajador no puede renunciar, en modo alguno, a las prestaciones y derechos que legalmente le corresponden.

En la Exposición de Motivos de la Ley Federal del Trabajo, referida a los principios y conceptos generales, queda expresado claramente que el artículo 5o. fija los caracteres formales del derecho del trabajo: “son normas de orden público, circunstancias que los otorga el carácter de derecho imperativo, lo que excluye la renuncia, por parte de los trabajadores, de sus derechos, beneficios y prerrogativas”.¹¹⁴

El orden público cumple una importante misión funcional y técnica en el mundo jurídico, por las amplias atribuciones otorgadas por el legislador a la autonomía de la voluntad. El orden público, por esencia, surge del orden jurídico y no puede ir más allá del espíritu instaurado por éste. La cláusula de orden público es “un límite al ejercicio de los derechos”.¹¹⁵

VIII. AUTONOMÍA COLECTIVA

La dimensión de lo colectivo implica identificar la naturaleza de los vínculos sociales para acceder a un grupo. En tal sentido, la noción de *fraternidad* ha servido como puente para el nacimiento de diversas agrupaciones. Ello ha quedado manifiesto en la historia del trabajo, a partir de las corporaciones de oficios existentes en las civilizaciones antiguas, cimentadas en el vínculo de la *fraternidad* y un conjunto de derechos y deberes de ayuda mutua y asistencia que “une a quienes reconocen tener un parentesco mítico”.¹¹⁶ Los vínculos de la *fraternidad* se fundan

112 Cuarta Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, LX, 5a. parte, 6a época, p. 12.

113 Cuarta Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, XCII, 5a. parte, 6a época, p. 15.

114 Cavazos Flores, Baltasar *et al.*, *Nueva Ley Federal del Trabajo, tematizada y sistematizada*, 24a. ed., México, Trillas, 1989, p. 23.

115 Manin Retortillo Baquer, Lorenzo, *La cláusula de orden público como límite —impreciso y creciente— del ejercicio de los derechos*, Madrid, Cuaderno Civitas, 1975, p. 33.

116 Supiot, Alain, *Critique du droit du travail*, París, Quadrige, 2002, p. 127.

en un sentimiento comunitario de tipo tradicional y afectivo, no en una socialización de tipo racional y objetivo, fundada en un libre compromiso o en una coordinación deliberada de intereses. El derecho del trabajo revela adecuadamente esta transformación de sus efectos jurídicos. En él, “el *interés* reemplaza al sentimiento, como principio de unión de los individuos”.¹¹⁷ Tal objetivación del vínculo social elimina el “padre mítico que suponía la *fraternidad*”.¹¹⁸ En tal sistema, lo colectivo sólo tiene espacio en un marco jurídico *racional*, es decir, que debe corresponder a la constatación objetiva de una comunidad de intereses. Las agrupaciones que el derecho del trabajo incluye, se pueden reducir a una estructura común: la de una agrupación objetiva de intereses. Es así como lo colectivo se expresa en la sustitución progresiva de la noción de *fraternidad* por la de *solidaridad*, en el vocabulario jurídico y sindical contemporáneo. Esta sustitución se produjo con el cambio de siglo, cuando la *solidaridad* se convirtió en la palabra clave del vocabulario sociológico y político.

El fenómeno de la autonomía colectiva no es reducible al “poder de disposiciones de los trabajadores individuales asociados al sindicato”.¹¹⁹ La autonomía es aquella vitalidad que por ser un bien irrenunciable, constituye el fundamento, dinamismo y la capacidad de impulso esencial para “tutelar eficazmente los intereses de la generalidad de los trabajadores”.¹²⁰ El interés colectivo es “un interés indivisible, síntesis y no suma de intereses individuales”.¹²¹ El contrato colectivo es “un acto de ejercicio de autonomía colectiva, supraordinada al interés individual”,¹²² éste fue concebido como “un acto único, destinado a tutelar los intereses del grupo y no como una suma de contratos individuales de trabajo”.¹²³ La defensa de estos intereses materiales y morales constituye el objeto exclusivo de la agrupación sindical. El principio que “funda una agrupación sindical, reside en una similitud de intereses que se deja observar directamente en la vida económica”.¹²⁴

117 *Ibidem*, p. 129.

118 *Idem*.

119 Mengoni, Luigi, *Diritto e valori*, Bologna, Il Mulino, 1985, p. 274.

120 Maresca, Arturo, “Concentrazione e contrattazione”, *Argomenti di Diritto del Lavoro*, diretti da Mattia Persiani, Padua, CEDAM, 2000, t. 2, p. 204.

121 Persiani, Mattia, “Contratti Collettivi Normativi e Contratti Collettivi Gestionali”, *Argomenti di Diritto del Lavoro*, diretti da Mattia Persiani, Padova, CEDAM, 1999, t. 1, p. 20.

122 *Idem*.

123 *Ibidem*, p. 25.

124 Supiot, Alain, *op. cit.*, nota 116, p. 131.

A pesar del transcurso del tiempo, aún continúa el debate entre los límites de la autonomía de la voluntad privada y la colectiva. ¿Cuál debe prevalecer? El interés indivisible del grupo sobre el de sus componentes individuales es el que debe predominar.

En la doctrina italiana existe el criterio legal de “prevalencia de la declaración de voluntad colectiva, sobre la declaración individual”.¹²⁵ En este sentido, Aldo Cessari opina que “debe prevalecer la voluntad del grupo sobre la voluntad particular”.¹²⁶ El interés colectivo de los trabajadores trasciende la esfera de las necesidades puramente económicas; exige una valoración que radica en un complejo de condiciones históricas y sociológicas de la condición humana. La doctrina advierte que los valores tutelados en el contrato colectivo rebasan los simples intereses individuales de los socios “para asumir el aspecto de los intereses de grupo”.¹²⁷ La autonomía negocial atribuida a las colectividades laborales implica el poder de regulación y actúa como “fuerza y palanca del progreso social”.¹²⁸ Esta garantía consiste en el poder de autorregulación entre sindicatos y empresarios, para dictarse así sus propias reglas, obliga al Estado a adoptar una actitud de neutralidad hacia la negociación colectiva, con el objetivo de preservar la actividad contractual frente a posibles injerencias o intromisiones de los poderes públicos, es decir, otorgar a la contratación un “espacio vital”.¹²⁹

El derecho sindical, en opinión de M. C. Palomeque López, está integrado por un triple contenido normativo: 1. El derecho de los *sujetos colectivos*; 2. El derecho de los *conflictos colectivos*, y 3. El derecho de la *negociación colectiva*.¹³⁰

¹²⁵ Mengoni, Luigi, *op. cit.*, nota 119, p. 273.

¹²⁶ Cessari, Aldo, *L'interpretazione dei contratti collettivi*, Milán, Giuffrè Editore, 1963, p. 78.

¹²⁷ Persiani, Mattia, *Diritto sindacale*, 7a. ed., Padua, Cedam, 2002, p. 24.

¹²⁸ Valdés Dal-Ré, Fernando, *Relaciones laborales, negociación colectiva y pluralismo social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1996, p. 69.

¹²⁹ *Ibidem*, p. 56.

¹³⁰ 1. El derecho de los *sujetos colectivos* de trabajadores [sindicatos y órganos de representación unitaria en la empresa] y empresarios [asociaciones patronales], de su constitución, sus funciones y su régimen de actuación. 2. El derecho de los *conflictos colectivos* en las relaciones de trabajo, de las medidas conflictivas y de los procedimientos para su composición o solución [*relaciones de conflicto*]. 3. El derecho de la *negociación colectiva* entre los sujetos de representación de intereses, encaminada a la autorregulación [autonomía colectiva] de sus relaciones y al establecimiento de las condiciones de trabajo en la correspondiente unidad de contratación [*relaciones de negociación*]. Palomeque López, Manuel Carlos, *op. cit.*, nota 63, p. 390.

La noción de *autonomía colectiva* consiste en la potestad que comparten los grupos o sujetos colectivos en las relaciones de producción y trabajo para la autorregulación de representación de intereses. Esta viene a concretarse en una serie de facultades específicas, tales como: “libertad de reglamentación, representación, gestión, suspensión y de disolución y libertad de federación”.¹³¹

Sin el espacio vital necesario para el ejercicio eficaz de estas libertades, sin injerencias de los poderes públicos, en la vida sindical, sería difícil pensar en la existencia de la autonomía, por ello, la OIT en el Convenio 98, relativo a la aplicación de los principios del derecho de sindicación y negociación colectiva, adoptado en su trigésima segunda reunión, el 1o. de julio de 1949, estableció en el artículo 2o. que las organizaciones de trabajadores y de empleadores deberán gozar de adecuada protección “contra todo acto de injerencia”.¹³² Es oportuno recordar a F. Santoro Pasarelli, quien expresaba convencido de que éste es el “precio de la libertad, vale la pena pagarlo, porque más caro es el precio de la libertad perdida”.¹³³ Es tarea inaplazable del jurista intervenir para simplificar la jungla de las leyes que invaden las fronteras del trabajo por la insensatez del legislador, para evitar el desorden en continuo “cambio esquizofrénico, siempre más oscuro”,¹³⁴ que plantea interrogantes sobre la suerte del derecho del trabajo, disciplina joven pero “precozmente envejecida”,¹³⁵ en el transcurso de pocos años.

¹³¹ *Libertad de reglamentación*: consiste en la autonomía normativa, es decir, el derecho de los sindicatos para elaborar sus propios estatutos y reglamentos. *Libertad de representación*: es el derecho de los afiliados a elegir libremente a sus representantes dentro de cada sindicato. Así lo exige su vida interna. *La libertad de gestión*: establece que las organizaciones sindicales tienen derecho a: 1. Organizar su administración interna, sus actividades y formular su programa de acción, 2. Ejercitar la actividad sindical en la empresa o fuera de ella, que comprenderá el derecho a la negociación colectiva y el ejercicio del derecho de huelga. *La libertad de suspensión y disolución*: lo cual implica que las organizaciones de trabajadores no están sujetas a disolución o suspensión por la vía administrativa, y *La libertad de federación*: que confiere a las organizaciones sindicales el derecho para constituir federaciones, confederaciones y organizaciones internacionales, así como afiliarse a ellas y retirarse de las mismas. Albiol Montesinos, Ignacio, *Derecho del trabajo*, 3a. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, t. I, p. 187.

¹³² Organización Internacional del Trabajo, *Convenios y recomendaciones internacionales del trabajo 1919-1984*, Ginebra, 1985, p. 830.

¹³³ *Ibidem*, p. 4.

¹³⁴ Cfr. Vallebona, Antonio, “Lipocresia del lavoro interinale allitaliana”, *Argomenti di diritto del lavoro*, diretti da Mattia Persiani, Padua, CEDAM, 1997, t. 6, p. 135.

¹³⁵ Montuschi, Luigi, “Un nuovo lavoro da regolare”, *Argomenti di diritto di lavoro*, diretti da Mattia Persiani, Padua, CEDAM, 1998, t. 3, p. 683.

El principio de autonomía colectiva incluye tres elementos básicos que representan separadamente, facultades tales como: “autonormación, auto-organización y autotutela”.¹³⁶ El poder normativo de la autonomía colectiva, vincula a los representantes del capital y del trabajo en la “obligación de someterse a las condiciones por ellos negociadas”.¹³⁷ La ordenación del marco de la actividad negocial es el resultado de la “concurrentia de ley y autonomía colectiva”.¹³⁸ Es así como surgen nuevas modalidades en el contenido de los acuerdos celebrados por las organizaciones de trabajadores y empresarios. La autonomía colectiva origina vías de convergencia de la legislación y de la contratación colectiva. De igual manera que la ley, el convenio colectivo despliega una fuerza vinculante al tenor de la cual su contenido normativo se impone, directa e inmediatamente, sobre las relaciones individuales, tiende a desplegar una eficacia *erga omnes*. Lo que viene a significar que tienen “una eficacia normativa y fuerza vinculante”.¹³⁹ La eficacia normativa de la autonomía colectiva consiste en la obligación de los representantes de los trabajadores y de los empleadores, “a someterse a las condiciones por ellos negociadas”.¹⁴⁰

Para Luigi Mengoni, la función normativa de la autonomía colectiva consiste en el poder de “preconstituir para las diversas categorías profesionales, un reglamento de sus relaciones de trabajo inderogables”.¹⁴¹ La ley de la materia preceptúa en el artículo 394 que el contrato colectivo “no podrá concertarse en condiciones menos favorables para los trabajadores, que las contenidas en contratos *vigentes* en la empresa o establecimiento”. En la legislación laboral de México, el artículo 34, fracción I, establece que éstos “*regirán únicamente para el futuro*, por lo que no podrán afectar las prestaciones ya devengadas”.¹⁴² Entonces, ¿qué ocurre cuando el contrato termina? ¿subsistirá la *eficacia normativa* y su fuerza vinculante o regirá el principio de *sucesión normativa*? ¿qué ocu-

136 Correa Carrasco, Manuel, *La negociación colectiva como fuente del derecho del trabajo*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1997, p. 222.

137 Escribano Gutiérrez, Juan, *Autonomía individual y colectiva en el sistema de fuentes del derecho del trabajo*, Madrid, Consejo Económico Social, 2000, p. 61.

138 Valdés Dal-Ré, Fernando, *op. cit.*, nota 128, p. 61.

139 García Ninet, José Ignacio, *Derecho del trabajo*, Navarra, Aranzadi, 2001, p. 106.

140 Escribano Gutiérrez, Juan, *op. cit.*, nota 137, p. 52.

141 Mengoni, Luigi, *op. cit.*, nota 119, p. 291.

142 Cavazos Flores, Baltasar, *Nueva Ley Federal del Trabajo, tematizada y sistematizada*, 24a. ed., México, Editorial Trillas, 1989, p. 121.

riría con los derechos adquiridos en el contrato anterior? ¿podrán mantenerse *pro futuro* las condiciones en él previstas?

La *autoorganización*, en primer término, significa el derecho de todos los trabajadores a sindicarse, es decir, de formar grupos organizados con “la finalidad de defender sus intereses”.¹⁴³ La libertad sindical se instituye, por tanto, como presupuesto indispensable para la formación del poder colectivo. Sólo si hay posibilidad de organizarse libremente, será posible hablar con propiedad de autonomía colectiva. Es decir, cuando el sindicato dispone de autonomía, tiene la posibilidad de regular “sus propios intereses y realizar toda una serie de actividades negociales”.¹⁴⁴

La noción de *autonomía colectiva*, según M. C. Palomeque López, es “el fundamento teórico verdadero de la construcción dogmática del derecho sindical”.¹⁴⁵

La figura de la *autotutela* es el instrumento jurídico en “manos de los trabajadores para la defensa de sus intereses”.¹⁴⁶ Cuyo objetivo consiste en “dotar al sujeto colectivo de un medio de autotutela de su posición jurídica”.¹⁴⁷

IX. EL ORDEN PÚBLICO EN LAS RELACIONES DE TRABAJO

¿Hasta qué punto la manifestación de voluntad por parte de los trabajadores es válida? El juzgador deberá cuidar con suma prudencia la aplicación del orden público, solamente podrá anular aquello que resulte en una burda violación de la ley. No puede dejar de asignarle valor a una manifestación de voluntad por parte del trabajador, argumentando las limitaciones que establece el orden público, de lo contrario, ocurriría

143 Correa Carrasco, Manuel, *op. cit.*, nota 136, p. 228.

144 Briguori Spina, Dora, “Contributo all’analisi dei rapporti tra la norma inderogabile e il contrato collettivo”, *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, Milán, Giuffrè Editore, año I, núm. 3, julio-septiembre de 1982, p. 252.

145 La autonomía colectiva integra en su seno [como realidad plural], así pues, los siguientes planos o expresiones de la misma: 1) autonomía *institucional* o poder de autoorganización del grupo y de autorregulación de su esfera de actuación interna; 2) autonomía *normativa* [autonomía colectiva en sentido estricto] o poder de determinación autónoma de las condiciones de trabajo, principalmente a través de la negociación y el convenio colectivos; 3) autonomía *representativa* o poder de representación de los intereses del grupo a través de medios de acción directa, la huelga como manifestación básica del lado de los trabajadores. Palomeque López, Manuel Carlos, *op. cit.*, nota 63, p. 390.

146 Correa Carrasco, Manuel, *op. cit.*, nota 136, p. 240.

147 *Idem.*

sostener que “el obrero es un ser absolutamente incapaz para comprometer su voluntad, lo cual resulta lesivo de su dignidad humana”.¹⁴⁸ El derecho del trabajo se propone proteger la personalidad humana; resulta imposible suprimir la libre manifestación de una de las supremas cualidades de esa personalidad: su voluntad.

Sin embargo, este principio enfrenta severas dificultades en la época actual, por los embates frecuentes del modelo económico neoliberal y globalizador, con sus exigencias crecientes de *flexibilidad laboral* y una gran dosis de simulación predominante en las relaciones laborales, cuyas fronteras se difuminan con perversa intención para desvincularse de los efectos que produce la relación de trabajo y así evadir toda responsabilidad. Si bien es cierto que las normas laborales poseen la imperatividad que caracteriza al orden público y, por lo tanto, son irrenunciables e inderogables, también lo es que resultan ineficaces frente a la simulación, el fraude a la ley y el abuso del derecho, al quedar los trabajadores, intencionalmente, al margen de las leyes del trabajo y alejados de su tutela y protección. En la doctrina francesa, Camerlynck, G. H. propone la noción de “orden público social”.¹⁴⁹ En el mismo sentido, Plá Rodríguez señala que estas normas “no pueden violarse o ignorarse para rebajar el nivel de protección en favor del trabajador”.¹⁵⁰ En la doctrina laboral mexicana, la exposición de motivos de la Ley de 1970 señaló el carácter de orden público de las normas de trabajo, para quedar establecido en el artículo 5o., el cual, para De la Cueva, la nulidad aquí establecida es “absoluta”.¹⁵¹ Néstor de Buen también se inclina por la idea de sustituir el concepto de *orden público* y menciona que “sería preferible hablar de orden social”.¹⁵² Considera que las normas imperativas no son, en cierta forma, absolutas, porque la ley incluye otro tipo de normas. Sin embargo, las nulidades expresamente establecidas en el artículo 123 constitucional, fracción XXVII, del apartado “A”, incluyen

148 Vergara del Carril, Daniela, “El orden público en el derecho laboral”, *Derecho del Trabajo, Revista Crítica Mensual de Jurisprudencia, Doctrina y Legislación*, Buenos Aires, Sociedad Anónima Editora e Impresora, t. XXI, 1961, p. 500.

149 Camerlynck, G. H., *Contrat de travail*, t. I: *Traite de Droit du Travail*, París, 1968, p. 36.

150 Plá Rodríguez, Américo, “El orden público y el derecho del trabajo. Teoría y práctica en Iberoamérica”, *Revista de Derecho Laboral*, Montevideo, t. XXIII, núm. 119, julio-septiembre de 1980, p. 456.

151 Cueva, Mario de la, *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, 6a. ed., México, Porrúa, 1980, t. I, p. 100.

152 Buen, Néstor de, *Derecho del trabajo*, 9a. ed., México, Porrúa, 1994, t. I, p. 551.

un amplio catálogo sobre condiciones nulas, que no obligarán a los contratantes, aún cuando se expresen en el contrato.¹⁵³

X. REFLEXIÓN FINAL

Los laboristas deben prepararse para construir el edificio —según Umberto Romagnoli— en el cual deberá “vivir en el curso de los años por venir, el derecho del trabajo”.¹⁵⁴ Pero además, deben utilizar los principios y valores fundamentales para construir “un puente en el cual trabajo y derecho se vinculen a la realidad social”.¹⁵⁵ La profesión del laborista no debe producir infelicidad, sino convertirse en escudo humano con expectativas esperanzadoras para dignificar y recuperar el trabajo de la simulación, precariedad y escasez en que se encuentra, porque “quien no trabaja no tiene, pero ante todo no es”.¹⁵⁶

La clase trabajadora, sin la protección y tutela del Estado, debe buscar nuevas alternativas y caminos que la conduzca con pasos firmes hacia objetivos comunes para preservar su derecho y alcanzar su destino, a pesar de que existan compañeros de viaje deseosos de “modificar sus formas y contenidos”.¹⁵⁷ Por ello resulta elocuente recordar con U. Romagnoli, la alegoría *breschtiana*.¹⁵⁸

153 XXVII. Serán *condiciones nulas* y no obligarán a los contratantes, aunque se expresen en el contrato: a) Las que estipulen una *jornada inhumana*, por lo notoriamente excesiva, dada la índole del trabajo; b) Las que fijen un *salario que no sea remunerador* a juicio de las Juntas de Conciliación y Arbitraje; c) Las que *estipulen un plazo mayor de una semana para la percepción del jornal*; d) Las que señalen un lugar de recreo, fonda, café, taberna, cantina o tienda para efectuar el pago de salario, cuando no se trate de empleados en esos establecimientos; e) Las que entrañen obligación directa o indirecta de adquirir los artículos de consumo en tiendas o lugares determinados; f) Las que permitan *retener el salario* en concepto de multa; g) Las que constituyan *renuncia* hecha por el obrero de las indemnizaciones a que tenga derecho por accidente del trabajo y enfermedades profesionales, perjuicios ocasionados por el incumplimiento del contrato por despedirse de la obra; h) Todas las demás estipulaciones que impliquen *renuncia* de algún derecho consagrado a favor del obrero en las leyes de protección y auxilio a los trabajadores.

154 Romagnoli, Umberto, “La déréglementation et les sources du droit du travail”, *Revue Internationale de Droit Comparé*, núm. 1, 1990, p. 9.

155 *Id.*, “Redefinir las relaciones entre trabajo y ciudadanía: El pensamiento de Massimo D’Antona”, en varios autores, *Nuevos escenarios para el derecho del trabajo: familia, inmigración y noción de trabajador*, Madrid, Marcial Pons, 2001, p. 315.

156 *Idem.*

157 Romagnoli, Umberto, “Las transformaciones del derecho del trabajo”, *Debate Laboral*, Costa Rica, año V, núm. 12, 1992, p. 13.

158 *Idem.* “El señor K. caminaba en un valle cuando de improviso notó que sus pies se sumergían en el agua. Entonces comprendió que su valle era en realidad un brazo de mar y que se aproximaba

Los especialistas y legisladores del trabajo de muchos países señalan que la autonomía negociadora individual está viviendo una fase de euforia que nadie hubiese pronosticado hace pocos años. El derecho laboral ha desarrollado su propia función protectora, a través del dominio de la heteronomía sobre la autonomía y a través de la subordinación de lo individual a lo colectivo.

En la época actual tenemos un derecho del trabajo cada vez menos heterónimo y menos colectivo, o si se prefiere, más autónomo y más individual. Existe una tendencia a reevaluar los derechos individuales frente al poder colectivo. Esta individualización defensiva y contingente refleja el déficit de legitimación que sufre el sindicato. El vínculo jurídico-laboral nace de una manifestación de la autonomía privada, es decir, de un contrato. La diversificación productiva y la terciarización han originado una nueva valoración de lo individual, o si se quiere, una depreciación de lo uniforme y de la estandarización colectiva, lo cual pone en crisis la autoridad de la norma heterónoma. Las normas estatales y las colectivas se debilitan de manera difusa en beneficio de lo individual. El trabajador aparece ahora como una personalidad distinta a la de sus representantes sindicales, con intereses contrastantes, no defendidos o mal defendidos por quienes tienen la representación colectiva. Existe una tendencia hacia un derecho de trabajo más autónomo e individual. ¿Qué ha sucedido con las conquistas del pasado y las instituciones capaces de resistir los embates de un modelo económico con la brújula rota?

a la hora de la marea alta. Se detuvo de repente en búsqueda de una barca y quedó ahí, en espera de encontrarla. Cuando se persuadió que no había ninguna barca a la vista, abandonó esta esperanza y esperó que el agua no subiese más. Sólo cuando el agua le hubo llegado al mentón, abandonó también esta esperanza y se puso a nadar. Había comprendido que él mismo era una barca...”.