I. Es importante señalar que existen diferencias respecto de la relación de trabajo, la prestación de servicios profesionales así como la Comisión Mercantil, ya que cada una de ellas tiene naturaleza distinta, esto es, la primera de ellas se rige por la Ley Federal del Trabajo, ordenamiento legal que en la parte conducente de su artículo 20 claramente establece:

“... **Artículo 20.** Se entiende por relación de trabajo, cualquiera que sea el acto que le de origen, la prestación de un trabajo personal y subordinado a una persona medi ante el pago de un salario
...”

Del contenido del artículo anterior, se desprende claramente que los elementos que constituyen la relación de trabajo son los siguientes:

a) La subordinación, que es el poder jurídico del patrón de disponer de la fuerza de trabajo del obrero y la obligación legal de éste de obedecer al patrón.

b) El deber del patrón de pagar al trabajador una retribución por la prestación del servicio personal y subordinado.

c) La relación de dirección y dependencia que tiene el trabajador en relación al patrón.

Con el objeto de reforzar los argumentos sostenidos anteriormente, me permito transcribir la tesis de jurisprudencia de los Tribunales Colegiados de Circuito del año de 1995, misma que a la letra establece:

RELACION OBRERO PATRONAL. ELEMENTOS QUE LA ACREDITAN. Se tiene por acreditada la existencia de la relación obrero patronal, si se prueba: a) La obligación del trabajador de prestar un servicio material o intelectual de ambos géneros; b) El deber del patrón de pagar a aquél una retribución; y c) La relación de dirección y dependencia en que el trabajador se encuentra colocado frente al patrón; no constituye la simple prestación de servicios conforme a una retribución científica, por sí sola una relación de trabajo, en tanto no exista el vínculo de subordinación, denominado en la ley con los conceptos de dirección y dependencia; esto es, que aparezca de parte del patrón un poder jurídico de mando, correlativo a un deber de obediencia de parte de quien realiza el servicio, de conformidad con el artículo 134, fracción III, del código obrero.

QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA DE TRABAJO DEL PRIMER CIRCUITO.

Octava Epoca:

Amparo directo 7275/89. Jardín de Niños Ferriere. 16 de noviembre de 1989. Unanimidad de votos.

Amparo directo 8105/89. Javier Coss Bocanegra. 7 de diciembre de 1989. Unanimidad de votos.

Amparo directo 11005/90. Juan Crisantos Orozco. 22 de enero de 1991. Unanimidad de votos.

Amparo directo 5115/91. Florencio Peña Campos y otro. 13 de junio de 1991. Unanimidad de votos.

Amparo directo 6745/91. Modesto Pérez Flores. 27 de agosto de 1991. Unanimidad de votos.

Nota: Tesis I.5º.T.J/31, Gaceta número 52, pág. 36; véase ejecutoria en el Semanario Judicial de la Federación, tomo IX-Abril, pág. 320.

II. Por lo que se refiere a la prestación de servicios profesionales, este tipo de relación se rige por el ordenamiento común (Código Civil) y la Comisión Mercantil, por la legislación Mercantil, y en ambos supuestos el profesionista que presta el servicio contratado no se encuentra subordinado a persona alguna, ni tiene la obligación de seguir ordenes de trabajo, no tiene un horario determinado y puede disponer de su tiempo en la forma y términos que este quiera, como ejemplo podríamos citar a un médico o un abogado independiente.

Con el objeto de puntualizar los argumentos sostenidos, me permito transcribir las siguientes tesis de jurisprudencia:

RELACION LABORAL, CARACTERISTICAS DE LA. Para que exista la relación laboral, no es necesario que quien presta sus servicios dedique todo su tiempo al patrón ni que dependa económicamente de él. El verdadero criterio que debe servir para dilucidar una cuestión como la presente es el concepto de subordinación jurídica establecida entre el patrono y el trabajador, a cuya virtud aquél se encuentra en todo momento en posibilidad de disponer del trabajo, según convenga a sus propios fines, así pues, no se requiere la utilización efectiva de la energía y de la fuerza de trabajo, sino que basta con la posibilidad de disponer de ella. Correlativo a éste poder jurídico es el deber de obediencia del trabajador a las órdenes del patrón. La facultad de mando presenta un doble aspecto: jurídico y real. En cuanto al primero, el patrón está siempre en aptitud de imponer su voluntad al trabajador y ésta está obligado a obedecer acomodando su actividad a esa voluntad. En cuanto al segundo, debe tomarse en cuenta que, precisamente porque los conocimientos del patrón no son universales, existe la necesidad de confiar numerosas fases de trabajo a la iniciativa propia del trabajador, siendo más amplia esta necesidad cuando se trata de un término, de tal manera que la dirección de patrón puede ir de un máximo a un mínimo. Por consiguiente, para determinar si existe relación de trabajo, debe atenderse menos a la dirección real que a la posibilidad jurídica de que esa dirección se actualice a través de la imposición de la voluntad patronal.

Amparo directo 9442/83. Rogelio Gutiérrez. 18 de septiembre de 1985. 5 votos. Ponente: José Martínez Delgado.

Volumen 10, pág. 55. Amparo directo 1455/69. Abel Porras Rodríguez. 9 de octubre de 1969. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Ramón Canedo Aldrete.

Sexta Epoca, Quinta Parte:

*Volumen XCII, Pág. 33. Amparo directo 3339/64. Marcelo de la Cueva y Foucade. 1º. de febrero de 1965. Ponente: Manuel Yáñez Ruiz.

SUBORDINACION. ELEMENTO ESENCIAL DE LA RELACION DE TRABAJO. La sola circunstancia de que un profesional preste servicios a un patrón y reciba una remuneración por ello, no entraña necesariamente que entre ambos exista una relación laboral, pues para que surja ese vínculo es necesaria la existencia de subordinación, que es el elemento que distingue al contrato laboral de otros contratos de prestación de servicios profesionales, es decir, que exista por parte del patrón un poder jurídico de mando correlativo a un deber de obediencia por parte de quien presta el servicio, de acuerdo con el artículo 134, fracción III de la Ley Federal del Trabajo, que obliga a desempeñar el servicio bajo la dirección del patrón o de su representante a cuya autoridad estará subordinado el trabajador en todo lo concerniente al trabajo.

*Volúmenes 103-108, pág. 97. Amparo directo 2621/77. Jorge Lomelí Almeida. 22 de septiembre de 1977. Unanimidad de 4 votos. Ponente: María Cristina Salmorán de Tamayo.

Volúmenes 109-114, Pág. 92. Amparo directo 5686/76. Jorge Zárate Mijangos. 11 de enero de 1978. 5 votos. Ponente: Juan Moisés Calleja García.

Volúmenes 145/150, Pág. 60. Amparo directo 7070/80. Fernando Lavín Malpica. 30 de marzo de 1981. 5 votos. Ponente: María Cristina Salmorán de Tamayo.

Volúmenes 187-192, Pág. 55. Amparo directo 1362/84. Aída Díaz Mercado Nagore. 5 de septiembre de 1984. Unanimidad de 4 votos. Ponente: David Franco Rodríguez.

Volúmenes 187-192, Pág. 55. Amparo directo 9328/83. Rodolfo Bautista López . 5 de septiembre de 1984. Unanimidad de 4 votos. Ponente: María Cristina Salmorán de Tamayo.

Volúmenes 187-192, Pág. 55. Amparo directo 2353/83. Guadalupe Flores Báez. 15 de noviembre de 1984. Unanimidad de 4 votos. Ponente: David Franco Rodríguez.

Ahora bien, en el caso concreto que nos ocupa, los trabajadores que prestan sus servicios en la empresa que representas no podrían ser contratados como Comisionistas, ya que la Ley Federal del Trabajo al respecto señala en su artículo 285 lo siguiente:

Artículo 285: Los agentes de comercio, de seguros, los vendedores, viajantes, propagandistas o impulsores de ventas y otros semejantes, son trabajadores de la empresa o empresas a las

que presten sus servicios, *cuando su actividad sea permanente, salvo que no ejecuten personalmente el trabajo o que únicamente intervengan en operaciones aisladas.*

Asimismo se recuerda la procedencia de la siguiente jurisprudencia aplicable al caso concreto:

COMISIÓN MERCANTIL. CRITERIO PARA DETERMINAR SU EXISTENCIA CUANDO SE ADUCE UNA RELACIÓN DE TRABAJO. Para determinar la naturaleza jurídica de un contrato no debe atenderse exclusivamente a su denominación sino a su contenido, pues, en algunos casos, contratos denominados de comisión mercantil son verdaderos contratos de trabajo, de ahí que resulte indispensable tomar en cuenta los términos y condiciones pactados, con la finalidad de concluir si el llamado comisionista está o no subordinado a las órdenes del comitente, pues no debe olvidarse que conforme al artículo 20 de la Ley Federal del Trabajo, la subordinación es el elemento característico de una relación laboral. Por tanto, si analizando el contrato respectivo, se advierte que el comisionista se compromete a vender y promocionar los productos, mercancías y artículos entregados por el comitente, en calidad de consignación, por sí o a través de terceros, manifestando que cuenta con recursos y personal adecuado para realizar la venta y promoción (es decir, la venta no la realiza necesariamente aquél); que podrá presentarse o ausentarse cuando así lo desee, debido a que no está obligado a cumplir personalmente la comisión; que el contrato no confiere exclusividad para ninguna de las partes, por lo cual tiene plena libertad para contratar con otros comisionistas o comitentes y que podrá realizar su actividad en forma independiente (lo que excluye la subordinación), es evidente que se está ante un contrato de comisión mercantil, aunque se establezcan diversas cláusulas relativas al depósito de las ventas, la conservación de la mercancía, a los faltantes, los cortes de caja, inventarios y auditorías, así como las atinentes a las limitaciones a contratar con otros comitentes, las cuales no son órdenes, en la forma como se entienden en una relación de trabajo, sino normas contractuales que posibilitan el adecuado desempeño de la comisión.

2a./J. 149/2009 Contradicción de tesis 246/2009. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero y Tercero, ambos del Vigésimo Segundo Circuito. 9 de septiembre de 2009. Cinco votos. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel. Secretario: Javier Arnaud Viñas.

Tesis de jurisprudencia 149/2009. Aprobada por la Segunda Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada del treinta de septiembre de dos mil nueve. Instancia: Segunda Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Epoca. Tomo XXX, Octubre de 2009. Pág. 64. Tesis de Jurisprudencia.

De lo anterior se desprende que dado que las operaciones que realizan son permanentes, de manera alguna pueden ser considerados como comisionistas desde el punto de vista mercantil pues no se encuentran dentro de los supuestos a los que se refiere el artículo 273 del Código de Comercio que establece: “el mandato aplicado a actos concretos de comercio se reputa comisión mercantil. Es comitente el que confiere comisión mercantil y comisionista el que la desempeña”.

IV. Por lo que se refiere a la prestación de servicios profesionales, se debe de cumplir con las siguientes condiciones:

a) La Ley Reglamentaria del artículo 5º. Constitucional establece claramente que los únicos autorizados para expedir recibos de honorarios son aquellos profesionistas que tengan cédula profesional y que cuenten con la autorización por parte de la Dirección General de Profesiones para ofrecer el supuesto servicio profesional al público en general.

b) La Ley Reglamentaria del artículo 5º. Constitucional relativo al ejercicio de las profesiones señala:

Artículo 2. Las Leyes que regulen campos de acción relacionados con alguna rama o especialidad profesional, determinarán cuales son las actividades profesionales que necesitan título y cédula para su ejercicio.

Artículo 5. Para el ejercicio de una o varias especialidades se requiere autorización de la Dirección General de Profesiones, debiendo comprobarse previamente: 1.- Haber obtenido título relativo a una profesión en los términos de esta Ley; 2.- comprobar en forma idónea, haber realizado estudios especiales de perfeccionamiento técnico científico, en la ciencia o rama de la ciencia de que se trate.

Artículo 7. Las disposiciones de esta Ley regirán en el Distrito Federal en asuntos de orden común, y en toda la República en asuntos de orden Federal.

Artículo 24. Se entiende por ejercicio profesional, para los efectos de esta Ley, la realización habitual a título oneroso o gratuito de todo acto o la prestación de cualquier servicio propio de cada profesión, aunque solo se trate de simple consulta o la ostentación de carácter de profesionista por medio de tarjetas, anuncios, placas, insignias o de cualquier otro modo. No se reputará ejercicio profesional cualquier acto realizado en los casos graves con propósito de auxilio inmediato.

Artículo 25. Para ejercer en el Distrito Federal cualquiera de las profesiones a que se refieren los artículos 2º. y 3º., se requiere:

I.- Estar en pleno goce y ejercicio de los derechos civiles.

II.- Poseer título legalmente expedido y debidamente registrado, y

III.- Obtener de la Dirección General de Profesiones patente de ejercicio.

Artículo 68. La persona que ejerza alguna profesión que requiera título para su ejercicio, sin la correspondiente cédula o autorización, no tendrá derecho a cobrar honorarios.

c) Con independencia de lo anterior, en caso de que exista el elemento de subordinación, la relación será considerada como de trabajo, circunstancia que será fácilmente acreditada en juicio, ya que existen elementos contundentes para que sea acreditado dicho carácter, recordándose la procedencia de las siguientes jurisprudencias:

Época: Octava Época

Registro: 1010097

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Tipo de Tesis: Jurisprudencia

Fuente: Apéndice 1917-Septiembre 2011

Tomo VI. Laboral Segunda Parte - TCC Primera Sección - Relaciones laborales ordinarias
Subsección 1 - Sustantivo

Materia(s): Laboral

Tesis: 1302

Página: 1329

RELACIÓN OBRERO PATRONAL. ELEMENTOS QUE LA ACREDITAN. Se tiene por acreditada la existencia de la relación obrero patronal, si se prueba: a) La obligación del trabajador de prestar un servicio material o intelectual o de ambos géneros; b) El deber del patrón de pagar a aquél una retribución; y c) La relación de dirección y dependencia en que el trabajador se encuentra colocado frente al patrón; no constituyendo la simple prestación de servicios, conforme a una retribución específica, por sí sola una relación de trabajo, en tanto no exista el vínculo de subordinación, denominado en la ley con los conceptos de dirección y dependencia; esto es, que aparezca de parte del patrón un poder jurídico de mando, correlativo a un deber de obediencia de parte de quien realiza el servicio, de conformidad con el artículo 134, fracción III, del Código Obrero.

QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA DE TRABAJO DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 7275/89.—Jardín de Niños Ferriere.—16 de noviembre de 1989.—Unanimidad de votos.—Ponente: Gemma de la Llata Valenzuela .—Secretario: Erubiel Arenas González.

Amparo directo 8105/89.—Javier Coss Bocanegra.—7 de diciembre de 1989.—Unanimidad de votos.—Ponente: Gemma de la Llata Valenzuela.—Secretario: Erubiel Arenas González.

Amparo directo 11005/90.—Juan Crisantos Orozco.—22 de enero de 1991.—Unanimidad de votos.—Ponente: Rafael Barredo Pereira.—Secretaria: Beatriz Valenzuela Domínguez.

Amparo directo 5115/91.—Florencio Peña Campos y otro.—13 de junio de 1991.—Unanimidad de votos.—Ponente: Gemma de la Llata Valenzuela.—Secretario: José Francisco Cilia López.

Amparo directo 6745/91.—Modesto Pérez Flores.—27 de agosto de 1991.—Unanimidad de votos.—Ponente: Rafael Barredo Pereira.—Secretario: Vicente Ángel González.

Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, Número 52, abril de 1992, página 36, Tribunales Colegiados de Circuito, tesis I.5o.T. J/31; véase ejecutoria en el Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, Tomo IX, abril de 1992, página 320.

Apéndice 1917-2000, Tomo V, Materia del Trabajo, Jurisprudencia, Tribunales Colegiados de Circuito, página 974, tesis 1114.

Época: Octava Época

Registro: 1010538

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Tipo de Tesis: Jurisprudencia

Fuente: Apéndice 1917-Septiembre 2011

Tomo VI. Laboral Segunda Parte - TCC Primera Sección - Relaciones laborales ordinarias
Subsección 2 - Adjetivo

Materia(s): Laboral

Tesis: 1743

Página: 1787

RELACIÓN LABORAL. PRUEBA DE LA. Para que se tenga por demostrada la relación laboral, debe acreditarse el elemento esencial de la misma consistente en la subordinación, esto es, que la demandada tenía un poder jurídico de mando como patrón, correlativo a un deber de obediencia por el trabajador, ya que de conformidad con el artículo 134 fracción III del código laboral invocado, el trabajador está obligado a desempeñar un servicio bajo la dirección del patrón a cuya autoridad está subordinado en todo lo concerniente a la actividad para la cual fue contratado.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo directo 148/89.—Leoncio Lezama Reyes.—16 de mayo de 1989.—Unanimidad de votos.—Ponente: Gustavo Calvillo Rangel.—Secretario: Jorge Alberto González Álvarez.

Amparo directo 285/90.—Miguel Galicia Vázquez.—12 de julio de 1990.—Unanimidad de votos.—Ponente: Arnoldo Nájera Virgen.—Secretario: Nelson Loranca Ventura.

Amparo directo 471/90.—Miguel Torres Méndez.—30 de octubre de 1990.—Unanimidad de votos.—Ponente: Gustavo Calvillo Rangel.—Secretario: Jorge Alberto González Álvarez.

Amparo directo 178/91.—Narciso Corona Trueba.—21 de mayo de 1991.—Unanimidad de votos.—Ponente: Gustavo Calvillo Rangel.—Secretario: Jorge González Álvarez.

Amparo directo 227/91.—Miguel Pavón Rivero.—12 de junio de 1991.—Unanimidad de votos.—Ponente: Gustavo Calvillo Rangel.—Secretario: Jorge Alberto González Álvarez.

Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, Tomo VIII, agosto de 1991, página 134, Tribunales Colegiados de Circuito, tesis VI.2o. J/144.

Apéndice 1917-2000, Tomo V, Materia del Trabajo, Jurisprudencia, Tribunales Colegiados de Circuito, página 971, tesis 1111.

Visto lo anterior, se hacen las siguientes consideraciones:

1. No es factible que los trabajadores de la empresa sean contratados como prestadores de servicios profesionales o Comisionistas Mercantiles, ya que de conformidad con las manifestaciones que se han hecho ello es legalmente imposible y al final de cuentas serán considerados como trabajadores por la autoridad laboral con todas las consecuencias legales inherentes.
2. El riesgo de contratar a los trabajadores como prestadores de servicios profesionales o Comisionistas Mercantiles, es alto, ya que con independencia del tema laboral, el riesgo de seguridad social es alto, ya que se tendrán que inscribir ante el IMSS, INFONAVIT y SAR con todas las consecuencias legales inherentes incluyendo el pago de capitales constitutivos, multas y recargos.
3. No se evitarían las demandas laborales sino por el contrario su numero se acrecentaría dada la forma de contratación.
4. El cambiar los trabajadores de estructura traería un costo a la empresa, mismo que en nada beneficiaría a la misma toda vez que la nueva relación sería considerada de trabajo con todas las consecuencias legales inherentes.

Sin mas por el momento, nos ponemos a sus órdenes para cualquier aclaración en relación con la presente.

Cesar Roel Abogados