TEMAS SELECTOS DE DERECHO LABORAL

LIBER AMICORUM: HOMENAJE A HUGO ÍTALO MORALES SALDAÑA

PATRICIA Kurczyn Villalobos

RAFAEL Tena Suck

Coordinadores

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

TEMAS SELECTOS DE DERECHO LABORAL

LIBER AMICORUM: HOMENAJE A HUGO ÍTALO MORALES SALDAÑA

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Serie: Estudios Jurídicos Núm. 251

Coordinadora editorial: Elvia Lucía Flores Ávalos
Asistente Editorial: Karla Beatriz Templos Núñez
Cuidado de la edición y formación en computadora: Iván Barrón Reyes

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

TEMAS SELECTOS DE DERECHO LABORAL

LIBER AMICORUM: HOMENAJE A HUGO ÍTALO MORALES SALDAÑA

PATRICIA KURCZYN VILLALOBOS
RAFAEL TENA SUCK
Coordinadores

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
México, 2014

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Primera edición: 3 de septiembre de 2014

DR © 2014, Universidad Nacional Autónoma de México

Instituto de Investigaciones Jurídicas

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, 04510 México, D.F.

Impreso y hecho en México
ISBN:

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

CONTENIDO

Prólogo..... IX

La flexibilidad laboral y la negociación colectiva..... 1
Julio Ismael Camacho Solís

La difícil condición de "trabajador"..... 39
Néstor de Buen

Los costos de la imprevisión..... 63
Carlos de Buen Unna

La globalización económica y la reforma laboral en México (25 años sin rumbo)..... 89
Arturo Fernández Arras

Conciliación y mediación en el derecho del trabajo..... 123
Antonio Isaac Gómez Alcántara

El despido en la legislación laboral mexicana y comentarios relativos a la legislación china..... 141
Patricia Kurczyn

El proceso laboral en México. Visión jurisprudencial..... 175
María Aurora Lacavex Berumen
Yolanda Sosa y Silva García
Jesús Rodríguez Cebreros

La autonomía sindical desde la óptica de la OIT. El caso de México..... 207
Guillermo López Guízar

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

La huelga en las universidades públicas autónomas, los servicios públicos, los servicios esenciales y los trabajadores al servicio del Estado..... 255
Porfirio Marquet Guerrero

La responsabilidad solidaria en el derecho laboral mexicano... 281
Arturo Martínez y González

Conflictos colectivos de naturaleza económica..... 311
Marco Antonio Morales Medellín

Criterios de aplicación del régimen del décimo transitorio de la ley del ISSSTE..... 335
María Ascensión Morales Ramírez

Protección social y seguro social..... 363
Javier Moreno Padilla

Derecho comparado en el sistema de pensiones por retiro..... 399
Gerardo Valente Pérez López

Las normas internacionales de la Ley Federal del Trabajo..... 425
Carlos Alberto Puig Hernández

Creación de la cuarta sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el período de la Quinta Época del *Semanario Judicial de la Federación*..... 463
Rafael Quintana Miranda

Las mutaciones del derecho del trabajo..... 477
Carlos Reynoso Castillo

El intermediario y el derecho del trabajo mexicano. Análisis de las *outsourcing*..... 509
Martha Rodríguez Ortiz

Mitos y realidades de la cláusula de exclusión..... 531
Rafael Tena Suck

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

PRÓLOGO

Es de nuestro agrado participar por segunda vez en esta obra colectiva; la primera ocasión fue como uno más de los colaboradores, y ahora como responsable del presente prólogo.

Resultaría difícil dedicarle un resumen a los trabajos que integran esta obra; son tan diferentes los temas aquí tratados que, nos parece, resultaría artificial mencionarlos individualmente, aunque cabría destacar sus virtudes, las cuales son muchas. Es por eso, que preferimos hacer sólo algunas consideraciones generales.

Nos llama la atención, en primer término, la abundancia de especialistas en la materia, lo cual hace bastantes años no ocurría. Nuestro derecho del trabajo fue casi monopolizado por tres ilustres especialistas: Mario De La Cueva, J. Jesús Castorena y Alberto Trueba Urbina, cuyas obras fueron fundamentales para el desarrollo de la disciplina; pero, de algunos años para acá, se han incorporado a la práctica y enseñanza una serie de juristas ya no tan jóvenes. Reconocemos la intervención principal de Baltasar Cavazos Flores y Francisco Breña Garduño y, en cierto modo, la de Jorge Trueba Barrera, comentarista de la Ley Federal del Trabajo, la cual, su señor padre, don Alberto Trueba Urbina, inició; sin embargo, pocos años después aparecieron las nuevas figuras, quienes precisamente colaboran en esta obra.

Actualmente, varios de estos laboralistas de nuevo ingreso son maestros en la Facultad de Derecho, o son investigadores en el Instituto de Investigaciones Jurídicas, ambos de la Universidad Nacional Autónoma de México, que hoy se agrupan bajo la dirección genérica de Héctor Fix-Fierro, y la específica, de Patricia Kurczyn, quien a su vez, es una laboralista notable.

Resulta preciso decir que el motivo del presente libro homenaje está más que justificado; Hugo Ítalo Morales, no obstante su juventud, hoy más aparente que real, viene integrándose con pasos

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

firmes en el campo del derecho del trabajo, a través de la Facultad de Derecho de la UNAM, del Instituto de Investigaciones Jurídicas, de su participación notable en la Barra Mexicana Colegio de Abogados y de su obra escrita, en compañía de otro valioso laboralista, Rafael Tena Suck.

Llama la atención que el libro que comentamos pueda ser concebido como un verdadero tratado de derecho del trabajo, gracias a las colaboraciones de quienes lo han formado. Quizá, en la medida en que se ha hecho, al filo de la puesta en vigor de la nueva Ley Federal del Trabajo, escasamente citada por alguno de los autores, no resulta extraño que muchos de los temas tratados hayan contemplado preferentemente la ley derogada en lugar de la nueva. Es normal por la presencia, un poco inesperada, de ese instrumento empresarial que nos ha obsequiado el Congreso de la Unión, con la evidente complicidad del presidente Calderón; su entrada en vigor tan reciente, el 1o. de diciembre del año anterior, no daba muchas oportunidades de considerarla.

Quizá eso comprometa al Instituto de Investigaciones Jurídicas a publicar un comentario general sobre la nueva ley, y el destrozo que ha hecho de los derechos fundamentales de los trabajadores; la estabilidad en el empleo en primer lugar. Duele reconocerlo, y de modo especial como están las cosas en la política, difícilmente forme parte de los propósitos de la administración de Peña Nieto, el volver a los tiempos antiguos, que permitieron considerar a la Ley Federal del Trabajo como esencialmente tutelar de los derechos de los trabajadores.

Aunque todo puede tener remedio. En nuestro concepto, corresponderá a los nuevos laboralistas dirigir sus pasos hacia la exposición de sus inconformidades con la nueva ley, en clase, en los trabajos de investigación y en cualquier intervención académica, de esas que frecuentemente tenemos que atender, principalmente en México; pero no estará de más que también lo hagamos en el exterior, quizá con la pretensión de recuperar la vieja fama que sustentaba nuestra especialidad.

Por nuestra parte, ya estamos en esa tarea. Junto al núcleo selecto de laboralistas iberoamericanos: Mario Pasco, de Perú; Alfredo Montoya Melgar, de España; Juan Raso, de Uruguay; Rafael

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Alburquerque, de República Dominicana; Emilio Morgado, de Chile; Rolando Murgas, de Panamá; Wagner Giglio, de Brasil, y Mario Ackerman, de Argentina, preparamos un estudio que tendrá el respaldo de la famosa "Patota", respecto a las consecuencias que está teniendo, sobre nuestra disciplina, la política liberal, que hoy se caracteriza por la globalización, con sacrificio de empleos y salarios.

Sin embargo, no estaría mal que el Instituto de Investigaciones Jurídicas organizara algo sobre el particular.

Néstor DE BUEN

Junio de 2014.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Julio Ismael Camacho Solís*

Sumario: I. *Introducción*. II. *El imperativo social del trabajo*. III. *Relaciones laborales flexibles*. IV. *La flexibilidad laboral y la negociación colectiva*. V. *La flexibilidad y la desregulación*. VI. *La productividad en las relaciones de trabajo*. VII. *Flexibilización laboral*. VIII. *Flexibilidad salarial*. IX. *La política de empleo y el derecho laboral*. X. *La negociación colectiva eficaz*. XI. *Los sistemas de negociación en las relaciones laborales*. XII. *La negociación de los contratos colectivos*. XIII. *Conclusión*. XIV. *Bibliografía*.

I. Introducción

El contenido del derecho colectivo del trabajo en un contexto determinado, es variable y flexible, ya que, de acuerdo a las circunstancias que existan, depende fundamentalmente de la política social que observe cada Estado. Actualmente en México juegan con cierta elasticidad los elementos tradicionales del derecho colectivo en su conjunto. El reconocimiento constitucional al derecho de asociación profesional, al de huelga, y el de la existencia de los propios contratos colectivos, permiten establecer la importancia que reviste el ámbito laboral de las relaciones de trabajo; es indispensable otorgar a la negociación colectiva el espacio vital para lograr los objetivos planteados, ya que permite a los empresarios y

* Doctor en derecho, académico e investigador de tiempo completo de la FCA-C-I de la UNACH; investigador nivel I del SNI (Conacyt).

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

sindicatos, dictarse entre sí, las reglas de convivencia, que estarán orientadas a gobernar y gestionar el propio entorno de sus derechos y obligaciones. Ningún contrato colectivo de trabajo puede reflejar con precisión perfecta los problemas que puedan presentarse en la administración del mismo. El derecho de negociar incluye toda la actividad propia de una empresa o institución pública; el deber de negociar de buena fe, es un imperativo del derecho en general, pero en materia del trabajo, los pactos colectivos obligan a lo expresamente pactado y a las consecuencias que implican imponer determinada flexibilidad o criterios de innovación en el empleo, como consecuencia del cambiante mundo laboral, lo cual, debe dar en forma diversificada, y para ello es indispensable que, para las partes, los llamados factores de la producción, se ajusten a la realidad de cada empresa que no implique menoscabo o pérdida de derechos, en aras de satisfacer los elementos de objetividad que pueda contener la flexibilización de las normas de trabajo. La cual es, una clara contraposición a la rigidez laboral, que en el mejor de los casos, propone los escenarios posibles para obtener el consenso de la flexibilidad laboral. Hoy tan incierta e incompleta, y esta realidad, entendida como tal, permite que la flexibilidad se aplique en determinados casos de modificaciones en contratos colectivos de trabajo o en diversas circunstancias o razones como los conflictos llamados de naturaleza económica, que tengan por objeto la modificación o implementación de nuevas condiciones de trabajo.

II. El imperativo social del trabajo

Desde la promulgación de la Constitución Mexicana de 1917, año en el que se asume como formal, el nacimiento del moderno derecho del trabajo, donde además, se determinan los principios jurídicos fundamentales regulatorios de la relación de trabajo y los derechos básicos de los trabajadores; se da un reconocimiento y legitimación al movimiento obrero organizado, basado en la búsqueda de mejores condiciones de trabajo y vida, con la tarea cotidiana de los sindicatos, tal como lo establece su objetivo primordial de existencia, que será el estudio, mejoramiento y defensa de

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

los intereses de sus agremiados. El derecho colectivo del trabajo sin duda que se fue enriqueciendo ampliamente. Las leyes del trabajo de 1931 y 1970 incluyeron reformas que entendían la libertad sindical y el derecho de exigir la firma de contratos colectivos de trabajo, por lo que, las condiciones laborales de la clase trabajadora sindicalizada fue a la alza, mejorando significativamente, en distintos sectores de la industria y comercio, ya que al pactarse diversas condiciones de trabajo son superiores a los que prevé la propia ley laboral.

Todo derecho que representa una garantía individual es ante, y después de todo, no un arma, ni un espectáculo de sólo un actor, es una relación y práctica social, y en estos dos aspectos esenciales son expresión de una conexión entre individuos.

Los derechos sociales en legítima expresión son tareas públicas, que implican obligaciones hacia los demás, así como títulos frente a ello. En apariencia por lo menos, es una forma de cooperación social, la cual, sin duda se convierte una estrecha protección. De tal manera, se plantean cuatro ejes para lograr la construcción de los derechos sociales: *a*) el empoderamiento, *b*) la productividad, *c*) la sustentabilidad, y *d*) la equidad; y en conjunto, son componentes que nos permiten construir los derechos sociales; si no hay sujetos sociales en este camino, lo que tendremos, será más de los mismo, y tendremos un desarrollo sin rostro humano, inhumano, como el que se perfila en general en la últimas décadas, por ello, las personas que están en la función pública, deberán conocer, respetar y aplicar los derechos sociales.

III. Relaciones laborales flexibles

La sociedad, compuesta por seres pensantes, que determinan su propio actuar en el devenir cotidiano, se manifiestan con actitudes, y tienen que entrelazar y cooperar unos y otros, con sus limitaciones individuales, integrando estructuras que se organizan, flexibilizando procesos que les permitan alcanzar objetivos comunes; esto traería un cambio de cultura generacional y organizativo, entendiendo con ello, que no sólo se lograría reconocer la tarea cotidiana

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

de una relación laboral, con el justo reconocimiento de necesidades recíprocas de nacer, crecer y desarrollarse juntos en donde se garanticen derechos y obligaciones.[1]

La empresa, como un todo, es una entidad integrada por capital y trabajo, como factor benéfico de la producción, y dedicada a cualquier actividad, sea industrial, comercial o de prestación de servicios, con fines lucrativos y la consiguiente responsabilidad de las relaciones laborales, sumando a estas, una variedad de formas administrativas, donde la reciprocidad y obligatoriedad, son esenciales para la existencia y desarrollo, y que generen dinámica, vanguardia, y en la medida que los objetivos individuales se junten con los organizacionales, haya una relación que produzca estabilidad y certeza, para el desarrollo y consolidación; esto puede implicar cambios graduales o sistematizados en el proceder laboral.

Las empresas requieren de recursos para el logro de sus objetivos, estos constituyen el esfuerzo o la actividad humana, así como los conocimientos, experiencias laborales, habilidades y aptitudes más actitudes, potencialidades, debilidades y fortalezas, además de reconocer las amenazas propias del entorno social, que conforman un patrimonio que forma parte del proceso para lograr que una empresa sea rentable y exitosa.[2]

Hay entre los hombres dos grandes desigualdades, una natural, que lo representa la edad, fuerza, perfección de los sentidos, inteligencia, y sensibilidad; la otra, muy marcada, es la adquirida, como la fortuna, propiedad, instrucción, conocimiento, experiencia y consideración pública; el fin de la unión social es reducir la desigualdad, o al menos hacerla tolerable.

Es por la unión de las fuerzas sociales más poderosas, que cualquier individuo, para que puedan protegerse todos; varias inteligencias reunidas se fortifican, desarrollan y protegen a los hombres; el trabajador, con su fuerza de trabajo, encuentra lo necesario en el tributo que la sociedad exige al opulento; todas las empresas por naturaleza social y propia al fin, deben proporcionar a todos sus

1 Crudhen, Herbert, *Administración de personal*, México, South Western, 1999, p. 58.

2 *Ibidem*, p. 60.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

miembros, de la enorme comunidad laboral, al menos lo necesario, pasando por lo indispensable en una sociedad bien organizada. La desigualdad debe ser combatida incisamente, manteniendo en los hombres un cambio continuo de servicios que multipliquen sus relaciones y satisfacciones.[3]

IV. La flexibilidad laboral y la negociación colectiva

La notoria inclinación para favorecer la flexibilidad laboral, disfrazada en su contexto, es la que se observa de manera general para los conflictos colectivos, cuya finalidad es conseguir el equilibrio y justicia en las relaciones de trabajadores y patrones, llamados factores de la producción. La autoridad laboral, representada por las propias juntas de conciliación y arbitraje, en el ámbito de su competencia local o federal, deberían conocer de los conflictos planteados, deberá mantener orden y equilibrio en sus resoluciones y podrá aumentar o disminuir el personal, jornada, semana de trabajo, salarios, y en general modificar las condiciones de trabajo de la empresa o establecimiento, sin que en ningún caso se reduzcan los derechos mínimos consignados en la ley. Sin duda, una visión muy moderna de apreciar la flexibilidad laboral actual, que, sin embargo, deja la posibilidad de reducir prestaciones logradas por diversas circunstancias, como las propias, que derivan de un pacto colectivo de trabajo.

Resulta entonces, que la contratación colectiva es una institución de suma importancia para la clase trabajadora, que por un lado, favorece a la integración y a través de ella, con la acción unilateral del patrón fija las condiciones de trabajo; y como consecuencia, independientemente de los contratos de protección o blancos, que también existen por miles, los contratos colectivos de trabajo contienen prestaciones superiores a la ley; por ello, la norma es un mínimo de observancia obligatoria que garantiza uno de los fines primordiales de las organizaciones sindicales, cuyo objeto final se traduce en el mejoramiento de los intereses de los trabajadores; por

[3] Rodríguez Valencia, Joaquín, *Recursos humanos*, México, Trillas, 2002, p. 90.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

lo anterior, no es concebible la existencia de un contrato colectivo con prestaciones laborales mínimas, si se da el caso, como suele pasar en muchas centrales obreras del país que agrupan sindicatos de membrete, los sindicatos y el sindicalismo enfundado en una simulación lisa y llana, que no alcanza ni logra el objeto de su creación y funcionamiento. La lucha social y la diferencia de clases todavía continua en el mundo del trabajo, que poco a poco en incesante lucha desigual los trabajadores, los obreros organizados han logrado incluir más y mejores prestaciones en los contratos colectivos.

La contratación colectiva siempre ha sido considerada como uno de los mecanismos jurídicos que expresan de mejor manera el dinamismo en el mundo del trabajo; tal vez es esta época, cuando de manera más evidente, ante los cambios vertiginosos, la contratación colectiva aparece como un mecanismo dúctil de gran utilidad, aparte de ser un medio adecuado para superar las deficiencias de la ley, su importancia ha ido en enorme crecimiento, sobre todo en los últimos 40 años.

Actualmente, la importancia de la negociación colectiva puede apreciarse desde varios puntos de vista, por ejemplo, como institución trascendente ha sido reconocido a nivel constitucional en países como Brasil, Argentina y Guatemala; por otro lado, y a pesar de que, para algunas personas con opiniones diversas, señalan beneficiados por los contratos colectivos son una minoría, frente a los grandes contingentes y conglomerados de trabajadores, que no tienen acceso a prestación alguna. También es cierto que buena parte de los contratos colectivos vigentes se sitúan en áreas claves de la actividad económica del país.

Caracterizados por un mayor o menor grado de flexibilidad para moldear sus contenidos, los contratos colectivos, que tienen como premisa formal el consentimiento de las partes que intervienen (trabajadores y empleadores), han demostrado cambios que exigen un análisis más acucioso, entre otras razones, porque han dejado de ser, sólo un espacio para plasmar los avances en las prestaciones de los trabajadores, para convertirse en herramientas de política

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

económica, o como en otros casos, de mecanismo de adaptación del derecho laboral.[4]

Del estudio y lectura de laboralistas clásicos, y de ver la manera como se ocuparon de la contratación colectiva, no deja, o pareciera haber duda, de que se trata de un mecanismo de protección social; sin embargo, esa visión formal está muy apegada a los textos legales, y se enfrenta a una realidad que ha delineado a la contratación colectiva con otros contornos para parecer muchas veces, sobre todo en estos tiempos, como terreno fértil, en donde se están presentando muchos cambios del derecho laboral, de lo cual, resulta necesario distinguir, de primera impresión, entre el proceso de revisión y la consecuente negociación de un contrato colectivo, donde se plasman derechos y obligaciones.

Existen referentes que indican el eventual inicio de una revisión y negociación, derivado de un emplazamiento a huelga, por cualquiera de las causas que dan motivo a ello, que va desde la revisión integral y salarial, hasta las violaciones reiteradas y sistemáticas al propio instrumento colectivo; esta situación da a las partes, una amplia libertad para que sean las encargadas de establecer características del proceso negociador, la intervención de las autoridades laborales, de acuerdo al ámbito de su jurisdicción, ya sea de la propia Secretaría del Trabajo, o en el caso, de las juntas de conciliación y arbitraje. De ahí que la contratación colectiva, entendida como mecanismo formal de creación de derechos y obligaciones, tienen un papel de primer orden en la evolución del derecho laboral el cual la ha dotado de ciertos marcos dentro de los cuales debe desarrollarse.

V. La flexibilidad y la desregulación

La materia, objeto de la regulación laboral, la representa el trabajo humano, y está cambiando cotidianamente de manera involutiva; por un imperativo histórico y social, el cambio en el esquema

4 Reynoso Castillo, Carlos, *Los contratos de trabajo*, México, Universidad Autónoma Metropolitana, 2011, p. 49.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

de producción mundial fuertemente influenciado por factores y fenómenos económicos, que son parte de la vigencia de la sociedad globalizada en su conjunto, sumados a los cambios tecnológicos que se consideran propios del conocimiento mismo, y que naturalmente desfasa al derecho clásico en todos sus enfoques, y obliga a renovar las normas reguladoras de este nuevo tipo de trabajo. Mencionar que, conscientes de los efectos en las crisis económicas recurrentes y periódicas, efectúan cambios inevitables en las relaciones de trabajo, afectándolas como lo hacen los cambios que, día a día, suceden en cualquier entorno laboral, sea en el ámbito público, privado o social. Por expresar la idea con un nivel superior de abstracción, tales medidas empiezan a cuestionar la doble e histórica función desempeñada, desde sus orígenes, por este sector de ordenamiento jurídico; por un lado, la función compensadora, consistente en establecer límite a la autonomía privada individual, moderando el juego de un mercado de posiciones contractuales asimétricas en beneficio de contratantes débiles, y por otro, la función protectora, enderezada a rescatar, del ámbito rudamente patrimonial, el negocio jurídico, a través del cual, un tercero se apropia de los resultados del trabajo ajeno, exigiendo al trabajador, titular, no sólo de posiciones contractuales de débito o crédito, sino de derechos de contenido personal.[5]

Un mercado de trabajo demasiado reglamentado, supone un obstáculo para la creación de empleos, especialmente cuando conlleva costos laborales excesivos. La cuestión no radica en la existencia o ausencia de reglamentación; se trata de equilibrar objetivos sociales distintos, como la protección social por una parte, y por otra, la creación de empleos. Esto exige determinar el nivel óptimo de reglamentación, rebasado el cual es probable que la creación de empleo se vea afectada de manera negativa. De ser necesario, al formular una política de empleos, debería abordarse la reglamentación del mercado de trabajo desde la perspectiva de

5 Valdés Dal-Ré, Fernando, *Descentralización productiva y desorganización del derecho de trabajo*, Universo, p. 36.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

sus repercusiones sobre la creación de este, vinculando estas políticas con los derechos laborales de trabajadores y empleadores.[6]

No debe pretenderse reglamentar populistamente la política de empleo creando expectativas falsas, sino ajustadas a una realidad creíble y sustentada de la economía, política y desarrollo social.

La mundialización y la mayor competencia económica que entrañan al planeta actualmente, están alterando profundamente la forma en que vivimos y nos relacionamos con los demás; para empezar, el trabajo está sufriendo una transformación tal, que en un futuro, es posible que el concepto de empleo tenga un significado totalmente distinto. La intensificación de la competencia a escala mundial, obliga a las empresas a estar muy pendientes de los costos y la productividad. La individualización y diferenciación, hacen que cada vez más trabajadores dejen de ocupar el tipo de empleo permanente, a tiempo completo, y en empresas estables, que caracterizó el desarrollo de Europa, Japón, Estados Unidos y otros países industrializados tras la Segunda Guerra Mundial.[7]

El proceso de formación de la legislación laboral ha tenido varias etapas, entre ellas, históricamente y en primer término, el garantismo laboral, mismo que en las legislaciones modernas ha aumentado en pro de la protección del trabajador, pero, modernamente, produciendo cambios legislativos para tomar en cuenta la necesidad de mantener el empleo en niveles aceptables, reduciendo los costos laborales de las empresas, que de aumentar lógicamente, afecta su competitividad ante el mercado mundial, y sobre todo, el empleo en sus diversas formas, creación de puestos de trabajo, mantenimiento y mejora de los existentes, capacitación para los nuevos puestos que exijan tecnologías o idiomas especiales. Esto origina el problema de costos laborales altos frente a la competitividad, y la apertura comercial; y la causa es, por ende, económica, lo que da origen al cuestionamiento frontal, por enfrentamiento de las leyes con el mercado, que no funciona con esquemas rígidos, surgiendo así el tema de flexibilidad laboral.

6 Bejarano Coto, Óscar, *Estabilidad en el empleo, despido y flexibilidad laboral*, San José, Juritexto, 2003, p. 19.

7 *Ibidem*, p. 22.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

La crisis económica y los cambios que han tenido lugar en el mercado de trabajo, necesitan flexibilidad en la forma que la fuerza de trabajo es utilizada; y esta, requiere que se mantenga por las innovaciones tecnológicas que modifican todo el marco de trabajo de la economía, dando primordial importancia al sector de servicios.[8]

Los antecedentes de esta nueva evolución del derecho del trabajo, es las crisis de los años 70, por causa de la elevación de los precios del petróleo y la crisis financiera mundial, que afectó a todas las naciones; por ello, la flexibilidad surge como la eliminación, disminución, aflojamiento o adaptación de la protección laboral clásica, con la finalidad real, o presunta, de aumentar la inversión, el empleo o la competitividad de la empresa.[9]

Por lo general, y como ya se adelantó, bajo la denominación genérica de la flexibilidad se tiende a incluir dos conceptos diferentes; por un lado, sobre todo en la doctrina europea, se reserva la voz desregulación, para eludir a una flexibilización unilateral, impuesta por el Estado o por el empleador, donde disminuye o elimina beneficios, sin la concurrencia real de la voluntad de los trabajadores y sin contrapartida determinada y exigible; por la otra, esa misma doctrina reserva la expresión flexibilización para identificar la adaptación autónoma, negociada y condicionada, es decir, a cambio de contraprestaciones determinadas y exigibles y no de una mera expectativa.[10]

En América Latina, debemos citar a la Constitución mexicana, que fue la que promulgó algunos y variados principios de derecho del trabajo y legislación social; referente obligado del origen social y protector del trabajo en el mundo entero sin duda alguna; lo que fue tomado como ejemplo para que otras constituciones retomaran los postulados; que dan una protección de tipo garantista, que actualmente está siendo afectado por el tema económico, comercio

8 *Idem.*

9 Romero Betancourt, Samuel, *La administración de personal*, México, Cecsa, 2001, p. 67.

10 Hermida, Óscar, *La flexibilidad,* Fundación de Cultura Universitaria, 2000, p. 87.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

internacional, ajustes por la globalizada economía, afectaciones a la competitividad de las economías de muchos países; lo cual, conduce en el derecho laboral, al tema de la flexibilización necesaria de algunas normas laborales. Ante la lentitud de los trámites legislativos para reformar leyes, sobre todo laborales y sociales, donde los grupos de presión se interesan mucho y dificultan el quehacer legislativo, la jurisprudencia, que es muy importante en materia laboral, no sólo para interpretar las leyes, sino para crear soluciones, donde no hay leyes claras y objetivas, se ha encargado de introducir el tema de la flexibilidad, pero con una carente visión de la realidad actual, lo que limita, sin duda, su propia eficacia.

Una de las características del derecho del trabajo en el mundo actual, en esta era de la denominada mundialización y acendrada globalización, es la flexibilidad en las relaciones laborales, que busca eliminar rigideces o protecciones, en busca de mayor competitividad, o cuando menos, la creación de empleos, o el mantenimiento del nivel existente. Una de esas manifestaciones consiste en la utilización, cada vez con más frecuencia de contratos de servicios profesionales o de honorarios, en vez de las tradicionales contrataciones de índole típicamente laboral.

Flexibilizar, o aún más, desregularizar o mantener los actuales niveles de cobertura, es una opción política que no compete definir a los jueces, sino al legislador y a las partes sociales; pero sí tienen los administradores administrativo-judiciales en materia laboral, como obligación, interpretar este panorama confuso, que amplía, el ya de por sí, difícil y complejo campo de la definición de las fronteras del derecho del trabajo. Para el propósito definido, de importancia en este caso, será necesario considerar los contornos de las, cada vez más frecuentes, zonas grises del derecho del trabajo.[11]

No debe confundirse la flexibilización de ciertas normas laborales, con lo que es admitido como elemento funcional en pro de la creación, mantenimiento y sostenimiento de las tasas de empleo aceptables, que no deberían exceder el 6% de la mano de obra

11 Hermida, Óscar, *op. cit.*, nota 11, p. 90.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

disponible, con la desregularización, que consiste en derogar conquistas laborales materializadas en derechos de los trabajadores, muchos de ellos recogidos como verdaderos derechos humanos de carácter social, como el salario mínimo, la jornada mínima de trabajo, el trabajo infantil, la protección del trabajo de las mujeres, los derechos colectivos de los sindicatos bajo la trilogía de los convenios de la OIT 87, 88 y 13.[12]

Si como parece ser, que las palabras mágicas hoy para que nuestro propio país, y muchos, más salgan del subdesarrollo o dejen de ser economías emergentes, se basa en el paradigma de la flexibilización, y con ello, de paso, reducir la pobreza que no permite mejorar los ingresos y bienestar a los trabajadores, son los conceptos de competitividad y eficiencia lo que determinan el panorama laboral; debemos aceptar que es necesario reformar algunas leyes laborales que faciliten los nuevos esquemas de trabajo, sobre todo en aquellas empresas que usen tecnología de punta, o que siendo tradicionales, como la agricultura por ejemplo, requieran ayuda para sobrevivir en el mundo globalizado, el cual, no es, ciertamente, una actividad generadora de satisfactores propios del trabajo.

Los otros costos de producción suelen ser mucho mayores, y respecto de ellos, no se busca flexibilidad; se acusa de que estos trabajos no regulados, se prestan para abusos patronales, aunque debe reconocerse que crean fuentes de trabajo tan necesitadas por nuestros países; al efecto entonces se clarifica que la rotatividad o precariedad en el empleo no es sólo un desconocimiento de derechos del trabajador, ni una fuente de inestabilidades psíquicas y familiares, sino que ha demostrado su disfuncionalidad económica.[13]

VI. La productividad en las relaciones de trabajo

El derecho del trabajo debe tomar nuevos rumbos, pues el siglo XXI reclama la globalización humana de la sociedad, dentro del campo económico y avanzado desarrollo tecnológico, de los

12 *Ibidem*, p. 93.
13 *Idem*.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

cuales, ninguna nación puede, ni debe quedar apartada. México ha venido transformándose en el ámbito laboral, específicamente a través de las contrataciones colectivas entre sindicatos y empresas, resaltando la objetividad y visión a largo plazo, tratando de adaptarse a los constantes cambios del entorno productivo y de la organización de trabajo. Los conceptos de productividad, calidad y competitividad van unidos en la modernización industrial para lograr un crecimiento en el desarrollo económico, a la vez que, da un mejoramiento en las condiciones laborales de los trabajadores.

La productividad no sólo significa un aumento del volumen de producción, sino la eficiencia del producto para satisfacer las necesidades del destinatario, lo que lleva implícita la calidad del mismo, de manera que en función del cliente la productividad y calidad son una misma cosa; de ahí, que el control de calidad, es decir, la garantía de la excelencia del producto, es esencial para la productividad.

El concepto productividad nos puede llevar a dos directrices; una de ellas, la que atiende los cambios tecnológicos como instrumentos de un sistema mecanizado, que conduce a una industria automatizada, la cual permite el ahorro de la mano de obra; la otra, que se apoya en el capital humano para elevar la productividad, y que representa incentivos para los trabajadores, considerados como factor permanente en el incremento y depuración de la productividad, esta última se apoya en elevar la capacitación y adiestramiento de la fuerza laboral, mejorando su eficiencia para adecuarla a los cambios tecnológicos.[14]

Siempre hemos considerado que la productividad es, elaborar un producto mejor a menor precio, presentando la misma un indicador del grado de competitividad industrial de un país, que no puede basarse en una mano de obra barata, sino en la calidad de la producción. Una mayor productividad, implica no solamente un crecimiento económico, sino también un desarrollo equilibrado que acabe con la pobreza e injusticia social.

Consideramos además, que la calidad y productividad, no pueden ser impuestas por decreto o ley, como se quiso hacer en nuestro

14 Martínez y González, Arturo, *Reflexiones jurídicas laborales*, México, trillas, 2010, p. 187.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

país en 1992 con la firma del Acuerdo Nacional para Elevar la Productividad y la Calidad, el cual resultó un total y rotundo fracaso.[15]

Las condiciones de productividad deben ser determinadas, más que por sectores industriales, por cada fuente de trabajo y ser convenidas por quienes tienen la responsabilidad y compromiso de sacarlas adelante; deben partir de un convencimiento de los actores de la producción. Los trabajadores deben estar convencidos de dar lo mejor de sí, pues hace más próspera su empresa con los beneficios correspondientes. El sindicato deberá ser el primer aliado con esta tarea, ya que la base trabajadora espera mucho de su representación, la cual debe contar con la capacidad de pactar las mejores condiciones para que se distribuyan los beneficios de la productividad, dándole seguimiento a que lo acordado se cumpla. Pero deben ser los empleadores los primeros convencidos, de que la calidad y productividad, se logran en ambientes de mayor apertura y objetividad, donde se estimula la cooperación y participación en una lógica de responsabilidad compartida.

Por lo que el espacio idóneo para convenir los términos de la productividad, medición y repartos de sus beneficios, es el contrato colectivo de trabajo dada su naturaleza bilateral; ahí, en la negociación del mismo, pueden convenirse las necesidades de la productividad, considerando los intereses y voluntad de las partes; esta última, tan necesaria para la generación de compromisos que llevarán a su verdadera consecución. Es por ello, que en la contratación colectiva moderna, se deben adoptar diversos principios para lograr cada día más la productividad deseada, dentro de los cuales, destacamos:

a) Principio de trabajo en equipo. La empresa se apoya en la colaboración mutua, constante, continúa y recíproca de todos y cada uno de los trabajadores o empleados independientemente de su nivel o jerarquía; además promueve esquemas de convivencia, que proporcionan condiciones libres de autodesarrollo y creatividad con grupos autodirigidos, que convierten la labor en una comunidad de trabajo, donde todos colaboran para

15 *Ibidem*, p. 189.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

obtener los mejores resultados. Para que una relación laboral fuera más justa y efectiva, debe de cumplir con: *a*) un respeto mutuo de derechos, *b*) una comprensión recíproca de necesidades, y *c*) una coordinación técnica de esfuerzos.[16]

b) Principio de calidad total. Todos los empleados se encuentran comprometidos en un proceso permanente de mejoramiento, cuya meta final es la calidad total y que todo salga a tiempo; en el entendido de que, la calidad, es la necesidad de hacer las cosas bien a la primera intención y subsecuentemente; total, como el modo de evitar toda clase de desperdicios, tanto en tiempo, dinero y esfuerzo, a fin de incorporar la idea de que todas las cosas deben estar en su lugar; y, los servicios, que deben realizarse en forma oportuna y efectiva.
c) Principio de seguridad. Los trabajadores están comprometidos en la búsqueda de la máxima seguridad en sus centros de trabajo, a fin de evitar accidentes o enfermedades profesionales. Los empleados deben estar permanentemente alerta para prevenir riesgos de trabajo.
d) Principio de multifuncionalidad. Los trabajadores están dispuestos a realizar actividades múltiples, relacionadas con un mejor servicio, tanto a clientes internos, como externos, en forma útil y oportuna, independientemente de los puestos regulares que ocupen; para tal efecto, están obligados a recibir la capacitación y adiestramiento que su empleador les proporciona.
e) Principio de eficiencia. Cada trabajador sindicalizado o de confianza, consciente de los principios anteriores, asume la obligación, tanto jurídica como moral, de ser, en el desempeño del trabajo, lo más eficiente posible, con el propósito de lograr la máxima productividad derivada de la mano de obra.
f) Principio de flexibilidad. Los diversos factores de la relación de trabajo, deben mostrar un cambio de actitud que estimule el desarrollo de empresas productivas, que permitan competir en un mercado abierto, y en una economía globalizada; por otro lado, debe buscar el logro de un equilibrio entre los factores

16 *Ibidem*, p. 200.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

> de producción, armonizando los intereses del capital con los del trabajo. Este cambio laboral no debe de implicar, de alguna manera, retroceso en las conquistas obreras; por el contrario, debe otorgar al trabajador, seguridad y mejor nivel de vida.

Ante los cambios tecnológicos, el derecho del trabajo debe prevalecer y fomentar a su vez, labores como el teletrabajo, el trabajo a domicilio, entre otros más, ya que, dentro de sus características, es dinámico e inconcluso. En ese sentido, se pueden flexibilizar las relaciones laborales, en donde exista una diferente cultura de trabajo, que permita la introducción de nuevas tecnologías, la polivalencia, trabajo de equipo, y fijación de contratos temporales que se justifiquen por su naturaleza, sin incurrir en el trabajo precario. La movilidad funcional en el empleo, el establecimiento de jornadas laborales flexibles, también cuando se justifiquen por su naturaleza, la desaparición del escalafón ciego, las normas contractuales improductivas, a cambio de incentivos y primas por productividad.[17]

Las relaciones laborales, y por consiguiente el derecho del trabajo, tienen que adecuarse a la exigencia de modernidad, contribuyendo a ser más eficiente la producción, pero en un contexto de justicia social, pues de otro modo, en lugar de que la productividad sea un factor de progreso, implicaría un retroceso a las luchas sociales y un peligro para la paz social.[18]

VII. Flexibilización laboral

Se entiende por flexibilización, la libertad del empresario para contratar y disponer de la fuerza de trabajo; busca eliminar todas las reglas de carácter laboral, que impiden el libre funcionamiento del mercado y la organización del trabajo en beneficio, lógicamente, del empresariado. Esta una forma *sui géneris* de entender las relaciones del mercado de trabajo, desarrollada en el seno de un

17 Galantino, Luisa, *Los principios de derecho del trabajo*, México, Trilllas, 2010, p. 275.

18 Climent, Juan B., *Derecho sindical,* México, Esfinge, 2002, p. 154.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

proceso más general, llamado globalización; por ello, la flexibilidad genérica importó, sencillamente, la precarización. Lo anterior implica que, ante determinadas situaciones, en las relaciones del trabajo y respecto a la situación de la empresa, es posible aplicarla con el fin de preservar la fuente de trabajo, pero, previamente, deben determinarse y probarse las condiciones sustantivas y objetivas de la autoridad laboral, para la instrumentación de un régimen excepcional de regulación del contrato de trabajo.

La flexibilidad se aplicó de una forma totalmente diferente, dado que sólo existía, como condición, la voluntad patronal de aplicar en forma genérica los contratos precarizadores, sin importar causales y motivos, y debía, en una manifiesta incongruencia jurídica, demostrar el trabajador, que las condiciones objetivas que determinaban la aplicación de distintos contratos inestables eran inexistentes.

La flexibilización tiene muchas vertientes o perspectivas; se aplica a los mercados de trabajo, nuevas tecnologías, sistemas de organización del proceso productivo, y se habla de una flexibilidad funcional en la organización del trabajo, que implica el rompimiento de los sistemas tradicionales de especialización, y crea la figura del trabajador polivalente o de habilidades múltiples.

El tema no es nuevo, pues ya se ha hablado de la creación de un marco jurídico laboral flexible que estimule el desarrollo de una industria productiva, que permita competir en un mercado abierto y en una economía globalizada. En México, ha sido motivo de divisiones y enconos; están los que atacan a ultranza el sistema neoliberal que hemos importado y consideran que la flexibilización de las normas laborales, no es otra cosa más que el aniquilamiento, destrucción, exterminio y supresión de las conquistas laborales, tanto legales, como extra legales o contractuales, que implican una disminución en los derechos de los trabajadores, aduciendo que, lo que desean los empresarios es una ley laboral retrógrada que les permita hacer lo que quieran, inclusive el abuso.

Otra corriente establece que se le debe dar mayor flexibilidad a la ley laboral vigente, con el fin de lograr un marco legal que estimule la productividad, calidad y competitividad de la industria

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

en una economía abierta y globalizada, que atraiga la inversión nacional y extranjera, y además, fomente la creación de nuevas industrias, que en suma permita al país superar la grave crisis económica y altísimas tasas de desempleo, subempleo y marginación que padece, y encaminarlo hacia un crecimiento sostenido que robustezca el principio rector del derecho del trabajo, que es precisamente, el principio de estabilidad en el empleo. No estamos de acuerdo con la llamada desregulación del derecho de trabajo, pues consideramos que implica una contradicción en sus términos, toda vez que su función es esencialmente reguladora de la vida social; no obstante, debemos admitir las exigencias de una flexibilización laboral concebida, no como el aniquilamiento de las conquistas y prerrogativas obreras, sino como una adecuación a las modalidades que impone la globalización económica, y la realidad laboral en la actualidad, que conlleva a una diversificación de la normatividad, conforme a las variantes inherentes al trabajo.

a) El trabajo típico se caracteriza por la prestación de un servicio por cuenta ajena, con carácter subordinado y mediante una retribución convenida. Esta relación laboral implica una garantía legal de tutela tendiente a la estabilidad en el empleo y la indemnización por despido injustificado.

En cuanto a la estabilidad en el empleo, en este tipo de trabajos, México tiene un sistema relativo sobre este principio fundamental, que representa un bastión para el derecho del trabajo; entendemos por estabilidad, el derecho del trabajador, de conservar su empleo, en tanto no medie causa justa de despido y subsistan las causas y materia que dieron origen a la relación laboral. Se entienden por otras que dan origen a la relación laboral, es decir, el conjunto de circunstancias que motivan la prestación de servicios; y por materia del trabajo, el objeto al cual es aplicada la actividad del trabajador.

El principio de estabilidad en el empleo se justifica desde varios puntos de vista:

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

- El trabajo es por regla general el único patrimonio del hombre que labora, de ahí, que sea necesario para él, poder conservarlo.
- La estabilidad es una condición necesaria para que el trabajador obtenga mejoras en su salario, ascensos, derecho a la jubilación, entre otros.
- La estabilidad es una pretensión universal de nuestros tiempos, pues contribuye a solucionar el problema de la desocupación, y proporciona al trabajador y a su familia, seguridad y tranquilidad.

Este derecho a la permanencia en el trabajo, nació absoluto, después se hizo nugatorio y en la actualidad es relativo.

En efecto, en un principio, de acuerdo a nuestra Constitución, existía la reinstalación obligatoria, es decir, que cuando un trabajador era separado de sus labores, demandaba el cumplimiento de su contrato individual de trabajo alegando la reinstalación y ganaba su juicio, en todos los casos operaba la reinstalación obligatoria, es decir, la estabilidad en el empleo era absoluta.

En 1941, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, refiriéndose a la fracción XXI, del artículo 123 constitucional, determinó que, cuando el patrón era condenado a reinstalar a un trabajador, en todos los casos podía dejar de cumplir esta obligación, mediante el pago de una indemnización, estimando que la reinstalación en el trabajo constituía una obligación de hacer, cuya ejecución forzosa era imposible; y a partir de entonces, la estabilidad en el empleo se hizo nugatoria.[19]

En el *Diario Oficial de la Federación* del 21 de noviembre de 1962, se publicaron las reformas a las fracciones XXI y XXII, del artículo 123 constitucional, que se referían al derecho a la reinstalación obligatoria, determinando que, si el patrón se negare a someter sus diferencias al arbitraje o aceptar el laudo pronunciado por la junta, daría por terminado el contrato de trabajo, mediante el pago de una indemnización; sin embargo, esta disposición no sería aplicable en los casos de las acciones consignadas en la fracción siguiente, es decir, que la ley laboral determinaría los casos en que

19 *Cuadernos de la Suprema Corte de Justicia*, núm. 5, México, 2011, p. 42.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

el patrono podría ser eximido de la obligación de cumplir el contrato, o sea, reinstalar al trabajador en sus labores, mediante el pago de una indemnización. En virtud de lo que antecede, la Ley Federal del Trabajo fue reformada y se estableció en el artículo 49, que en los casos en que el patrón podía negarse a la reinstalación obligatoria mediante el pago de las indemnizaciones, y que son: cuando se trate de trabajadores que tuvieran una antigüedad menor de un año; en los casos en que, a juicio de conciliación y arbitraje, el empleado, por razón del trabajo que desempeñaba o por las características de sus labores, estuviera en contacto directo o permanente con su patrón y la junta, estimado lo anterior, consideraba que no era posible el desarrollo normal de la relación de trabajo en los casos de trabajadores de confianza; los de servicio doméstico y cuando se trate de trabajadores eventuales.

En razón a lo establecido en el párrafo inmediato anterior, podemos reiterar, que, en la actualidad el derecho a la estabilidad en el empleo, en México es relativo.

b) El trabajo informal, por su propia naturaleza es difícil atraerlo a la normatividad laboral, pues las causas que lo originan tienden precisamente a soslayar esa regulación; por lo que la diversidad de sus manifestaciones tiene que motivar el tratamiento jurídico y social apropiados. En nuestro país nada se ha hecho sobre el particular y día con día más personas engrosan las filas de este tipo de trabajo que representa por una parte una necesidad por falta de empleos, oportunidades y raquíticos salarios; por la otra, es una lacra para la sociedad, pues fomentan la competencia desleal, y para el gobierno ya que no le tributan cantidad alguna. Se considera que en México, de cada cinco personas en edad productiva, dos se encuentran en la economía informal.

En el primer semestre de 2012, según las encuestas las empresas grandes y medianas de nuestro país redujeron su personal en un 32%; congelaron contrataciones y 27% contrataron por tiempo de-

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

terminado; un 25% contrataron por la vía del *outsourcing* un 31% y congelaron sueldos a los empleados de confianza un 19%.[20]

c) El trabajo autónomo. Se caracteriza por el autoempleo.
d) El trabajo temporal. Se justifica cuando la naturaleza de los servicios o la realización de una obra lo requieran, pero siempre hemos manifestado que son jurídicamente inadmisibles si se utilizan en forma generalizada incurriendo en el *trabajo precario* ya que son inestables y lesionan los derechos humanos del trabajador en detrimento de la productividad.

La regla general en México es la contratación por tiempo indefinido, y los casos de excepción, son por tiempo u obra determinados, que se justifican, siempre y cuando, se especifique la naturaleza de excepción, es decir, debe demostrar plenamente su naturaleza jurídica, pues la ley laboral mexicana, protege al hombre al establecer que, si vencido el término en que se hubiese fijado el contrato, y subsiste la materia del trabajo, la relación quedará prorrogada por todo el tiempo que perdure dicha circunstancia.

e) El trabajo en categorías vulnerables, llamadas así por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que deben atenderse de una manera especial, y que comprenden a jóvenes desempleados de larga duración; a trabajadores de edad avanzada y discapacitados. Todos ellos con mayor riesgo de desempleo o de empleos mal remunerados.

El sector empresarial sustenta que, la Ley Federal del Trabajo vigente, establece un marco jurídico demasiado rígido e inflexible, que obstaculiza, e incluso, impide el libre desarrollo de una industria competitiva y desalienta la inversión; por su parte, las organizaciones sindicales de nuestro país, no quieren saber nada sobre flexibilización, habida cuenta de que, consideran, se aniquilarían las conquistas obreras que surgieron con motivo de la Revolución mexicana. Nada más alejado de la realidad, pues la flexibiliza-

20 *Heraldo de Chiapas*, 7 de mayo 2012, p. 55.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

ción en las relaciones laborales y normas jurídicas que rigen, deben producir entre las partes de la relación de trabajo, cambiando su actitud, a efecto de darle competitividad a nuestras industrias, justificando el cambio en México, pues su inserción en una economía globalizada de libre mercado, la hace necesaria.

Si deseamos salir de la crisis económica, política y social por la que atravesamos, resulta indispensable la modernización de nuestras anquilosadas y rígidas instituciones; dicho de otra manera, la globalización económica está en nuestro país, y, queramos o no, tenemos que convivir con ella. Por eso, la necesidad de crear un marco legal adecuado que permita el desarrollo de una industria competitiva y fomente de la inversión, aprovechando para ello, las experiencias de los países con quienes estamos ya compitiendo, por lo que el cambio, se justifica ampliamente.

Esta revolución laboral no debe implicar, de manera alguna retroceso en las conquistas obreras plasmadas en nuestra Constitución, ya que, si bien es cierto que los derechos de los trabajadores son irrenunciables, también lo es, que aquéllos que otorgan mayores beneficios a los mínimos constitucionales y legales, pueden ser negociables, sin olvidar que, con la flexibilización, se fortalece la vida de las empresas, además de las condiciones de vida de los trabajadores, pues no se puede lograr una economía sana y una productividad eficiente, sin que a la vez se eleve la capacidad adquisitiva y el bienestar del hombre y por consiguiente, su familia.

La flexibilización laboral es impulsada y defendida por la mayoría de los gobiernos y el empresariado, la cual, emana de la ideología que respalda al proceso globalizador, propio del neoliberalismo, el cual, se ha adoptado como factor determinante de existencia y cohabitación con los países, demostrando en el mercado que todos somos iguales y nos relacionamos como tal, por lo que no deben existir condiciones especiales. Mediante la flexibilización, se retorna a los tiempos en que el capitalismo carecía de limitaciones y progresaba sin control, creando severas desigualdades sociales.

Hoy, el capitalismo, inserto en el mundo entero, es más salvaje, y por ende, aún más fuerte, ya que dispone de mayores recursos

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

y conocimientos tecnológicos que en el pasado. La flexibilización profundiza el dominio que ejercen los empresarios sobre los trabajadores y sus relaciones laborales, para que el empresariado pueda actuar de acuerdo a sus propios intereses, haciendo tabla rasa de los correspondientes a los trabajadores por ello es necesario establecer:

1) La flexibilización, desde el punto de vista del empleador, significa la libertad para contratar y ejercer dominio sobre la fuerza del trabajo, o dicho en otras palabras, implica disponer de libertad plena para aprovechar sin trabas las disposiciones, cualidades y virtudes del trabajador.
2) La flexibilización desde el punto de vista del trabajador, es la pérdida de valiosos derechos laborales y condiciones sociales, tales como:

   - La seguridad en el empleo.
   - Pago de salarios mínimos.
   - Protección contra la maternidad y enfermedad.
   - La indexación salarial.
   - Derecho a las vacaciones.
   - Compensación por tiempo de servicios.
   - Protección contra los infortunios laborales.
   - Derecho a la seguridad social, es decir, fenece el carácter netamente protector del derecho del trabajo.

Por otra parte, no se debe perder de vista que la flexibilidad es un fenómeno socioeconómico que se concreta a la capacidad de los individuos de renunciar a sus hábitos y adaptarse a nuevas circunstancias.

VIII. Flexibilidad salarial

Se refiere a que los salarios deben adaptarse a las fluctuaciones económicas, con objeto de permitir que los costos de las empresas se adapten a las circunstancias.

Al analizar si un mercado presenta rigidez o flexibilidad, en materia de costos salariales, la Organización para la Cooperación

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

y el Desarrollo Económicos (OCDE), en su más reciente informe, considera que existe flexibilidad en costos laborales cuando:

Los costos laborales se ajustan rápidamente ante fluctuaciones de mercado sin que el ajuste adopte principalmente la forma de despidos. Esta cuestión presenta a su vez un aspecto macroeconómico y otro microeconómico, en el sentido de que por flexibilidad salarial se entiende, a la vez, el modo en que los salarios se adecuan a la evolución del conjunto de la economía y la adaptabilidad de los salarios a las necesidades concretas de una empresa.[21]

Cuando los salarios varían en consonancia a la productividad, y existen diferentes salariales que responden a diferencias de productividad; para conseguir esto, lo que se propugna es que se reduzca la parte fija del salario y una sustancial, que varíe en función de los resultados de la empresa, o bien, de los méritos del trabajador o las características del puesto de trabajo. Cuando los costos laborales, no salariales, no suponen una proporción importante de los costos laborales globales.

Al estudiar la evolución de los salarios, lo primero a considerar es que la formación de salarios es compleja, y que, en cualquier economía real, está lejos de ser el resultado de la intersección de la curva de la oferta y la demanda de trabajo. La evolución, del nivel de costos salariales, y de la estructura salarial, está condicionada por la organización del mercado de trabajo, tanto por el sistema de negociación colectiva, entre representantes de los trabajadores y empresarios, como por las garantías estatales, el salario mínimo profesional, protección social, y las acciones tendentes a lograr pactos entre los agentes económicos.

La incidencia y modo en que está organizada la negociación colectiva son significativamente diferentes de un país a otro, en base a las diferentes tradiciones sociales y políticas. En relación a la incidencia de los convenios colectivos, en algunos países, el porcentaje de asalariados cubierto por convenios colectivos supera el 90%, como en Francia, Australia, Finlandia; mientras que

21 Rivero Medina, Jorge, *Relaciones laborales*, México, Tax, 2004, p. 34.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

en otros, la tasa de cobertura de la negociación colectiva es baja: Estados Unidos de América y Japón especialmente.[22]

Respecto al modo en que está organizada la negociación colectiva, también varía de algunos países a otros; y atendiendo a los niveles en que tiene lugar se da desde el nivel nacional, sectorial o empresarial. Al analizar cuál es el nivel más favorable para de adecuar los salarios a la evolución de la economía, la literatura económica no es coincidente. Ya algunos consideran que los incrementos salariales de un país deben adaptarse a las circunstancias económicas generales, es decir, moderación salarial en momentos de crisis y desempleo, para permitir la recuperación económica y crecimiento salarial en épocas de expansión; por lo que, se pronuncia a favor a la negociación centralizada, aduciendo que se tendrán más en cuenta, las condiciones macroeconómicas, como la evolución de los precios o el nivel de desempleo global a la hora de ajustar los salarios.

Otros, como la OCDE, en el informe relativo a política salarial en 1994, determinaron que, en cambio, se posicionan a favor a los sistemas descentralizados, los llamados convenios de empresa; en este caso, se sugiere que los salarios deben variar en función de las circunstancias particulares de la empresa, y así, aquellas más productivas, pueden ofrecer mejores salarios, que las no lo son o están en dificultades.

De todas formas, como señala la OIT, el hecho de que tres de las economías más prósperas del mundo (EUA, Japón y Alemania), tengan niveles de negociación muy distintos, confirma que puede haber ajuste flexible de salarios en sistemas muy diferentes; en cuanto a la evolución del ámbito de negociación colectiva, suele afirmarse que las transformaciones que estamos viviendo, hacen que la relación empresa y trabajador, tienda a regularse más por contratos individuales, que por convenios colectivos, y que dentro de estos, se imponga la negociación a nivel empresa.[23]

Sin embargo, a nivel internacional, no hay tendencias generales unívocas, en algunos países, la tasa de cobertura de negociación

22 Véase *www.ocde./informesglobales*.

23 *Idem*.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

colectiva a caído de manera regular en el Reino Unido, EUA. y Japón, entre otros; en Alemania, se ha mantenido estable y en algunos más, como Francia, incluso ha subido. Igualmente, si bien en países como EUA. o Reino Unido se ha dado una descentralización de la negociación colectiva, en Europa continental particularmente sigue siendo importante la negociación sectorial (OCDE, 2004).[24]

Respecto a los cambios en la regulación del mercado de trabajo sobre la negociación colectiva, se crea una dinámica de nuevas relaciones laborales, donde las garantías legales son menores y se deja que la negociación permita adaptar los contenidos de la relación laboral a las condiciones de los sectores económicos y empresas. Las medidas flexibilizadoras más destacables, son las cláusulas de nivelación salarial y los cambios en la estructura del salario y sus complementos, con lo que se pretenden que las condiciones salariales se adecuen a la situación particular de cada empresa y se potencien los componentes variables del salario, ligados a la productividad, trabajo realizado, o los resultados de la empresa. La flexibilidad salarial, desde un punto de vista microeconómico, puede no ser coincidente con los aspectos macroeconómicos de la misma. Así, si cada empresa fija el salario, según sus circunstancias, podría ocurrir que una empresa muy ineficiente sobreviva a costa de salarios muy bajos, en vez de introducir variaciones tecnológicas y mejoras organizativas; estos ejemplos sirven para ilustrar que existen múltiples formas de flexibilidad laboral en diversos países, y suele ser frecuente que cada país sea dócil en unas cuestiones y menos en otras.

IX. La política de empleo y el derecho laboral

El desarrollo de un país debe presentarse y concretarse con el fin de satisfacer las necesidades presentes, sin poner en peligro las de generaciones futuras; y para ello, requiere la integración de tres importantes pilares: *1*) del desarrollo; crecimiento económico, progreso social y normas ambientales; *2*) la creación de oportuni-

24 *Idem*.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

dades de empleo como elemento central del pilar social del desarrollo sostenible, y que requiere una política de empleo integrada. El empleo es, a la vez, un objetivo y consecuencia del desarrollo socioeconómico, y que también resulta indispensable para efectos de, *3*) la estabilidad política y social.

Se trata de una cuestión política, social y económica fundamental en todos los países, y la más importante, para las personas, sean jóvenes o de edad. La creación de empleo, también resulta esencial para la reducción de la pobreza; una tasa de desempleo, elevada y persistente, es un elemento importante en la inestabilidad social y política, así como en el impacto psicológico en las personas. Pero, finalmente, una política de empleo debe estar sustenta por una legislación laboral facilitadora de la estabilidad y el verdadero progreso social de los trabajadores.

Los Estados, a través de sus gobiernos, son los principales responsables de crear condiciones macroeconómicas para que sea posible el crecimiento y estabilidad del empleo; están llamados a emprender un proceso que conlleve consultas y participación tripartita con empleadores y trabajadores, desde la fase de la concepción, como parte del proceso político, dado que los primeros proporcionan los puestos de trabajo, y los segundos, son los beneficiarios directos de la creación de empleo. Deben así mismo, incorporarse a este proceso otros participantes potenciales que cuenten con conocimiento y calificaciones pertinentes, en lo que atañe a la formulación de políticas, sean los economistas, universitarios, instituciones políticas, sindicatos, organizaciones no gubernamentales, entre otros; sin embargo, habida cuenta de que son los empleadores quienes, al final proporcionan los puestos de trabajo y los desempleados los llamados a ocuparlos; sus opiniones acerca de las políticas necesarias para la creación de empleo y su aprovechamiento, son indispensables y deberían tener el peso correspondiente.

La formulación de una política de empleo debería estar precedida de un análisis de los obstáculos a la creación de empleo en el país de que se trate, el cual contribuiría a identificar las carencias y limitaciones, en lo relativo a:

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

1) Políticas económicas y sociales.
2) Infraestructuras materiales.
3) Programas y políticas de salud, educación y capacitación para la población.
4) El entorno empresarial que afecta a la creación y el desarrollo de la empresa.
5) Gobernabilidad.
6) Derechos de propiedad, y mecanismos para garantizar el cumplimiento de los contratos laborales y el sistema judicial.
7) Políticas comerciales y de inversión, incluyendo el desarrollo de ventajas comparativas.
8) La capacidad para aprovechar la evolución de la tecnología, y las políticas de mercado de trabajo.
9) Los diversos índices de competitividad, muchos de los cuales, influyen directamente sobre la creación del empleo.
10) Las políticas internacionales que dificultan el crecimiento del empleo.[25]

X. La negociación colectiva eficaz

Habrá que preguntarnos hoy día, ¿los sindicatos pueden, o deben ser un ente estabilizador?, estos, deben ser siempre un elemento seguro de estabilización para las relaciones de trabajo de tipo colectivo, no en el sentido estricto contrarrevolucionario, sino para mantener la defensa de los intereses de los trabajadores, que pueden evitar convulsiones violentas; y, considera que es la tendencia del sindicalismo actual, donde un capitalismo inteligente debe respetar, como tal, esa inercia, como un cauce regulador de los conflictos por la vía pacífica. El sindicato de negociación, o conciliación, tiene esta característica, como órgano social de gestión y solución de conflictos entre los trabajadores, a quien representa, y a la misma empresa.

El gran crecimiento de los sindicatos, y su intervención en las relaciones colectivas de trabajo, así como la apertura de los mis-

25 Castillo Guido, Oscar, *Memoria*, Managua, Unipoli, 2004, p. 145.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

mos a nuevos objetivos, les confiere una finalidad más extensa que el reducirse a la acción de reivindicaciones obreras tendientes al mejoramiento de los salarios y la reducción de la jornada, se proponen ya objetivos de carácter muy amplio, como la inserción de los propios sindicatos en la vida económica, y en actividades productivas con las técnicas de las empresas capitalistas, pero sin el carácter meramente sindical y de interés social.

La negociación colectiva es la institución decisiva, como factor democratizador de la sociedad, porque permite la redistribución del ingreso; por eso, es democrática y trascendente. Para estimular la negociación colectiva, en la disposición cuarta del convenio 96, de la OIT, se establece:

> Deberán adoptarse medidas adecuadas a las condiciones nacionales, cuando ello sea necesario, para estimular y fomentar entre los empleadores y las organizaciones de empleadores, por una parte, y las organizaciones de trabajadores, por otra el pleno desarrollo y uso de los procedimientos de negociación voluntaria con objeto de reglamentar por medio de contratos colectivos las condiciones laborales.[26]

La negociación colectiva constituye una institución que aspira a mejorar y equilibrar las condiciones laborales de los trabajadores en un marco de equidad y justicia social; habida cuenta de que su contenido respecto a sus inicios, ha variado a través del tiempo, puesto que los primeros convenios colectivos trataron como tema el salario semanal y la duración de trabajo, debiendo señalar que, actualmente la lista de lo negociable se ha incrementado significativamente, acercándose mejor para obtener lo posible debido, fundamentalmente a las circunstancias que imperan. Además, ha sido calificada como un acuerdo de paz, que tiende a evitar el conflicto, y sus objetivos específicos lo constituyen aun los salarios para los trabajadores, además de prestaciones, y condiciones salubres y de seguridad; para los empleadores, estos objetivos se orientan a

26 Martínez y González, Arturo, *Reflexiones jurídicas laborales*, México, Trillas, 2010, p. 383.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

asegurar mayor productividad y estabilidad administrativa en las empresas, procurando el equilibrio justo de los intereses respectivos, es por ello que la negociación colectiva es, y se manifiesta de manera plena, cuando se accede a una flexibilidad positiva que permita la adaptación de las condiciones laborales, en un momento determinado a las realidades económicas de la empresa, sin que ello implique renuncia o deterioro a las conquistas sindicales de los trabajadores, pues puede determinar, que los derechos de los trabajadores son irrenunciables, y también, ser negociables.

Por ello, los sindicatos deben ser fuertes y estar consolidados, ya que a través de la eficacia de la negociación colectiva, es posible, en gran medida, modificar las propias condiciones colectivas de trabajo, cuando resulte justificable y viable, siempre respetando los principios básicos del derecho laboral; sin embargo, en la práctica laboral cotidiana, se da por regla general lo contrario, en México uno de los derechos menos reconocidos para los trabajadores al servicio del gobierno del Estado, es el de la negociación colectiva.

La negociación colectiva es una de las instituciones jurídicas más extraordinarias de la época contemporánea, ya que represento el momento en el que por primera vez una clase social impuso al capital a su Estado una forma de creación de derecho objetivo, cuya finalidad ya no era regular relaciones entre personas supuestamente iguales, sino por un derecho de clase social frente a otra, cuyo propósito es asegurar al trabajo, una participación más justa en el proceso de producción; esta es la expresión de un derecho orientado hacia la justicia social, en forma jurídica, que serviría a la clase trabajadora para exigir la elevación permanente de las condiciones de vida de los hombres que trabajan.[27]

En los principios de la OIT sobre el derecho de negociación colectiva se determina lo siguiente:

- El derecho de negociación colectiva es un derecho fundamental, aceptado por los miembros de la OIT, al incorporase a la organización, deben respetar, promover y hacer realidad de buena fe.

27 Alemán Mena, Donald, *Derecho colectivo del trabajo*, Universidad Politécnica de Nicaragua, 2002, p. 78.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

- La titularidad del derecho de negociación colectiva corresponde a los empleadores y sus organizaciones por una parte, y a las de trabajadores por otra; sólo siendo posible, en ausencia de tales organizaciones, que representantes de los trabajadores interesados celebren negociaciones colectivas.
- El reconocimiento del derecho de negociación tiene carácter, tanto en el sector privado como en el público, y sólo puede excluirse de su ejercicio a las fuerzas armadas, a la policía y a los funcionarios en la administración del Estado.
- La negociación colectiva tiene como objeto las condiciones de trabajo y empleo en sentido amplio, así como la regulación de diversas prestaciones entre las partes.
- Los acuerdos o convenios colectivos tienen carácter vinculante, deben poder fijar condiciones de trabajo más favorables porque en las establecidas por ley, no se debe dar preferencia a los contratos individuales respecto de los convenios colectivos, salvo lo que respecta a las disposiciones del contrato individual que sean más favorables.
- El ejercicio de derecho de negociación colectiva, exige para ser efectivo, que las organizaciones de trabajadores sean independientes y no estén colocadas bajo el control de un empleador o de una organización de empleadores, y, que el proceso de negociación colectiva se realice sin injerencia indebida de las autoridades.
- Es admisible que el sindicato que representa la mayoría de un porcentaje elevado de trabajadores de una unidad de negociación goce de derechos preferenciales o exclusivos de negociación.
- El principio de buena fe en la negociación colectiva entraña reconocer a las organizaciones representativas, realizar esfuerzos para llegar a un acuerdo, desarrollar negociaciones verdaderas y constructivas, evitar retrasos injustificados en la negociación y respetar mutuamente los compromisos asumidos, teniendo en cuenta los resultados de las negociaciones de buena fe.
- Dado el carácter voluntario de negociación colectiva, es un aspecto fundamental de los principios de la libertad sindical, la negociación colectiva no puede ser impuesta a las partes, el nivel de las negociaciones no debe ser impuesto unilate-

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

ralmente por la legislación o las autoridades, debiendo poder desarrollarse en cualquier nivel.
- Son admisibles la conciliación y la mediación impuestas por la legislación en el marco del proceso de negociación colectiva, si tiene plazos razonables.[28]

XI. Los sistemas de negociación en las relaciones laborales

No podemos iniciar el abordaje de la negociación como alternativa de solución válida al conflicto laboral, si no identificamos en primera instancia, las dimensiones de la complejidad de una relación laboral y sus implicaciones humanas; existen múltiples definiciones del sistema de relaciones laborales; la primera acepción las definiría como el conjunto de relaciones que se dan en el mundo del trabajo entre los sujetos individuales y colectivos que están vinculados entre sí por el trabajo dependiente, es decir, la correspondencia que se dan entre los actores principales que se relacionan en el mundo laboral.

Desde una perspectiva más amplia, las relaciones laborales también pueden considerarse como sociales originadas, desarrolladas y vividas en el contexto de una situación de trabajo, y más específicamente, de uno asalariado, que estará compuesto por relaciones sociales y mecanismos legales que las regulen; atendiendo a sus funciones, podemos definirlas como la forma en que se adoptan las decisiones para distribuir los frutos de la producción entre productores y aquellos que proporcionan los medios para que la misma se realice. En este sentido de trabajo subordinado, y considerando los intereses de las partes presentes, las relaciones laborales constituyen un sistema en el que sus actores deben alcanzar fines contradictorios, aunque no necesariamente excluyentes, cooperando unos con otros para alcanzar un acuerdo, o compromiso, que sea ventajoso para todos.

Resulta básico distinguir dos dimensiones fundamentales en todo sistema de relaciones laborales; una de cooperación, y otra

28 Gernison Bernand, Otero *et al.*, *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 119, núm. 1, 2005, p. 45.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

de conflicto; el peso, e influencia, de cada una de ellas puede variar dependiendo de la coyuntura socioeconómica de la empresa, sector o país, las cuales, tienen una gran importancia, puesto que de ellas depende el predominio de la paz, o del conflicto social.

Cabe destacar, que la cooperación es la que hace posible el desarrollo social y económico; es la acción conjunta de los distintos actores, de los agentes, que participan en la vida de la empresa. En el ámbito laboral, supone la contrapartida de la división social del trabajo, y es su complemento indispensable, la fuerza que permite la acción coordinada y mancomunada de los diferentes actores laborales. Asegurar la cooperación entre ellos, supone por lo tanto, reconocer la existencia de un conflicto subyacente, por lo que se necesita diseñar mecanismos que lo regulen.

A su vez, el conflicto también es inherente a las relaciones laborales, precisamente, tal como se indicó, la necesidad de establecer y regular estas, está basada en la existencia de posiciones diferentes; es necesario aceptar el hecho de que existe divergencia de intereses económicos entre empleadores y trabajadores, pero, también, y esto es importante, el conflicto tiene su raíz en la desigualdad entre empleador y trabajador.

La relación entre empresa, con capacidad de decisión y poder de organización, y el trabajador individual, está basada en la subordinación y no en el equilibrio; esto ha fundamentado de forma consistente el carácter esencialmente tutelar del derecho laboral. Para una mejor comprensión del proceso normativo, es preciso aclarar previamente, que las relaciones laborales constituyen un sistema, constituido por dimensiones principales:

a) Los actores principales que integran el sistema de relaciones laborales son los trabajadores y sus organizaciones; los empleadores y sus organizaciones y, el Estado. Los trabajadores son elemento esencial del sistema, y en especial, en su expresión colectiva, a través de las organizaciones sindicales; en la medida en que los trabajadores puedan hacer valer sus intereses y aspiraciones, podrán ser percibidos como parte esencial de la empresa; los empleadores juegan un papel principal, tanto en lo individual, como a través de las organizaciones

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

gremiales patronales, at través de grupos económicos o sectores productivos —origen del desarrollo económico y empresarial—, y que son fundamento de la dinámica de la empresa.

El Estado también juega un papel preponderante como empleador, y al momento de determinar la política laboral, tanto en la administración pública, como en las empresas del Estado. Su política de relaciones laborales constituye un punto de referencia para el conjunto del empresariado; pues, si estas, favorecen la participación, valoran la aportación de los trabajadores y son incentivadoras e integradoras, servirán de referencia para el sector privado y la economía en su conjunto. La participación del Estado puede hacerse tanto de forma indirecta, a través de su política económica, estableciendo límites mínimos y máximos para las negociaciones, así como directamente a través de la orientación de su política laboral; que también participa a través de su función de mediador y árbitro en las negociaciones.[29]

b) El ambiente externo en el desarrollo de las relaciones laborales se ve condicionado por múltiples factores externos, como lo es el ambiente, y en especial, el mercado de trabajo, el Estado y la política económica y social; además, existen factores de carácter internacional, como el proceso de globalización o integración económica.
c) Los mecanismos de regulación pueden ser impuestos desde el exterior a los actores que participan directamente en el sistema; es el caso de la intervención del Estado, en la fijación de determinadas reglas del juego legales o administrativas. Nos encontramos entonces, ante un sistema de relaciones laborales heterónomo.

Aunque también hay sistemas en los que las reglas de funcionamiento son acordadas y aplicadas por las mismas partes, o interlocutores sociales, cumpliendo el Estado un papel de garante, y eventualmente, de árbitro. Es lo que se denomina un sistema de

[29] Müller de la Lama, Enrique, *Relaciones laborales productivas*, México, Trillas, 2008, p. 24.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

relaciones laborales autónomo; no existe un sistema heterónomo o autónomo puro, por ello, es necesario determinar el grado de intervención o de autonomía para determinar su tendencia.

Como vemos, el sistema de relaciones laborales es una realidad compleja y sujeta a permanentes cambios, tanto de resultado de estrategias de los distintos actores, como de factores externos, que dan el desarrollo mismo de la economía, cambios políticos y jurídico-laborales, contexto internacional; así como, internos, es decir, actores sociales, y estructura económica, donde se desenvuelven.

XII. La negociación de los contratos colectivos

En términos generales, la negociación es el proceso por el cual, personas o grupos, intercambian ideas, con la intención de satisfacer necesidades y alcanzar una transacción o acuerdo que mejore su relación. En los contratos colectivos, es un proceso que se inicia formalmente con la petición, de una o ambas partes, de celebración o revisión del contrato colectivo en vigor, y termina, al llegar el sindicato y la empresa a un acuerdo final, que regirá sus relaciones por un tiempo determinado.

En el proceso intervienen como partes, personas o grupos representantes de los intereses de trabajadores y empresa. Las peticiones del sindicato, en la negociación, son normalmente presentadas como la necesidad de más salarios y prestaciones, que ayuden a sus miembros a vivir mejor y, las orientadas a alcanzar más participación en las decisiones del proceso económico. Las posiciones de la empresa se fundan en razones de permanencia, productividad, reducción de costos, mejores volúmenes de producción con más calidad, y en la revisión de cláusulas administrativas que dificultan su proceso productivo.

Una buena y mejorable negociación es aquella, en la cual, ambas partes satisfacen sus necesidades; por eso es tan importante prever y satisfacer las necesidades de quienes intervienen en el proceso. Los dirigentes del sindicato y la empresa tienen conocimiento pleno y constante de que, en caso de fracasar las negociaciones, el sindicato puede recurrir a declararse en huelga por tiempo indeter-

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

minado, colocando a la empresa en una posición de quiebra económica. La empresa puede también recurrir al cierre de la fuente de trabajo, por ser esta incosteable, o decidir no crecer y reducir la necesidad de trabajadores que laboren en ella. Los resultados de una buena negociación de un contrato colectivo, son muchas veces, influidos por una buena preparación, que antecede a la revisión y que además, deberá dar mayor poder de negociación.

Una buena preparación del próximo contrato colectivo, se inicia al terminar de revisar el anterior; esto quiere decir que, día a día, en la administración del nuevo contrato, tendremos problemas con diversas cláusulas, y lo mejor, es llevar una estadística de problemas por cláusula, analizando la causa del problema y buscando una futura solución. En muchos casos una sola palabra puede dar muchísimos trastornos en la vida diaria, si este es el caso, debe hacerse lo posible por cambiar o eliminar esa palabra que está haciendo daño. En esta revisión las quejas del sindicato, sobre cada cláusula, deben ser tomadas en cuenta; así como las demandas legales existentes, en relación a cláusulas del contrato colectivo en vigor.[30]

XIII. Conclusión

La sustitución de la relación laboral típica indefinida, o por tiempo indeterminado, a tiempo completo y de plantilla, está cediendo espacio a un nuevo prototipo de relación laboral temporal, parcial y externa, lo que supone una profunda transformación con efectos tanto a nivel individual como colectivo. Habrá que considerar, por lo tanto, los efectos sobre los individuos en el desarrollo personal, la estabilidad emocional, la integración social, en un mercado laboral, donde cada vez es mayor la inseguridad en el empleo e ingresos, tanto presentes, como futuros, dado que, en un mundo de empleo irregular, muchas personas pueden verse en dificultades para alcanzar una pensión digna. Debemos tener en cuenta también las implicaciones sobre las personas forzadas a turnos y horarios específicos, desde efectos sobre la salud, hasta dificultades en las

30 *Ibidem*, p. 45.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

relaciones sociales y familiares, o los costes de desarraigo familiar y cultural derivados de la movilidad geográfica; esto nos lleva a considerar que, desde la perspectiva social, no se deben olvidar los efectos sobre los grupos sociales que resultan desfavorecidos por estos procesos de flexibilización y como compensarlos.

Este tipo de medidas jugarían el papel que en otro tiempo jugaron las devaluaciones competitivas, con la diferencia de que, lo que actualmente se devalúa no es la moneda, sino las condiciones de trabajo de los trabajadores asalariados.

XIV. Bibliografía

Alemán Mena, Donald, *Derecho colectivo del trabajo*, Universidad Politécnica de Nicaragua, 2002.

Bejarano Coto, Óscar, *Estabilidad en el empleo, despido y flexibilidad laboral*, San José, Juritexto, 2003.

Castillo Guido, Óscar*, Memoria*, Managua, Unipoli, 2004.

Crudhen, Herbert, *Administración de personal*, México, South Western, 1999.

Climent B., Juan, *Derecho sindical*, México, Esfinge, 2002.

Galantino, Luisa, *Los principios de derecho del trabajo*, México, Trilllas, 2010.

Gernison Bernand, Otero *et al.*, *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 119, núm. 1, 2005.

Hermida, Óscar, *La flexibilidad*, Fundación de Cultura Universitaria, 2000.

Muller de la Lama, Enrique, *Relaciones laborales productivas*, México, Trillas, 2008.

Martínez y González, Arturo, *Reflexiones jurídicas laborales*, México, Trillas, 2010.

Rodríguez Valencia, Joaquín, *Recursos Humanos*, México, Trillas, 2002.

Reynoso, Castillo, Carlos, *Los contratos de trabajo*, México, Universidad Autónoma Metropolitana, 2011.

Rivero Medina, Jorge*, Relaciones laborales*, México, Tax, 2004.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Romero Betancourt, Samuel, *La administración de personal*, México, Cecsa, 2001.

Valdés Dal-Ré, Fernando, *Descentralización productiva y desorganización del derecho de trabajo*, Universo, 2000.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

LA DIFÍCIL CONDICIÓN DE "TRABAJADOR"

Néstor de Buen*

A Hugo Ítalo Morales, especialista de primera en el derecho del trabajo, con enorme afecto.

Sumario: I. *Un pequeño repaso histórico*. II. *Los antecedentes de los colegios romanos*. III. *Las guildas alemanas*. IV. *Las corporaciones de oficios*. V. *El Edicto* Turgot, *la Ley* le Chapelier *y el Código Napoleón*. VI. *Socialismo utópico*. VII. *Marxismo*. VIII. *Doctrina social de la Iglesia Católica*. IX. *Las legislaciones laborales*. X. *Sindicalismo*. XI. *La lucha de clases*. XII. *El conflicto jurídico*. XIII. *Economía informal*. XIV. *Los fraudes empresariales para disimular relaciones de trabajo*. XV. *Historia de la Ley Federal del Trabajo de 1970 y su interpretación*. XVI. *El* outsourcing.

I. Un pequeño repaso histórico

La historia del derecho del trabajo es, en el fondo, un repaso a la capacidad del hombre de pretender disimular la condición de un trabajador. Es evidente que el derecho del trabajo no puede separarse del concepto marxista de la lucha de clases y sus consecuencias legislativas; y no hay que ir muy lejos para comprobarlo, basta hacer una comparación entre las disposiciones de la

* Maestro emérito de la Universidad Nacional Autónoma de México.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Ley Federal del Trabajo (LFT en adelante), de 1931 y la de 1970, sin olvidar la aportación de la jurisprudencia al tema. Cualquier especialista en la materia, que pueda prescindir de su formación política, sabe que el mundo laboral es aquel en el que las realidades estorban a los propósitos fraudulentos de quienes, por vías distintas pretenden eludir las responsabilidades que derivan de las relaciones de trabajo.

En la biblia, el trabajo es un castigo, "ganarás el pan con el sudor de tu frente", lo que históricamente atribuye al trabajo una condición negativa. El antiguo testamento establece que, Dios condena a Adán a sacar de la tierra, "el alimento con grandes fatigas", y a comer el pan "mediante el sudor de tu rostro"; por lo que, en dicho libro, el trabajo se entiende como un castigo; pero, además, durante siglos, el trabajo no era tarea de los hombres normales, sino sólo de esclavos, que ni siquiera eran reconocidos como personas con derechos, pues eran simples objetos. A la esclavitud, sucedió la servidumbre, que ponía a disposición del señor feudal la fuerza de trabajo de sus campesinos, aunque ya no los considerase como objetos, y fue el advenimiento de la burguesía, el alejamiento de los campesinos de los feudos, y su concentración en poblaciones, lo que actualizó los viejos colegios romanos para transformarlos en *gildas* y en corporaciones de oficios. En estos colegios, había una subordinación a la enseñanza del maestro y la remota esperanza de ocupar algún día su lugar.

Aparece así la jerarquía laboral expresada por la escala gremial que distinguía a los maestros de los oficiales y los aprendices; pero en esa etapa, resulta importante destacar, que no existía el concepto de tutela laboral ya que lo único que preocupaba a los dueños de los talleres, era la calidad del producto pero no la condición del productor.

Esa característica de las corporaciones de oficios será heredada por las *gildas* germánicas, que no sólo reunían en festejos a los operarios, sino que también seguían reglas semejantes en cuanto a la jerarquía de los maestros.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

II. Los antecedentes de los colegios romanos

De acuerdo a la investigación de Guillermo Cabanellas,[1] el primer tipo de sociedad tiene su origen en la familia, que origina el clan, que está compuesto por seres que reconocen un antepasado común, siendo una familia agrandada que implica a los hijos casados y sus descendientes. En el clan también intervienen miembros adoptivos que pueden ser clientes, y que buscan la protección, o esclavos que fueron en un principio, prisioneros de guerra.[2]

Dice además, que el origen de las corporaciones de oficios se pierde en la noche de los tiempos; tal vez, a partir de la incertidumbre, se ha señalado que, en la antigua India había corporaciones (*sereni*), de agricultores, pastores, barqueros y artesanos, que se gobernaban por un consejo y tenían capacidad para contratar y comparecer en juicio.[3] Menciona además, corporaciones creadas por el pueblo judío desde el reinado de Salomón, y que en la antigua Palestina, se encontraron rastros de esas corporaciones.[4]

Estos institutos se van formalizando poco a poco hasta obtener su sanción en leyes. Cabanellas cita la Ley de Solón,[5] conservada por Gayo en el *Digesto*, que autorizaba a los distintos colegios a formar libremente sus estatutos, con tal de que no fueran contrarios a las leyes del Estado.

Fue muy importante el papel desempeñado por los colegios romanos, aunque Cabanellas pone en duda que en los colegios hayan tenido cabida, al mismo tiempo, los asalariados y obreros libres. "Parece que en sus comienzos se componían solo de trabajadores libres; pero que, con el tiempo, se incorporaron los libertos y aún los esclavos, especialmente en las ceremonias rituales".[6]

1 *Derecho sindical y corporativo*, Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1959, pp. 15 y ss.

2 *Ibidem,* p. 22.

3 *Ibidem*, p. 23.

4 *Idem*.

5 *De collegiis et corporibus*, lic. 47, tít. XXII, ley 4a.

6 Cabanellas cita como antecedente la obra de Antokoletz, *Tratado de legislación del trabajo*, Buenos Aires, pp. 25 y 26, t. 1.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Destaca el autor citado, que los colegios romanos eran casi siempre de carácter religioso, altamente limitados por el intervencionismo estatal, con un dios tutelar propio, y que perseguían la beneficencia entre los miembros, pero, pone en duda que sea el antecedente de las corporaciones de oficios.

III. Las *guildas* alemanas

Se afirma que las *guildas* (también denominadas *gildas*), nacieron influidas por las ideas cristianas de caridad y fraternidad, aunque en el fondo, no serían otra cosa que la corporación romana, cuyo modelo —importado por los apóstoles de la fe cristiana—, se habría transformado, según menciona Wilda, en las comarcas septentrionales.[7]

Es interesante transcribir un párrafo donde Cabanellas dice que, "Lo más cierto, sin duda, es que el nombre genérico de *gilda* sirviera para designar a instituciones diversas, con contenido religioso y social, del que debió derivar más tarde otro político, artesano, mercantil, etcétera".[8]

Las *gildas* se transformaron en entidades mercantiles, independientemente de las ideas cristianas de caridad y fraternidad, con la preocupación fundamental de asegurar a sus miembros la protección de las personas y sus bienes; aunque, solamente las de los artesanos podían considerarse como un tipo de organización laboral. Hasta antes del siglo XII, eran manifiestas, la esclavitud, la adscripción a la gleba, la servidumbre y el vasallaje, sustancialmente al servicio de una economía agrícola.

IV. Las corporaciones de oficios

En el siglo XII se inicia la era urbana o industrial, representadas por la artesanía y la pequeña industria; se produce —afirma Cabanellas—, una resurrección de la vida urbana, y al mismo tiempo,

7 Cabanellas, *op. cit.,* p. 29,

8 *Ibidem,* p. 30.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

un renacimiento del espíritu corporativo, que coincide con el crecimiento vigoroso de la industria y el comercio.[9] Fue de notable influencia la construcción de las catedrales, lo cual, se convirtió en una obra de fe; este corporativismo tuvo como base una virtud, la caridad; y, como divisa, un sentimiento: la fe.[10]

Este notable cambio en la economía, se vincula al ánimo de constituir agrupaciones de hombres libres, porque la corporación de oficios, junto con el gremio, los unifica, y "lo engrandece un ansia no igualada de libertad... fruto de la revolución comunal que tuvo por escenario ciudades de Francia, Italia y España y que simultáneamente adquiere mayor relieve cuando del comercio se trata".[11] Por ello, nacen las cofradías, y enseguida los gremios, y con ese motivo, se regula la producción, se fija la competencia, se determinan los precios, se facilita la distribución de la materia prima y se reglamenta el trabajo para evitar la superproducción y competencia desleal.

El desarrollo de las corporaciones de oficios, cuyo antecedente podría encontrarse en los colegios romanos y en las *guildas*, se vincula a transformaciones políticas con la aparición de los municipios, que fue el medio social en el que podrían brotar las corporaciones, dejando atrás los feudos y la servidumbre; se trata de hecho, de la revolución municipal que busca una dosis de libertad y autonomía.

De esa manera, la coincidencia en el oficio y religión, se enfrentan a la organización de los señores (la nobleza y los vasallos) que, unidos a los hombres libres, se coligaron por intereses comunes.

Cabanellas afirma que, de estas corporaciones, derivaron jerarquías, apareciendo los maestros como patrones poderosos, además de los compañeros, que integran la masa de asalariados miserables.

La construcción de las grandes catedrales provocó la reunión de trabajadores del mismo oficio, que unidos además, por la fe religiosa, formaron agrupaciones, que fueron el germen de las corporaciones de oficios.

9 *Ibidem*, p. 33.
10 *Ibidem*, p. 34.
11 *Ibidem*, p. 35.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

El autor citado invoca también a las cofradías, que reunían a los fieles de una misma devoción en el culto a una imagen venerada, semejantes pero no iguales a las *guildas*, ya que en las corporaciones prevalecía la coincidencia del oficio y en las cofradías dominaban los vínculos de sangre y amistad.

Repite Cabanellas una frase de Minguijón, en el sentido de que la cofradía buscaba al hombre y al cristianismo por medio de sus estatutos, en tanto que los del oficio en corporación, se dirigían al artesano y al ciudadano.[12]

Cabanellas define al gremio diciendo: "Se entiende por gremio la asociación de mercaderes y menestrales fundada con el objeto de establecer el régimen de sus oficios y regular las cuestiones relacionadas con el ejercicio de los mismos";[13] sin embargo, afirma también que, se trata de "verdaderas empresas de monopolio, industriales, comerciales, cooperativas, cívicas y religiosas",[14] lo que sin duda, aproxima a la concepción moderna de la empresa, como centro de explotación de la mano de obra.

La organización de las corporaciones era paralela a la del Estado; contaban con el Poder Ejecutivo, y estructura jerárquica; el Legislativo, que le permitía dictar sus propias normas; y, un Poder Judicial, que fiscalizaba la labor de sus integrantes, integrado por los maestros jurados.

Cabanellas resume los caracteres de las corporaciones diciendo, que eran de auxilio mutuo, con espíritu religioso desarrollado, al poner al gremio bajo la protección de un santo patrón; es decir, la vigilancia del trabajo y calidad de la producción, determinando las condiciones que debían reunir los miembros del gremio, fiscalizando su vida pública y privada, velando por la buena calidad de sus productos, practicando ayuda castrense, y poniendo de manifiesto su carácter local.[15]

Desde luego que los gremios tenían personalidad jurídica, patrimonio propio y capacidad para contratar; el problema que ge-

12 Cabanellas, *Historia del derecho español*, Barcelona, 1927, p. 42.
13 *Ibidem*, p. 43.
14 *Ibidem*, p. 44.
15 *Ibidem*, pp. 49 y 50.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

neraron fue, que desde los colegios romanos, la afiliación a un colegio, y posteriormente a una corporación, resultaba obligatoria de por vida, de tal manera que estaba en juego la libertad de los hombres, por el hecho de incorporarse a un colegio o a una corporación. Es de advertir que en Roma, el emperador Vespasiano liberó a los miembros de los colegios del servicio militar, pero no de la vinculación al colegio, y esa situación se mantuvo por muchos años —siglos inclusive—, lo que atentaba contra la libertad.

No es de extrañar que, al sobrevenir la revolución en Francia, en 1789, las nuevas ideas liberales impregnaron todas las actividades del hombre, sobre todo aquellas que atentaban en contra de la libertad; no tardó el Estado, nacido de la revolución, en tomar medidas contra esas restricciones.

V. El Edicto Turgot, la Ley *Le Chapelier* y el Código Napoleón

La condición particular de los gremios derivaba estrictamente de la energía personal y los atributos de la mano de obra. Con un sistema jerárquico intenso que se preocupaba, sobre todo por la calidad de los productos fabricados, y por lo mismo, de la materia prima; el descubrimiento del vapor a mediados del siglo XIX, vinculado a las ideas políticas derivadas de la Revolución francesa de 1789, con su canto a la libertad, provocaron la preocupación del Estado burgués por un sistema que atentaba en contra de la libertad del hombre, al vincularlo al gremio de por vida. Lo que provocó el dictado del Edicto Turgot por el Parlamento francés, el 12 de marzo de 1776, cuyo objetivo principal era respetar la libertad de trabajo de cada individuo, esto provocó, que el 17 de marzo de 1791, entrara en vigor la ley que suprimía las corporaciones y el monopolio para trabajar, decretándose la libertad de trabajo como norma suprema. Poco después se aprobó la Ley *Le Chapelier*, que eliminó todo tipo de corporaciones del mismo Estado social, o profesión, prohibiendo que se constituyeran para la defensa de los intereses comunes, sosteniendo que el único interés protegible, sería el de cada individuo.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Todo ello era posible por una cuestión técnica; es decir, el descubrimiento de la energía del vapor, que dio origen a la Revolución Industrial, y colocaba a los trabajadores en un segundo plano. Al desaparecer las corporaciones, los trabajadores se encontraron sin defensas frente al patrón, y ese fue el principio de la organización sindical que, mediante la agrupación de la mano de obra, pretendió recuperar la fuerza que le permitiría fijar las condiciones de trabajo.

No olvidemos que la Ley *Le Chapelier*, prohibía ese tipo de organizaciones, y que el Código Penal francés de 1810, incorporó el delito de coalición, lo que se tradujo en corrientes doctrinales que hicieron valer los derechos de los trabajadores. Es indudable la influencia del Edicto Turgot en la prohibición de las corporaciones, y años después, la de la Ley *Le Chapelier*, y finalmente del Código Penal de 1810.

Es obvio que las disposiciones legales puestas en vigor, impidieron el ejercicio de derechos de los trabajadores, lo que dio motivo para la formación del socialismo utópico, y fue el antecedente del socialismo materialista que encabezaban Carlos Marx y Federico Engels. El concepto de lucha de clases adquirió importancia por cuanto reflejó claramente la realidad de la situación.

Hay que destacar "El movimiento de los iguales", que encabezó Charles Babeuf, y que le costó la guillotina el 28 de mayo de 1797. A principios del siglo XIX se produjeron movimientos sociales, y al mismo tiempo, disposiciones legales que trataban de eliminar el nuevo fenómeno. Son particularmente relevantes las actuaciones de los socialistas utópicos, materialistas históricos, anarquistas y los social-demócratas, que creó y dirigió Ferdinand Lasalle; y a lo largo del siglo XIX, se fueron borrando las reglas antisindicales, pero subsistió el enfrentamiento clasista.

VI. Socialismo utópico

Se podrían considerar como etapas importantes en el siglo XIX, el fenómeno de la guerra franco-prusiana, que culmina con la derrota de Napoleón III, en Sedán, el 2 de septiembre de 1870; y, el estallido de la revolución en París el 4 de septiembre, que derrum-

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

ba el Imperio, proclama la República, y nace la Comuna de París, la cual, viene modifica los símbolos del poder imperial. Entre otras cosas, se acuerda quemar públicamente la guillotina y demoler la columna triunfal de la *Place Vendöme*, fundida con el bronce de los cañones tomados por Napoleón, después de la guerra de 1809. La experiencia de la comuna concluye el 28 de mayo con un asesinato colectivo de los prisioneros, que tiene lugar en el Muro de los Federados del cementerio del *Pére Lachaise*, y el triunfo absoluto del mariscal Thiers.

En esa etapa surgen ideologías sociales, particularmente en Francia, pero también en Inglaterra, y lo que Carlos Marx denominó, socialismo utópico; sus principales representantes fueron Fourier, el conde de Saint Simon, Cabet y Sismondi, sin olvidar al inglés Robert Owen, quien de hecho, trató de poner en práctica en los Estados Unidos las ideas de Fourier, acerca de la formación de un falansterio, aunque, no le fue bien.

La división del trabajo, para no hacer incómoda la tarea de trabajar, fue uno de los principios asumidos por lo utopistas; Fourier, propuso además, que el trabajo sucio fuera hecho por niños acostumbrados a la suciedad. Pero de hecho, el socialismo utópico lo que trajo a colación, fue la injusticia del trabajo asalariado y la necesidad de delegar, en los propios trabajadores, el objeto de su actividad, y seguramente su beneficio.

Es el tiempo de Carlos Marx, que de acuerdo a C. Wright Mills,[16] participa de manera importante en la creación de la Primera Internacional (1864), cuyos estatutos redacta, y enfrenta conflictos con hombres notables como Proudhom y Bakunin. La Segunda Internacional, ya sin Marx, nacerá entre el 14 y 21 de julio de 1889, contándose entre sus fundadores, nada menos que, a Pablo Iglesias, fundador del Partido Socialista Obrero Español (PSOE), en España.

El siglo XIX presenciará también el nacimiento de la doctrina social de la Iglesia Católica a partir de la encíclica *Rerum novarum* que, fundada en la caridad, y que pronto demostró su inefi-

16 *Los marxistas*, México, 1964, p. 32; quien califica a Marx de "moralista laico, ateo que considera la religión como un fraude intelectual y una trampa política, así como un medio de explotación tanto psíquica como material".

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

cacia; se continuó con una serie de encíclicas, entre las que cabe destacar, *Mater et magistra*, del Papa Juan XXIII, que de hecho confirma la tesis de la democracia cristiana, a la que ciertamente, le faltaría algún medio coactivo para hacer eficaces sus principios. Hasta la fecha sigue siendo un catálogo de principios de buena fe, pero sin valor práctico.

No puede olvidarse la socialdemocracia de Ferdinand de Lasalle, lo cual, que genera en Alemania un profundo sentimiento social. Es paradójico que, encabezando los social demócratas una rebelión contra el poder que representaba el canciller de hierro Otto Von Bismark, después de la derrota de los socialistas, este logrará crear la seguridad social (1881), probablemente como un escudo de defensa ante la inquietud de la sociedad.

La Primera Guerra Mundial (1914-1918), dará origen en Rusia, el establecimiento de un régimen socialista, que encabezará Lenin; en algún momento, este logra hacer la paz con Alemania y separarse de la guerra. Pronto intervienen los Estados Unidos de Norteamérica, refuerzan a los aliados y contribuyen, sin la menor duda, a la derrota de Alemania.

Es particularmente importante para el derecho del trabajo, el Tratado de Paz de Versalles (1919), que da origen a la Organización Internacional del Trabajo (OIT), y que viene a crear una legislación internacional montada en convenios y recomendaciones aprobadas por delegaciones nacionales, integradas en forma tripartita, pero que hoy constituyen una fuente de derecho de valor muy especial; la jurisprudencia mexicana ha resuelto que esos convenios están por encima de las leyes nacionales, lo que es particularmente importante.

Alberto Trueba Urbina, siempre sostuvo que el Tratado de Versalles se inspiró en el artículo 123 constitucional, supuestamente conocido por Samuel Gompers, líder de la *American Federation of Labor* (AFL). Pudiera ser cierto, pero no hay que olvidar que los Flores Magón inspiraron dicho artículo, basados en el Plan del Partido Liberal de San Luis Missouri que ellos redactaron, inspirados a su vez, en la Declaración de Principios de la Segunda Internacional, lo que permite pensar, que Versalles tuvo en consideración esa misma declaración. De ahí la coincidencia.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

VII. Marxismo

C. Wrigth Mills señala que, la figura de Carl Marx no es precisamente la de un hombre solo; siempre en segundo lugar, pero incorporado a él de modo indisoluble, está Federico Engels. Además, también dice de Marx, que es un moralista laico, un ateo que considera a toda religión, como un fraude intelectual y una trampa política; y a fin de cuentas, un medio de explotación, tanto psíquica como material.

Marx creía en la razón humana y la libertad como una de sus condiciones y consecuencias; por ello, dice Mills, que Marx es cabal, y consecuentemente humanista; y, considera que la libertad es la condición para la utilización de la razón, y además, cree que la democracia sólo será posible cuando el Estado y las clases sociales desaparezcan.

Afirma Mills que los ideales positivos de Marx, constituyen una valiosa contribución a la tradición humanista, y que encarna el legado de las imágenes clásica, judaica y cristiana de la condición humana. Además, Mills reitera que, "Moralmente considerados, los principios de Karl Marx se encuentran claramente entre los principios animadores de la civilización occidental.

El detalle de los principios marxistas, y su crítica al capitalismo, absolutamente fundada, pueden verse en mi *Derecho del trabajo*.[17]

VIII. Doctrina social de la Iglesia Católica

Evidentemente la Iglesia católica no quiso quedarse atrás en la preocupación por las condiciones de trabajo; por lo que corresponde a León XIII iniciar el camino, de lo que habría de considerarse la doctrina social de la Iglesia Católica con la encíclica *Rerum novarum*, seguramente inspirada en la etapa en la que el cardenal Pecci (después León XIII), tuvo oportunidad de conocer el problema cuando fue nuncio papal en Bélgica, de 1843 a 1846,

17 De Buen Lozano, Néstor, *Derecho del trabajo*, México, Porrúa, 1976, pp. 160 y ss., t. II.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

en plena crisis económica. Entonces escribe, en su paso por Londres, un texto significativo, que dice:

Cuántas lamentaciones y cuántos solemnes pesares no hemos oído incluso en estos países que llevan la fama de ir a la cabeza de la civilización, con relación al número exagerado de horas de trabajo impuestas a los que deben ganar el pan con el sudor de su frente.[18]

De las encíclicas posteriores, merece especial mención la denominada *Mater et magistra*, de Juan XXIII, de mucho mayor contenido social; y la *Populorum progresio*, de Paulo VI, aunque no tuvo la misma trascendencia.

IX. Las legislaciones laborales

A finales del siglo XIX y principio del XX, empiezan a redactarse leyes laborales; nada menos que en México, entra en vigor la Ley de Accidentes de Trabajo en el Estado de México, promulgada por el gobernador Vicente Villada (30 de abril de 1904); y la dictada para el estado de Nuevo León por el gobernador, general Bernardo Reyes el 9 de noviembre de 1906. Ambas se inspiraron en una ley belga del Rey Leopoldo II, del 24 de diciembre de 1903.

Debemos reconocer que en México ya existía un movimiento obrero importante con la creación de "El gran círculo de obreros", vigente en 1870 y la Gran Confederación de las Asociaciones de Obreros Mexicanos, nacida en un congreso celebrado en 1876, si bien, es notable la influencia de mutualistas y cooperativistas; se produjeron inclusive, acontecimientos de rebeldía obrera como la huelga de sombrereros de 1875 y el movimiento de Pinos Altos de 1883.

No hay que olvidar que, a principios de siglo, se llevan a cabo la huelga de Cananea y el movimiento de Río Blanco, rotundamente reprimidos.

Durante la revolución, especialmente en la época en que Carranza trata de derrocar a Victoriano Huerta, se dictaron múltiples leyes de trabajo por gobernadores militares; merece especial aten-

18 S. H. Scholl, *Historia del movimiento obrero cristiano*, Barcelona, 1964, p. 30.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

ción, la Ley del Trabajo de Yucatán, debida a la inteligencia de Salvador Alvarado, y que tuvo tan positiva influencia en la Constitución de 1917.

Durante el gobierno de Madero, se creó el Departamento del Trabajo (*Diario Oficial* del 18 de diciembre de 1911), con capacidad jurisdiccional. El mismo Carranza dictó un decreto, estableciendo un tribunal de trabajo de escasos alcances y con un procedimiento sumarísimo (27 de noviembre 1917).

Un acontecimiento, de singular importancia, se produjo cuando estalló una huelga promovida por la Federación de Sindicatos Obreros del Distrito Federal, con la importante intervención del Sindicato Mexicano de Electricistas (SME) que podía afectar, según Carranza, a las fábricas militares; pues, en ese momento, se había presentado una invasión norteamericana.

Carranza, violando todas las reglas de la Constitución de 1857, sometió a los dirigentes sindicales a un juicio ante un jurado militar; curiosamente, el licenciado y Coronel Antonio Villalobos, que fungió como agente del ministerio público, dictó conclusiones absolutorias, que hizo suyas el jurado. Carranza sancionó a Villalobos, e integró otro jurado, el cual absolvió a todos los procesados menos al secretario general del Sindicato Mexicano de Electricistas (SME), Ernesto Velasco, al que condenó a muerte, el cual, fue salvado por la intervención del General Álvaro Obregón, y se le conmutó la pena, por 20 años de prisión; pero, no los cumplió, porque al aprobarse la Constitución del 5 de febrero, esta, convirtió al derecho de huelga, en garantía constitucional, y quedó en libertad. Lo que en todo caso se comprobó, fue el carácter represor y reaccionario de Carranza.

Debemos recordar que en esos mismos tiempos, se aprobaron varias constituciones, entre ellas la de la Unión Soviética el 19 de julio de 1918; la Constitución de Weimar en Alemania el 11 de agosto de 1919; y, en España, el 9 de diciembre de 1931, la Constitución republicana. Las tres, de espíritu solidario con los trabajadores.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

X. Sindicalismo

Quizá el movimiento obrero mexicano surja con mayor impulso, al fundarse la Casa del Obrero el 24 de agosto de 1912, que posteriormente asumiría el nombre de Casa del Obrero Mundial el 27 de mayo de 1914; precedida por los acontecimientos de Cananea y Río Blanco, y bajo la influencia del Partido Liberal, fundado por los hermanos Flores Magón (1o. de julio de 1906), cuyo programa tenía a su vez, antecedentes en la Declaración de Principios de la Segunda Internacional. Antes, en la última etapa del porfirismo, la violencia en contra de los trabajadores, había sido la nota; sin embargo, desde el 1o. de mayo de 1913, una comisión de diputados había solicitado que se reglamentara la jornada de ocho horas, e indemnizaciones por riesgos de trabajo, además del reconocimiento de las directivas sindicales. Pero todo ello se logró, a partir del Plan de Guadalupe (26 de marzo de 1913), curiosamente por iniciativa de Venustiano Carranza, que nunca demostró el menor espíritu social. La realidad es que, tal vez con la excepción de Emiliano Zapata, los revolucionarios lucharon por el poder, no por una revolución social.

Sin embargo, el sindicalismo empezó a asumir fuerzas y participó con entusiasmo, tanto en la formación de leyes laborales, como en la creación de organizaciones obreras, sobre todo, a partir de la segunda decena del siglo XX, particularmente a partir de la promulgación de la Constitución de 1917. En 1918 nace la Confederación Regional Obrera Mexicana (CROM), fundada por el III Congreso Nacional Obrero, que se declaró propicia al internacionalismo proletario. Su máximo dirigente, Luis N. Morones, desempeñó un papel importante en el sindicalismo; llegó a ser secretario de Industria en el gobierno de Calles, y más adelante, gerente de la Compañía Telefónica y Telegráfica Mexicana, director general de los Establecimientos Fabriles Militares con Obregón; luego, diputado federal, y con el presidente Calles, ministro de Industria, Comercio y Trabajo. Compartió además, con Calles, el destierro a que los condenó el presidente Cárdenas, y vió perder fuerza política a su central, la CROM, cuando Lombardo Tole-

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

dano, a instancias de Lázaro Cárdenas, crea la Confederación de Trabajadores de México (CTM).

Antes, se había formado la Confederación General de Trabajadores (CGT), nacida a impulsos de la Federación Comunista del Proletariado Mexicano (22 de febrero de 1921, partidaria de la acción directa revolucionaria, la abstención de intervenir en política, a través de un partido de cualquiera de sus miembros, el internacionalismo proletario, el repudio a la Confederación Regional Amarilla y a la Federación Americana del Trabajo, la adhesión a la Internacional Roja de Sindicatos y Uniones de Trabajo, y de manera general, en lucha contra el capitalismo. Entre sus miembros se encontraban algunos antiguos afiliados a la Casa del Obrero Mundial, con ideología entre anarquista y comunista, declarando a la CGT, rebelde, antiestatal y libertaria.

La CROM sufre una escisión, y se constituye la Federación Sindical de Trabajadores del Distrito Federal, declaradamente antimoronista, en un manifiesto que firmarán Fidel Velázquez y Jesús Yurén.

En 1929 culmina el período de afirmación burguesa; se había superado la rebelión cristera, y a partir de ese momento, la izquierda estorba; se proscribe el Partido Comunista y se reprime a sus miembros.

Emilio Portes Gil rompe relaciones con la Unión Soviética, y en ese ambiente, se prepara la federalización de la legislación laboral, lo que da origen a la Ley Federal del Trabajo de 1931 (LFT).

Los efectos fueron positivos para los trabajadores propiciando la paz social pero no impidió el surgimiento de un sindicalismo entreguista. Debe recordarse que, durante su vigencia, Cárdenas luchó en contra de la CROM, pero provocó el nacimiento de la CTM en 1936, cuyos actos han sido notablemente perjudiciales para los trabajadores; no obstante, Cárdenas, con el apoyo de Lombardo Toledano repudia a la sociedad burguesa, que califica de fascista. Entre tanto, expulsa a Calles del país, apoya la reforma agraria y brinda la ayuda de México a la España republicana, tanto durante la guerra civil, como admitiendo un amplísimo exilio de republicanos.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

XI. La lucha de clases

Todo el proceso de formación de sindicatos, políticas, en parte partidarias de los trabajadores, y la afirmación del capitalismo, van a provocar la muy clara definición de las clases en pugna. Los sindicatos sustituyen, en cierto modo, a las viejas estructuras, formadas desde el Imperio romano y hasta mediados del siglo XIX, donde la Revolución Industrial altera las condiciones de trabajo, provocando una mayor explotación de la clase obrera.

El antiguo maestro se ha convertido en industrial, y su espíritu contradictorio, con los intereses de los antiguos compañeros, define claramente las políticas sociales.

La Revolución francesa genera una nueva concepción, y consciente del conflicto de intereses con los trabajadores, dicta leyes represivas, convirtiendo en delito la formación de agrupaciones de los trabajadores. Se invoca el principio de igualdad para justificar las jerarquías en las empresas; los empresarios asumen el privilegio de fijar las condiciones de trabajo; y así el viejo espíritu de convivencia de las corporaciones de oficios y gremios desaparece, para transformar la relación obrero-patronal, en una clara jerarquía, que provoca la presencia de teorías sociales inconformes con la nueva forma de explotación. El concepto de lucha de clases aparece en plenitud y el enfrentamiento entre ellas, se convierte en la condición más evidente del proceso productivo.

Las consecuencias de la lucha de clases también se manifiestan en el orden político con la formación de agrupaciones sindicales, y con la declaración legal de los derechos fundamentales de los trabajadores; el documento fundamental será el Tratado de Versalles, que dará origen a la OIT; lo que no impide que, dentro de cada país, no obstante ser miembro de la OIT, y haber suscrito sus convenios, la violación de los principios sea la nota común.

El capitalismo fija las condiciones de trabajo que se justifican en las crisis constantes, que sufre y provocan desempleo y plena inconformidad; se modifican las leyes de trabajo, pero no se cambia la práctica del enfrentamiento de clases.

La seguridad social, el descubrimiento más importante después de la Segunda Guerra Mundial, se convierte en víctima de los in-

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

cumplimientos empresariales que invocan el pretexto de la falta de mercados por las crisis; esto dará origen a nuevas formas de trabajo, al margen de la seguridad social.

XII. El conflicto jurídico

La situación de inconformidad social, que provoca la condición precaria de las economías, va a generar una nueva forma de lucha de clases; su finalidad principal, es el ocultamiento de las relaciones laborales, transformándolas en relaciones civiles o mercantiles, que quedan al margen de la protección de las leyes del trabajo y la seguridad social. Los trabajadores se convierten en contratistas o profesionales al servicio de las empresas; se eliminan también, el concepto de salario y sus consecuencias; desaparecen las jornadas de trabajo, y las horas extra; los días de descanso; las vacaciones y aguinaldo; y, por supuesto, la participación en las utilidades.

El cooperativismo asume una nueva forma al servicio del capital, y los sindicatos protagonizan a favor de las empresas, sus nuevos mecanismos defensivos.

No puede olvidarse, lo que ocurre frecuentemente, en la existencia de los denominados sindicatos corporativos, que están siempre al servicio de las empresas. Debemos reconocer que, en muchas ocasiones, las propias leyes, supuestamente tutelares de los trabajadores, propician el establecimiento de contratos colectivos de trabajo con protección que sólo vela por la coincidencia de intereses entre el empresario y un supuesto dirigente sindical, apoyados en leyes que olvidan la condición tutelar de los trabajadores, para ponerse al servicio de los patrones; lo que ampara un sistema de justicia laboral que convierte a los tribunales del trabajo, en servidores de los empresarios.

El Estado se inclina a favor de quienes le pagan impuestos y cuotas de la seguridad social y olvida la condición supuestamente tutelar de los trabajadores y de las normas que los rigen. La complicidad política entre el Estado y empresarios, resulta cada vez más notable.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

XIII. Economía informal

Una consecuencia de esas maniobras, ha sido el crecimiento en México de la economía informal. En una reunión dramática por la falta de empleo y las necesidades familiares de la clase obrera, se recurre con frecuencia a convertir, en supuestos empresarios, a quienes se acercan a una fábrica de productos vendibles en la calle, (juguetes, lotería, alimentos informales [chicles, papas, cacahuates, dulces, periódicos y revistas y otros muchos], para ofrecerlos a transeúntes y automovilistas, de preferencia). Es evidente, aunque no se le de esa forma, que se trata de verdaderos agentes a comisión, que adquieren por sí mismos (tal vez a crédito), la mercancía, pero que no son considerados trabajadores de las fábricas, pues no están inscritos en el seguro social, ni tienen prestación alguna de las previstas en la LFT; obviamente, no están sujetos a jornadas de trabajo, días de descanso, vacaciones, aguinaldo, ni nada que pueda significar una relación laboral con su proveedor. Pueden ser, igualmente lava carros, depositarios, o simplemente, vigilantes de vehículos que se estacionan en la calle; los primeros reciben la prestación económica a través de la diferencia, entre el precio que pagan por la compra de los productos y el de su venta; los otros, que suelen tener ingresos más altos, aunque tal vez menos frecuentes, por las propinas que dan los usuarios de sus servicios. Desconocemos si existan estadísticas sobre el volumen de esos trabajadores informales, pero su existencia es más que evidente; y ahí, el derecho del trabajo no tiene nada que hacer.

Curiosamente, los vendedores de periódico y revistas, están absolutamente organizados y sujetos a las reglas de su agrupación la que distribuye los puntos de venta, y seguramente, percibe una cantidad mensual por hacerlo; los demás, actúan por la libre, salvo compromisos verbales que tengan establecidos con los proveedores.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

XIV. Los fraudes empresariales para disimular relaciones de trabajo

Hay por supuesto varias maneras de pretender disimular las relaciones de trabajo; en general, tienen el riesgo de que, en un conflicto, ante un tribunal de trabajo, se ponga en evidencia la maniobra; sin embargo, son riesgos que se asumen porque, en última instancia, cualquier resultado contrario en un juicio laboral tiene remedio (a veces no tan grato), mediante la celebración de convenios en los que, a cambio de una cantidad que no representa el cien por ciento del adeudo, se obtiene del trabajador un finiquito suficientemente amplio.

Tradicionalmente la fórmula ha consistido, si se trata de un trabajador que vende, celebrar un contrato de comisión mercantil y registrar los pagos correspondientes en la contabilidad como comisiones; en otras ocasiones, por ejemplo, tratándose de servicios profesionales, se celebran contratos civiles de prestación de servicios, que se documentan mediante recibos que cumplen formalmente con los requisitos fiscales. Ahora, la imaginación empresarial —no necesariamente original, a veces solo copia de lo que se hace en otros países—, consiste en alquilar personal de una empresa que, a cambio de una comisión, proporciona los trabajadores a otra empresa en un supuesto contrato de arrendamiento; es lo que ahora se llama *outsourcing*, y que trataremos con detalle al final de este estudio.

Son tal vez, soluciones heroicas, pero forman parte de nuestra idiosincrasia laboral, siempre atrevida y capaz de correr riesgos. Tiene un buen pretexto: la falta de empleo lleva a los trabajadores a aceptar ese tipo de remedios; entre nosotros ha provocado cambios sustantivos en las leyes, particularmente entre 1931 y 1970, que veremos a continuación.

XV. Historia de la Ley Federal del Trabajo de 1970 y su interpretación

La LFT de 1931 tuvo la gracia de pretender reglamentar las disposiciones del artículo 123 constitucional; no lo hizo tan mal,

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

particularmente en cuanto a las condiciones de trabajo y derechos de los trabajadores en caso de despidos injustificados o rescisiones intentadas por los propios trabajadores en caso que el patrón vulnerara sus derechos. Pero dejó abiertas las posibilidades de que se disimularan las relaciones de trabajo, disfrazándolas de comerciales o relaciones de servicios civiles; por otra parte, instauró un sistema de derecho colectivo muy propicio para fraudes, y en particular, la aparición de contratos colectivos de trabajo de protección independientemente de que en materia de autoridades de trabajo, mantuvo el imperio del Estado con el auxilio sospechoso de los organismos empresariales.

Sin embargo, fue notable el establecimiento de mecanismos propicios para disimular las relaciones de trabajo, dejando abierta la puerta para su sustitución formal por relaciones mercantiles o civiles. En materia procesal, las reglas facilitaron la situación de los patrones, siguiendo los principios favorables a los empresarios, en lo que se refiere a la carga de la prueba. La simple negativa de la existencia de una relación de trabajo o de despido, mismo se convirtió en el instrumento de mayor uso en la defensa de los intereses patronales.

La reforma de 1970 cambió un tanto las cosas, la creación de un título sexto, dedicado a los trabajos especiales. Fue esencialmente favorable para la situación procesal de los trabajadores, particularmente los de confianza, de buques, tripulaciones aeronáuticas, trabajo ferrocarrilero, autotransporte, maniobras de servicio público en zonas bajo jurisdicción federal, trabajadores del campo, agentes de comercio y otros semejantes; deportistas profesionales, actores y músicos, trabajo a domicilio, trabajadores domésticos, trabajo en hoteles, restaurantes, bares y otros establecimientos análogos e industria familiar. Posteriormente se incorporaron a esas especialidades los médicos residentes en una especialidad y los trabajadores en las universidades e instituciones de educación superior, autónomas por ley.

No obstante, en materias tan importantes como el registro de los sindicatos y la toma de nota de sus directivos se mantuvo bajo el control de las autoridades, gracias a interpretaciones interesa-

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

das de estas, dando lugar a una notable violación del convenio 87, de libertad sindical de la OIT, que deja a las organizaciones sindicales bajo un control ilegal, pero funcional del Estado y sus empresarios consentidos, que suelen serlo todos.

La reforma de 1970 no contempló, en lo esencial, cambios importantes en materia procesal, salvo la reunión en una sola audiencia de las etapas de conciliación, demanda y excepciones, ofrecimiento y admisión de pruebas; en cambio, la reforma de 1984, obra de Jorge Trueba Barrera por instrucciones del secretario del trabajo, Pedro Ojeda Paullada; con el auxilio de algunos funcionarios de la secretaría, vino a revolucionar el procedimiento laboral de manera particular, en la distribución de la carga de la prueba (artículo 784), que quedó sustancialmente bajo la responsabilidad del patrón.

Todo ello nos lleva a una conclusión: nuestra legislación laboral es generosa con los trabajadores en el derecho individual y en el procesal, pero deja mucho que desear en materia administrativa y en el derecho colectivo, propicio a todo tipo de maniobras en contra de los trabajadores y sus organizaciones sindicales.

XVI. El *outsourcing*

Se trata sin duda, de una institución relativamente novedosa; suele compararse con la intermediación, que consiste en la designación por una compañía especializada, en contar con candidatos a ocupar puestos en otra empresa. La LFT regula esta institución con modalidades particulares en los artículos 13, 14 y 15 en los que, en sustancia, establece una responsabilidad compartida entre la empresa proveedora del trabajador y la receptora.

Sin embargo, ahora tiene un significado especial, y se ha convertido en un sistema para que las empresas puedan tener costos menores de mano de obra.

La fórmula, en lo esencial, consiste en que una empresa supuestamente establecida, titular de un contrato colectivo celebrado con un sindicato cómplice, proporcione en verdadero arrendamiento a sus trabajadores a otra empresa productora, que necesita de mano de obra más barata. La empresa proveedora habrá celebrado un

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

contrato colectivo de trabajo, conveniente a sus intereses con un sindicato no representativo, que además, ofrece los servicios de esos trabajadores a una empresa productora para que laboren con ella sin generarse una relación de trabajo, en la cual, la empresa proveedora asume todas las responsabilidades derivadas de la relación de trabajo establecida con la receptora.

El que no se establezca una relación de trabajo, por lo menos en apariencia, se determina que la empresa receptora no inscribirá a esos trabajadores en el seguro social, y podrá disponer de ellos como mejor le convenga, despidiéndolos si lo considera oportuno, en virtud de que la proveedora se ha comprometido, inclusive otorgando garantías, a responder de cualquier contingencia que pueda presentarse. De la misma manera, tampoco estará obligada a repartir utilidades a esos trabajadores alquilados porque se supone que no son sus trabajadores.

Es evidente que los trabajadores así contratados percibirán salarios de menor cuantía, y no disfrutarán de las prestaciones de los trabajadores directos de la empresa arrendataria, ni se les considerará que forman parte del escalafón.

Habitualmente este sistema se sigue en empresas que adquieren de un tercero, las partes de sus unidades, las exportan a la planta principal donde las arman, y generan el producto definitivo con su propia marca. Esto inclusive, hace que la relación se establezca con empresas de otra nacionalidad, cuyos trabajadores, están recibiendo en su país un salario notablemente inferior al del lugar en que se arma finalmente el producto.

El resultado de que se reciban las partes, probablemente de diversos orígenes, generará un costo de importación que quedará justificado por lo bajo de las condiciones de trabajo. La empresa proveedora o arrendataria se hará cargo del pago de los salarios, obviamente con recursos recibidos de la armadora, que incorporarán una sustancial comisión para la arrendadora; por supuesto que esta se habrá establecido de la manera más modesta generando con ello una utilidad mayor.

Aunque en su origen se puede producir el *outsourcing* libremente, traducido como provisión externa, en México se ha llevado al extremo de que la empresa proveedora de la mano de obra,

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

esté también instalada entre nosotros, inscrita en el seguro social y con un contrato colectivo de trabajo de protección que salve a la arrendadora de emplazamientos a huelga y de las consecuencias de inspecciones de cualquier tipo. Es nota importante el compromiso de la proveedora para cambiar a cualquier trabajador que a juicio de la arrendataria le cause algún problema.

Es claro que este sistema parte del principio de que la relación laboral se establece por el servicio, aunque no por la documentación; entre nosotros no puede dudarse de que el sistema viola lo previsto en el artículo 14 de la LFT, y omite la regla general prevista en el artículo 21, que presume la existencia de una relación de trabajo entre el que presta un servicio personal y quien lo recibe, pero las formalidades externas procuran amortiguar sus efectos. Y en todo caso el proveedor garantiza al receptor la reparación de cualquier daño o perjuicio.

Lo que es evidente, es que cabe poner en duda la condición tutelar en favor de los trabajadores del derecho del trabajo. La alianza evidente, al menos en México, entre el Estado y los empresarios, con un sistema jurisdiccional hecho para servir a los intereses capitalistas, ha convertido a la relación de trabajo en una aventura de destino incierto. Sería necesaria realmente, una transformación absoluta del sistema para que el derecho del trabajo pudiese recuperar su viejo prestigio. Lo que habría que buscar sería una fórmula que no pudiese quedar afectada por los manejos del Estado capitalista. La experiencia demuestra de sobra que, esa es una pretensión de muy pocas alternativas.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

LOS COSTOS DE LA IMPREVISIÓN

Carlos de Buen Unna*

> Aquella mina, abierta en el fondo de un precipicio, con sus construcciones monótonas de ladrillos, elevando su chimenea de aspecto amenazador, le parecía un animal extraño, dispuesto a tragarse hombres y más hombres (*Germinal*, Èmile Zolá).

Sumario: I. *Prólogo*. II. *La previsión social: un tema incómodo*. III. *La norma previsional: letra muerta o moribunda*. IV. *El verdugo*. V. *Los costos económicos y sociales de la imprevisión*. VI. *Alcances y ventajas de la previsión social*. VII. *Al rescate de la previsión social*. VIII. *Bibliografía*.

I. Prólogo

Hasta los años 70, y tal vez un poco más acá, parecía que el derecho del trabajo y la seguridad social, harían crecer cada vez más su ámbito protector, de manera que, una buena parte de los beneficios del desarrollo económico se destinará a mejorar las condiciones de la clase trabajadora, incluyendo desde luego, las medidas

* Licenciado en derecho y maestro en sociología por la Universidad Iberoamericana, especialista en derecho del trabajo por la Universidad Panamericana y miembro fundador de la Sociedad Mexicana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

previsionales; sin embargo, surgió, una ideología neoliberal que, lejos de apreciar sus efectos benéficos en los trabajadores, se enfocó en los costos económicos, al tiempo que convertía a cada trabajador en un recurso humano de la empresa, y al conjunto de ellos en capital humano; prescindiendo de cualquier otro valor que no fuera el de la plusvalía que pudiera obtener el patrón. El trabajo fue recuperando, por así decirlo, su valor de mercancía, y poco a poco, se fueron abandonando los principios que justificaban inversiones para mejorar su calidad de vida, que no redituarían en mayores ganancias al empleador. Es probable que en ninguna otra área se haya resentido tanto este retroceso como en la previsión social.

El trabajador, como otros recursos de la empresa, tiene un valor de uso y reposición, y mientras menor sea la inversión en su aprendizaje, valdrá menos, y menor será el interés de invertir en su cuidado.

Unos guantes, unas botas o un casco no tendrán más valor que el que representen para el patrón, no por la salud del trabajador, sino por la mayor productividad que puedan generar, y si no le reditúan económicamente, serán un mero gasto que muchos se ahorrarán.

En el mejor de los casos, el imperativo ético para velar por la salud de los trabajadores queda sólo en eso, en algo íntimo que depende de la calidad moral del empleador, y así parece entenderlo una autoridad que no quiere estorbar el crecimiento económico. Pero los costos de la imprevisión no se limitan a la amputación de un brazo o pierna, la pérdida de la vista y del oído; o, aún de la vida, generan otros que la sociedad debe pagar por las obligaciones incumplidas del patrón. Pero sobre todo, generan odios que son plenamente explicables.

II. La previsión social: un tema incómodo

En 1889, cuatro años después de que se publicara la extraordinaria novela de Èmile Zolá, que describe las terribles condiciones en las que laboraban los mineros del carbón al norte de Francia, tuvo lugar el primer accidente en una mina de carbón en el noreste de México, al menos el primero del que tenemos noticia, en la

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

mina El Hondo, en Sabinas, Coahuila, donde murieron 300 hombres, cuyos cuerpos nunca fueron rescatados. Poco ha cambiado desde entonces.

El 19 de febrero de 2006, también en Sabinas, una explosión en la mina de Pasta de Conchos, causó la muerte de 65 mineros que trabajaban para la empresa minera más poderosa del país, cuyo accionista principal ha sido considerado como el segundo hombre más rico de México, sólo después del más rico del mundo. A casi seis años, no sabemos si realmente murieron como consecuencia directa de la explosión, o por el temprano abandono de las labores de rescate; solamente aparecieron los cadáveres de los dos que estaban más cerca de la entrada, los demás, se habrían desintegrado, según la empresa y las autoridades del trabajo, pero podrían estar completos, con los signos inequívocos de una lenta muerte por asfixia, si nos atenemos a la convicción de las viudas de Pasta de Conchos, que no han dejado de exigir el rescate de los cuerpos de sus hombres.

La presunción que las autoridades no pueden desvirtuar, es que, de reanudar las tareas para recuperarlos, se descubrirá que los mineros aún vivían cuando se suspendió el rescate, pero también que el accidente no fue tal, sino la consecuencia más obvia de los inconfesables ahorros de la empresa en la seguridad de sus trabajadores, con la complicidad del gobierno Federal, para el que la verdad, junto con los mineros, debe quedar enterrada para siempre en el fondo de la mina.

Recordamos haber visto en la televisión, el mismo día, o al siguiente, una entrevista al entonces secretario del Trabajo y Previsión Social en la zona del siniestro; nos llamó poderosamente la atención, la ligereza con la que declaró que la empresa no tenía responsabilidad alguna en la tragedia, aunque en ese momento, poco o nada podía saber sobre las causas de la explosión.

El temible gas grisú, compañero inseparable de los mineros del carbón, se cobró así, la estúpida apuesta del acaudalado patrón, que prefirió correr el riesgo de tener que pagar una pequeña porción de los enormes costos de su imprevisión, antes que los de la seguridad; le salió barato el cierre de una mina, aparentemente no muy lucrativa, y unos cuantos pesos para indemnizar a los deudos, siempre

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

con el aval de la Secretaría del Trabajo, que reconoció su generosa decisión de pagar sumas muy superiores a las de la ley.

Pocos días duraron los intentos por encontrar con vida a los mineros, sólo mientras lo toleraron la empresa y las autoridades. La televisión nos mostraba las caras ennegrecidas, profundamente tristes, de los rescatistas, que con grandes dificultades horadaban la mina, casi con las uñas, con la esperanza de hallar vivos a sus compañeros; tras largas horas de esfuerzos sobrehumanos e inhumanos, con la expresión de la derrota, salían a descansar por un momento, antes de volver a enfrentar al animal traga hombres que imaginó Zolá.

Es secreto a voces que los inspectores nunca bajaron a la mina, y que se limitaban a firmar las actas que elaboraban los representantes de la empresa, tal vez en algún bar de la localidad, invitados por el generoso patrón, que consciente de sus valiosos esfuerzos y de sus bajos salarios, no tenía empacho en gratificarlos, lo que habría que interpretar como una desinteresada aportación de su parte a las tareas de la administración pública.

Un inspector debe conocer temas tan diversos como el de los equipos de protección; instalaciones eléctricas e hidráulicas; calderas y recipientes sujetos a presión; iluminación y ventilación; radiaciones; vibraciones; sustancias químicas peligrosas; contaminación ambiental; prevención de incendios y muchos más. Debe además, conocer bien el Reglamento Federal sobre Seguridad e Higiene y Medio Ambiente en el Trabajo, y una serie de Normas Oficiales Mexicanas, incluyendo las del trabajo en las minas de carbón; sin embargo, la ley sólo le exige haber terminado la escuela secundaria y "tener la preparación técnica necesaria". Lo cierto es que, en México nunca nos hemos tomado muy en serio la inspección del trabajo.

Al interior de las empresas, la responsabilidad recae en las comisiones mixtas de seguridad e higiene, que en nuestro país suelen constituirse sólo para evitar las sanciones por el incumplimiento de las normas. Y hay ahí, una responsabilidad compartida entre empresas y sindicatos, que muy pocos cumplen razonablemente, ya no digamos a cabalidad; es, en gran medida, consecuencia de la simulación que prevalece en las relaciones colectivas de trabajo, donde el patrón elije al líder sindical que habrá de controlar

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

a sus trabajadores, siempre con el beneplácito de las autoridades laborales, sin importar sus orígenes partidistas, ni sus preferencias corporativas o neoliberales, que acaban acomodándose bien a las políticas gubernamentales.

No obstante, este incumplimiento crónico a las normas previsionales no parece preocupar mayormente a las autoridades, a quienes pone más nerviosas la posibilidad de que los empresarios busquen otras latitudes menos exigentes para invertir sus capitales. Como señala Néstor de Buen Lozano,

el Estado previsor ha sufrido las críticas acerbas que se inician en las doctrinas de los economistas, siguen en los discursos de los políticos y acaban por convertirse en lugar común en los argumentos de los empresarios y de quienes les sirven".[1]

El discurso político no es sincero, y, al tiempo que los gobiernos neoliberales abandonan a los trabajadores a su suerte, pregonan nuevas reglas, nuevos programas o nuevas acciones que supuestamente van a protegerlos.

Que lejana se oye aquella idea que externaba Manuel Alonso Olea, que decía:

> la extensión de la cobertura, la necesidad de evitar discriminaciones y, a la postre, la de hacer la obligatoriedad indiscutible, impusieron la regulación estatal, siendo así el de la previsión social, uno de los tantos campos en que el Estado da por concluida su era abstencionista.[2]

Hoy, al menos en México, el abstencionismo es la característica que mejor describe la actitud del gobierno Federal, frente a la previsión social, más allá de los discursos vacuos de las autoridades, a las que paradójicamente llamamos responsables.

Dos años después de la explosión, la Secretaría de la Función Pública destituyó e inhabilitó por un año a cuatro servidores pú-

1 De Buen Lozano, Néstor, *Seguridad social*, 2a. ed., México, Porrúa, 1999, p. 64.

2 Alonso Olea, Manuel, *Instituciones de seguridad social*, 5a. ed., Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1974, p. 26.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

blicos de menor rango por "efectuar inspecciones de seguridad de manera inadecuada y no dar seguimiento al resultado". El hilo se rompe siempre por lo más delgado....

Hubo algunos costos para la empresa, pero no minaron sus finanzas; el gobierno solventó los suyos con el despido de los cuatro funcionarios; y las heridas familiares y sociales, nunca sanarán.

La empresa y las autoridades debieran preguntarse si realmente resolvieron el problema. A la violencia de la explosión respondieron, como uno solo, con la crimen de la imposición y del desgaste; en la mentira y complicidad, con la de la represión y desprecio. Y, sin que sea necesario recordar que la violencia siempre acaba reproduciéndose, hay que estar conscientes de que sus expresiones son cada vez más salvajes y desesperadas.

A tres años de la muerte de los 65 mineros, el secretario del trabajo, anunció con bombo y platillo, la entrada en vigor de la nueva Norma Oficial Mexicana sobre Seguridad para Minas Subterráneas de Carbón, con la que, según él, el gobierno Federal demostró su ineludible compromiso con la seguridad de los trabajadores; poco después, presumía que contaba con 376 plazas de inspector, pero se cuidó bien de no hacer cuentas, puesto que con una población ocupada de más de 46 millones, y con 833 mil empleadores inscritos en la seguridad social, a cada inspector le toca vigilar a poco más de 2,200 empresas y proteger a más de 122 mil trabajadores.

Sólo en 2011 murieron, al menos otros 28 mineros del carbón en diversos accidentes; en el más grave, ocurrido el 3 de mayo, perecieron 14, y en el más reciente del que tenemos noticia, del 26 de agosto, fallecieron otros cuatro; ambos casos por cierto, en Sabinas, Coahuila, aunque en minas de distintas empresas. No parece que la nueva norma esté dando resultados, o es tal vez que tampoco se le toma muy en serio.

III. La norma previsional: letra muerta o moribunda

Más allá de que se pueda mejorar la normatividad mexicana en materia de previsión social, no nos cabe la menor duda que hay que empezar por lograr que se cumpla; mientras tanto, las reglas

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

mueren poco a poco de inanición y las que no han fallecido están a punto de hacerlo. En el modelo neoliberal que domina las políticas gubernamentales en México desde 1982, los costos de la previsión parecen representar, antes que cualquier otra cosa, una desventaja competitiva que hay que evitar a toda costa.

No en balde, luego de que el presidente Carlos Salinas de Gortari había convencido a su homólogo estadounidense, el republicano George H. W. Bush celebrar el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), al llegar el demócrata Bill Clinton a la presidencia de los Estados Unidos de América en 1993, condicionó la firma del acuerdo a que tuviese dientes, es decir, que incluyera sanciones que tuvieran por objeto evitar que alguno de los tres países norteamericanos —en realidad, sólo México—, abaratara los costos de producción, mediante el incumplimiento de la normas laborales y ambientales, lo que dio lugar a los acuerdos paralelos. Al final, los acuerdos de cooperación ambiental y laboral no impusieron otras condiciones que las que cada país quisiera darse, con lo que el compromiso se redujo a cumplir con las propias reglas.

Sin embargo, dentro del Acuerdo de Cooperación Laboral de América del Norte (ACLAN), se establecieron once principios que los tres países deberían promover, conforme a su legislación interna, dos de los cuales, se relacionan directamente con la previsión social; es decir, prevenir las lesiones y enfermedades ocupacionales, e indemnizar a quien las sufre. El TLCAN ha cumplido 18 años, en los que nuestro país no ha hecho nada para promover esos principios, nada al menos que valga la pena consignar aquí.

Si nos basamos en el muy escaso interés que nuestras autoridades han mostrado en materia de seguridad e higiene en el trabajo, podríamos razonablemente presumir que la normatividad en la materia es insuficiente y deficiente, y es seguro que no es perfecta, pero dista mucho de corresponder a las pésimas condiciones que prevalecen.

Solamente para orientar a quien no está familiarizado con las reglas mexicanas en la materia, nos proponemos exponer en este apartado un marco muy general, para que pueda apreciar la enorme distancia entre la norma —nuestro supuesto derecho positivo—, y

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

la actuación de la autoridad. Trataremos de enfocarnos, en la medida de lo posible, en el ámbito más estricto de la previsión social, esto es, en las reglas que tienen que ver con los riesgos de trabajo, sin abordar otras cuestiones cercanas, como las relativas a las enfermedades no profesionales y las que establecen otros servicios propios de la seguridad social, que bien pueden ser considerados como componentes de la previsión social, en un sentido amplio.

El apartado A, del artículo 123 constitucional, destina dos fracciones a la previsión social; la XIV, que responsabiliza a los empresarios de los accidentes del trabajo y de las enfermedades profesionales, y que, los obliga a indemnizar a los trabajadores; y la XV, que los constriñe a observar las normas sobre higiene y seguridad, a adoptar las medidas para prevenir accidentes y garantizar su salud y vida. En su fracción XXIX, en la que se basa la seguridad social, incorpora los seguros "de invalidez, de vejez, de vida, de cesación involuntaria del trabajo, de enfermedades y accidentes, de servicios de guardería y cualquier otro encaminado a la protección y bienestar de los trabajadores, campesinos, no asalariados y otros sectores sociales y sus familiares", lo que corresponde a ese concepto amplio de la previsión, que es indisoluble de la seguridad social. Al distribuir las competencias en la aplicación de las leyes laborales, encomienda a la autoridad federal lo relativo a la seguridad e higiene en los centros de trabajo, que debe ser auxiliada por las autoridades estatales en las ramas o actividades de jurisdicción local; por su parte, la fracción IX, del apartado B, establece las bases mínimas de la seguridad social de las burocracias del gobierno Federal y de la ciudad capital, que comprende lo relativo a los accidentes de trabajo y a las enfermedades profesionales.

En el ámbito internacional, México ha ratificado diversos convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que se relacionan directamente con la previsión social, como el número 120, relativo a la higiene en el comercio y en las oficinas (1964); el 134, relativo a la prevención de los accidentes de trabajo de la gente de mar (1970); el 155, sobre seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente de trabajo (1981); el 161, sobre los servicios de salud en el trabajo (1985); el 167, sobre seguridad y salud en la cons-

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

trucción (1988); el 170, sobre la seguridad en la utilización de los productos químicos en el trabajo (1990), y el 172, sobre condiciones de trabajo en los hoteles, restaurantes y establecimientos similares (1991). Hay que considerar además al TLCAN y al ACLAN, que ya mencionamos.

No hay que pasar por alto el lamentable hecho de que no haya ratificado los más recientes convenios, que tienen que ver con la seguridad y salud en el trabajo, como el 174, sobre la prevención de accidentes industriales mayores (1993); el 176, sobre seguridad y salud en las minas (1995); el 184, sobre la seguridad y salud en la agricultura (2001), y el 187, sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo (2006). No parece haber ningún interés gubernamental por nada que pueda implicar algún costo adicional a los empresarios que desean invertir en México.

No es poca cosa, lo que al respecto, establece la Ley Federal del Trabajo (LFT), reglamentaria del apartado A, del artículo 123 constitucional; las obligaciones generales de los patrones (artículo 132), incluyen instalar los lugares de trabajo conforme a los principios de seguridad e higiene; tener disponibles los medicamentos y materiales de curación indispensables; dar aviso de los accidentes a las autoridades; difundir los reglamentos e instructivos de seguridad e higiene, proporcionar medicamentos profilácticos para las enfermedades tropicales o endémicas; permitir la inspección y vigilancia de las autoridades del trabajo y darles los informes que soliciten.

Entre las causales por las que el trabajador puede rescindir la relación laboral, sin responsabilidad de su parte (artículo 51), está la existencia de un peligro grave para su seguridad o salud, por falta de condiciones higiénicas, o porque no se cumplan las medidas preventivas y de seguridad y que el patrón comprometa, por imprudencia o descuido inexcusables, la seguridad del establecimiento o de quienes se encuentren en él.

La LFT obliga a los trabajadores a prestar auxilios cuando peligren las personas, los intereses del patrón o de sus compañeros de trabajo, a someterse a los reconocimientos médicos, a informar al patrón sobre las enfermedades contagiosas que padezcan y a

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

comunicarle las deficiencias que adviertan (artículo 134); y les prohíbe realizar cualquier acto que ponga en peligro su seguridad o la de otras personas (artículo 135). Es causa justificada de despido que el trabajador comprometa, por su imprudencia o descuido, la seguridad del establecimiento o de quienes ahí se encuentren, y también que se niegue a adoptar las medidas preventivas o a seguir los procedimientos para evitar accidentes o enfermedades (artículo 47).

Señala la ley, como uno de los objetivos de la capacitación y adiestramiento la prevención de los riesgos de trabajo (artículo 153-F), y determina que el reglamento interior de trabajo debe contener reglas para prevenirlos, instrucciones para prestar primeros auxilios, labores insalubres y peligrosas que no deben desempeñar los menores, protección a las trabajadoras embarazadas, el tiempo y forma en que los trabajadores deben someterse a los exámenes médicos y medidas profilácticas, y las demás normas para conseguir la mayor seguridad en el trabajo (artículo 423). Contiene además algunas reglas especiales para las madres trabajadores (artículo 170), y para los menores (artículos 174, 175, 176 y 180).

Su título noveno está dedicado a los riesgos de trabajo, que define como "los accidentes y enfermedades a que están expuestos los trabajadores en ejercicio o con motivo del trabajo" (artículo 473), y establece sus consecuencias generales, respecto de las incapacidades o la muerte (artículos 477 y siguientes); los derechos de los trabajadores que los sufren (artículo 487); los casos imputables al patrón que incrementan el monto de la indemnización (artículo 490); y, algunas obligaciones especiales de los empleadores como mantener en el lugar de trabajo los medicamentos y material de curación necesarios para los primeros auxilios, adiestrar a quien los deba prestar, establecer una enfermería cuando tengan a su servicio más de cien trabajadores y un hospital cuando sean más de trescientos, y dar aviso a las autoridades de los accidentes que ocurran (artículo 504). Habla además, de la designación y obligaciones de los médicos de las empresas (artículos 505 y 506), y de las comisiones mixtas de seguridad e higiene (artículo 509), e incluye una extensa lista de enfermedades profesionales (artículo 513), y una tabla de valuación de las incapacidades (artículo 514), que por cierto, no han sido actualizadas en más de cuarenta años.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

La LFT fija las atribuciones correspondientes de los inspectores de trabajo (artículo 511 y 541), y establece la Comisión Consultiva Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo y las comisiones consultivas estatales de seguridad e higiene en el trabajo (artículos 512-A, 512-B y 512-C). Obliga a que se coordinen la Secretaría del Trabajo y Previsión Social (STPS), la Secretaría de Salud (a la que todavía llama Secretaría de Salubridad y Asistencia) y el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS), para los programas y campañas de prevención de accidentes y enfermedades de trabajo (artículo 512-E), y exige a las autoridades de las entidades federativas a auxiliar a las federales, en la aplicación de las normas de seguridad e higiene en el trabajo, cuando se trate de empresas o establecimientos de jurisdicción local (artículo 512-F), y a reportar a la STPS, las violaciones que cometan los patrones e intervenir en la ejecución de las sanciones y corrección de las irregularidades (artículo 529).

Impone además a los patrones la obligación de hacer las modificaciones que ordenen las autoridades en sus establecimientos, instalaciones y equipos; además, dispone que la STPS, sancione a quienes no cumplan en el plazo que se les otorgue, pudiendo llegar a clausurar el centro de trabajo (artículo 512-D).

Hacemos aquí un breve paréntesis para expresar nuestra preocupación por el hecho de que la LFT exime al empleador de la responsabilidad derivada de la lesión que el trabajador se causa intencionalmente (artículo 488); lo que nos lleva a preguntarnos a qué grado de enajenación hay que llegar para atentar contra la salud propia, tal vez para cobrar una incapacidad o quizá para dejar de hacer algo insoportable. ¿Es realmente el trabajador el único responsable de su propio daño en tales casos?, ¿nada tiene que ver el ambiente en el trabajo, la imposibilidad de satisfacer las necesidades más elementales, la sensación de ser víctima permanente de una sociedad injusta, la inseguridad, la agresividad que nos molesta en cada esquina, las infames condiciones del tráfico y los pésimos servicios públicos?, ¿no tiene derecho cualquier trabajador que cumpla razonablemente con su jornada laboral a vivir con dignidad y disfrutar la vida? Un accidente de trabajo es una manifestación de la violencia, sin que ello signifique que todos los accidentes implican un acto

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

reprobable, un descuido o negligencia del empleador o trabajador. Un accidente es violento en sí mismo, pero nos parece mucho más violenta la respuesta de la ley en estos casos.

Algo similar habría que decir respecto de las otras causales, por las que el artículo 488, exime al patrón de las responsabilidades derivadas de los riesgos de trabajo, cuando el accidente ocurre encontrándose el trabajador en estado de embriaguez, o bajo la acción de algún narcótico o droga enervante, o cuando la incapacidad resulta de una riña o intento de suicidio. No se trata de justificar conductas reprobables, sino de ubicar correctamente las responsabilidades.

Por cierto, la Ley no dice que no sean accidentes de trabajo y de hecho se dan todos los elementos para considerarlos como tales, no sólo porque tal disposición forma parte del título dedicado a los riesgos de trabajo, sino porque los supuestos contemplados en el artículo 488, coinciden con la definición del 473.

Cabe destacar la importancia de este apunte, ya que según la Ley del Seguro Social, los siniestros que ocurren en esas circunstancias, o cuando resultan de un delito intencional del que es responsable el propio trabajador, no son riesgos de trabajo; sin embargo, le otorga las prestaciones del seguro de enfermedades o la pensión de invalidez, y en caso de su muerte, reconoce el derecho de sus beneficiarios a las prestaciones en dinero del seguro de riesgos de trabajo (artículo 46).

El artículo 53 de la LSS, releva al patrón que asegura a sus trabajadores de las responsabilidades que la LFT le impone por los riesgos de trabajo.

La prima inicial por el seguro de riesgos de trabajo se determina según la clase a la que corresponda la empresa de acuerdo con sus actividades y su rama industrial (artículo 75); y a partir de ella, se debe fijar su índice de siniestralidad, de acuerdo con los accidentes que sufran sus trabajadores, que puede aumentarla o disminuirla hasta en un uno por ciento anual (artículo 74).

El IMSS tiene además a su cargo; la prestación de servicios para prevenir riesgos de trabajo (artículo 80), y la realización de investigaciones (artículo 82); los patrones deben darle las facili-

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

dades necesarias para sus estudios y proporcionarle los informes para elaborar las estadísticas sobre riesgos de trabajo.

El Reglamento Federal de Seguridad, Higiene y Medio Ambiente de Trabajo, cuya aplicación corresponde a la STPS, con el auxilio de las autoridades locales, obliga a la propia secretaría a expedir las normas en materia de seguridad e higiene en el trabajo, con base en la LFT, la Ley Federal sobre Metrología y Normalización y el propio reglamento, y trata una amplia gama de temas como las autorizaciones en materia de seguridad e higiene; las unidades de verificación, laboratorios de prueba y organismos de certificación; los programas de asesoría y orientación; exámenes médicos; condiciones de los edificios y locales; incendios; maquinaria; instalaciones eléctricas; sustancias peligrosas y contaminantes; ruido, iluminación y ventilación, vibraciones y radiaciones; agentes biológicos; equipo de protección personal; servicios para el personal; comisiones de seguridad e higiene; estadísticas; capacitación; servicios preventivos; protección de menores y mujeres embarazadas y lactantes; vigilancia e inspección y sanciones administrativas.

Por lo que hace a las normas oficiales mexicanas, en su página de internet,[3] la STPS menciona cuarenta que tienen que ver con las condiciones de seguridad e higiene, algunas de carácter general, como las comisiones de seguridad e higiene y los informes sobre riesgos de trabajo para fines estadísticos, las condiciones de seguridad en los centros de trabajo, maquinaria y equipos, protección personal, prevención y protección contra incendios, trabajos en altura, electricidad, radiaciones, iluminación, ruido, vibraciones, presiones ambientales, condiciones térmicas, soldadura, tuberías, sustancias químicas y recipientes sujetos a presión y calderas. Otras están orientadas a ciertas actividades como las agrícolas, forestales, ferrocarrileras y mineras.

La Ley Federal de Trabajadores al Servicio del Estado (LFTSE), es mucho más escueta que la LFT, en cuanto a los riesgos de trabajo, pero contiene algunas disposiciones que vale la pena destacar, como la nulidad de las estipulaciones que imponen labores peli-

3 Véase *http://stps.gob.mx*.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

grosas o insalubres y jornadas inhumanas (artículo 14), así como la obligación del Estado patrón de cubrir las aportaciones para que los trabajadores reciban los beneficios de la seguridad y servicios sociales y cumplir "con todos los servicios de higiene y de prevención de accidentes a que están obligados los patrones en general" (artículo 43), lo que nos remite a las responsabilidades que al respecto establece la LFT.

Indica que las condiciones generales de trabajo que fija el titular, deben establecer las medidas para prevenir riesgos profesionales y las condiciones de los exámenes médicos, las labores insalubres y peligrosas que no deben desempeñar los menores de edad, la protección para las trabajadoras embarazadas y otras reglas para obtener mayor seguridad en el trabajo (artículo 88). Los trabajadores, por su parte, deben evitar los actos que pongan en peligro su seguridad y la de sus compañeros (artículo 44).

El artículo 3o. de la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado establece, entre otros, un seguro de riesgos del trabajo por el que el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (ISSSTE), se subroga en las obligaciones de las dependencias o entidades que deriven de la LFTSE y la LFT (artículo 55). El artículo 71 obliga a dichas dependencias y entidades, a realizar acciones preventivas para "abatir la incidencia de las enfermedades y accidentes del trabajo", y al ISSSTE a coordinarse con aquellas para elaborar programas y desarrollar campañas de prevención, facultándolo para evaluar su actuación, emitir recomendaciones y dar aviso a la STPS y a la Secretaría de la Función Pública para que se aplique, en su caso, la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos. El ISSSTE debe además, promover la integración y funcionamiento de las comisiones de seguridad y salud en los centros de trabajo y la integración y funcionamiento de una Comisión Consultiva Nacional y de las comisiones consultivas de las entidades federativas de seguridad y salud en el trabajo del sector público federal (artículo 73).

Las dependencias y entidades deben llevar a cabo y facilitar los estudios e investigaciones sobre las causas de los accidentes y enfermedades de trabajo y adoptar medidas adecuadas, informar al

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

ISSSTE sobre los siniestros y proporcionarle los datos para las estadísticas, difundir e implantar las normas preventivas, integrar y operar las comisiones de seguridad y salud en el trabajo, elaborar e implantar su programa de prevención, capacitar a los trabajadores y cumplir otras acciones reglamentarias (artículo 72).

El Reglamento de Seguridad, Higiene y Medio Ambiente en el Trabajo del sector público federal, cuya aplicación e interpretación administrativa compete al ISSSTE, establece como normas supletorias el Reglamento Federal sobre Seguridad e Higiene y Medio Ambiente en el Trabajo y a las normas oficiales mexicanas en la materia, y obliga a las dependencias y entidades a informar y capacitar a los trabajadores sobre los riesgos de sus actividades, efectuar estudios sobre la materia, elaborar su programa de prevención, proporcionar los servicios preventivos de salud, informar al ISSSTE de los riesgos que ocurran y participar en las comisiones de seguridad, higiene y medio ambiente en el trabajo. Se refiere además, a las condiciones de seguridad en los centros de trabajo, incendios, instalaciones eléctricas, iluminación, ventilación, servicios sanitarios, ruidos, equipos de protección y protección a las trabajadoras en periodo de gestación y lactancia, entre otras.

IV. El verdugo

Después de repasar la normatividad vigente en materia de seguridad e higiene en el trabajo, en el apretadísimo resumen que hemos hecho, es claro que no es el legislador el culpable, no al menos el principal, de las pésimas condiciones que prevalecen en nuestro país; lo es sin duda, el gobierno Federal, por ser el responsable fundamental de la seguridad e higiene en el trabajo, y de manera particular la STPS, sobre todo en lo que toca a la previsión de los riesgos en las relaciones de trabajo del régimen ordinario que regula el apartado A del artículo 123 constitucional, y que reglamentan la LFT y la LSS.

En efecto, de acuerdo con el artículo 40, de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, corresponde a la STPS, vigilar que se observen y apliquen las disposiciones del artículo 123, de

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

la Constitución; de la LFT y de sus reglamentos, estudiar, ordenar y vigilar que se cumplan las medidas de seguridad e higiene; sin embargo, el Reglamento Interior de la STPS, que por cierto fue elaborado en la administración del presidente Felipe Calderón,[4] remite las responsabilidades correspondientes a la Dirección General de Seguridad y Salud en el Trabajo, a un nivel que resulta demasiado bajo, si se considera que la secretaría tiene dieciséis direcciones generales y por encima de ellas hay una coordinación general, tres unidades y tres subsecretarías, además de la oficialía mayor. Dicho de otra manera, en una dependencia, cuyo nombre encierra dos tareas fundamentales; o sea, el trabajo y la previsión social, dedica a la segunda apenas una dirección general, y si acaso, una buena parte de las tareas de otra, la de la Dirección General de Inspección Federal del Trabajo.

No debe extrañarnos entonces que el Plan Nacional de Desarrollo 2007-2012, solamente contenga dos lejanas referencias a la previsión, la primera, que compromete al Estado a generar "una economía cada vez más competitiva para atraer las inversiones que, en consecuencia, se traducirán en empleos formales, dignos y con la previsión y seguridad social requeridas";[5] y la segunda, que propone "fomentar la equidad e inclusión laboral y consolidar la previsión social, a través de la creación de condiciones para el trabajo digno, bien remunerado, con capacitación, seguridad y salud", y que establece "como una de las principales prioridades de la política laboral la prevención de riesgos de trabajo, mediante la elaboración e instrumentación de una política pública de seguridad y salud en el trabajo".[6] ¿Cómo alcanzar y consolidar esa previsión social?, es algo de lo que no se ocuparon los autores del plan. Cerca ya del final del sexenio, es obvio que la prevención de los riesgos de trabajo está muy lejos de ser una de las prioridades de la política laboral.

Habría que atender otra razón, que seguramente ayuda a explicar el abandono de la previsión social por parte del gobierno

4 *Diario Oficial de la Federación*, 14 de noviembre de 2008.

5 Eje 2, economía competitiva y generadora de empleos, numeral 2.4, "Promoción del empleo y la paz laboral".

6 Estrategia 4.2.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Federal; es seguro que los fondos destinados a estas tareas y a la Inspección Federal del Trabajo, son insuficientes. No recordamos, sin embargo, entre las muchas intervenciones públicas de Javier Lozano, quien fuera el titular de la STPS durante casi toda la administración del presidente Calderón, alguna en la que hubiese reclamado más recursos para estas tareas; quizá lo hizo, pero ciertamente, no fue uno de sus temas recurrentes y no hay que perder de vista que, si bien el Presupuesto de Egresos de la Federación es aprobado por la Cámara de Diputados, se elabora a partir de la propuesta que le envía la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, la cual, debe tomar en cuenta las peticiones que formulan las diversas dependencias y entidades, independientemente de que estas tienen siempre la manera de cabildear para reforzar los renglones presupuestales que más les interesan. Aún sin el presupuesto indispensable para cumplir sus tareas previsionales, la STPS, el IMSS y el ISSSTE, tendrían que dar publicidad a las principales acciones en materia de seguridad e higiene en el trabajo, a los índices de siniestralidad y a las sanciones a los patrones incumplidos.

Lejos de hacer cumplir la extensa normatividad a la que nos hemos referido, nos quedamos con la impresión de que el gobierno Federal no tiene ninguna intención de exigir su acatamiento y que, por el contrario, prefiere ignorar las faltas de quienes se ahorran los costos de la previsión, a costa de la salud y la vida de sus trabajadores.

Un buen ejemplo del abandono de la previsión social por parte del gobierno Federal, aparece en la página de internet de la STPS, que se dedica a la Comisión Consultiva Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo[7] que, de acuerdo con el artículo 512-A, de la LFT, es la encargada de "estudiar y proponer la adopción de medidas preventivas para abatir los riesgos en los centros de trabajo"; que se integra por representantes de la STPS, la Secretaría de Salud, el IMSS y, quienes sean designados por "aquellas organizaciones nacionales de trabajadores y de patrones a las que convoque el titular de la Secretaría del Trabajo y Previsión Social, quien tendrá el carácter de Presidente de la citada Comisión".

7 Véase *http://cocosht.stps.gob.mx:8112/*.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Por cierto, esas organizaciones nacionales de trabajadores, son los tradicionales sindicatos corporativos; es decir, el Congreso del Trabajo, la Confederación de Trabajadores de México (CTM), la Confederación Regional Obrera Mexicana (CROM), la Confederación Revolucionaria de Obreros y Campesinos (CROC), la Confederación Obrera Revolucionaria (COR) y la Alianza Sindical Mexicana, la favorita de los industriales regiomontanos, que impulsó el gobierno panista de Vicente Fox Quesada (2000-2006).

En la revisión que hicimos en enero de 2012, del Programa Anual de Actividades de esta Comisión, correspondiente al 2011, encontramos que su última actualización fue del 23 de marzo de ese año, fecha en que no se había cumplido una sola de las actividades programadas, al menos de acuerdo con la información proporcionada por la STPS, cuyo titular preside dicha comisión. La información estadística comprendía sólo tres indicadores: *a*) tasa de incidencia por actividad; *b*) defunciones por actividad; *c*) días subsidiados por actividad; y aunque decía que era de 2008, invocaba información del IMSS de 2006, es decir, de cinco años atrás.

En el capítulo denominado "Propuestas de anteproyectos de normas", se refería únicamente al anteproyecto de Norma Oficial Mexicana de Seguridad para Minas Subterráneas de Carbón, que fue aprobado el 18 de octubre de 2007 y que, como lo dice el propio documento, fue una respuesta al accidente de Pasta de Conchos, lo que hace pensar que la comisión no se habría preocupado del tema, si no hubiera sido como consecuencia de tan lamentable suceso.

En el apartado denominado, "Estudios en materia de seguridad, higiene y medio ambiente de trabajo", mencionaba únicamente tres estudios, dos de los cuales son de octubre de 2007, y tienen que ver también con la mina de Pasta de Conchos, y sólo uno, es de carácter general, que lleva por título, "Impacto por la Modificación en la Prima del Seguro de Riesgos de Trabajo"; que fue aprobado en abril de 2008; había además, un apartado dedicado a las "Propuestas de reformas y adiciones reglamentarias en la materia", y otro, a los "Estudios y propuestas de medidas preventivas de riesgos de trabajo y su difusión"; pero, ambos aparecían vacíos.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Al concluir el primer semestre de 2012, nos encontramos en la página electrónica de la comisión, que la última actualización del programa de ese año, tuvo lugar el 22 de febrero, lo que imposibilita el análisis de sus logros, pero, si denota la negligencia que la caracteriza.

Como podemos observar, no parece que la Comisión Consultiva Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo esté haciendo su tarea.

V. Los costos económicos y sociales de la imprevisión

De acuerdo con la OIT y la Organización Mundial de la Salud, cada año, como consecuencia de los riesgos de trabajo, mueren en el mundo alrededor de dos millones de trabajadores; ocurren 268 millones de incidentes que incapacitan a los trabajadores por tres o más días, y se presentan 160 millones de casos de enfermedades profesionales.[8] En muchos países, estos accidentes se han multiplicado, hasta en treinta o cuarenta veces.[9] El costo económico de las indemnizaciones, la atención sanitaria y la rehabilitación, equivalen al 4% del producto interno bruto mundial, y en algunos países en desarrollo, alcanza el 10% de su producto nacional.

Sobra decir que estos datos no incluyen los accidentes y enfermedades que tienen lugar en el sector informal, que por su naturaleza, es más proclive a estos riesgos; aunque tampoco se contabilizan muchos accidentes y enfermedades por otras razones, que van desde una malentendida responsabilidad del trabajador, que prefiere no quejarse de un mal, que no le impide trabajar, hasta la decisión de la empresa de no reportarlos y afrontar directamente las consecuencias del ausentismo, y tal vez, el pago de algunos gastos médicos, para que no le aumente la prima del seguro social.

8 Organización Mundial de la Salud, *Fundamentos de la OMS para entornos laborales saludables: contextualización, prácticas y literatura de apoyo*, 2010, p. 1.

9 *Ibidem*, p. 27. En el libro se dan datos más precisos y se cita como fuente de información a Hamalainen P, Takala J. y Saarela KL. Global, "Estimates of occupational accidents"*, Safety Science*, núm. 44, 2006, pp. 137-156.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Algunos datos más, con énfasis en los costos económicos, nos dicen que en 2005, sólo en los Estados Unidos de América, los accidentes de trabajo costaron a las empresas 150 billones de dólares,[10] y que ahí mismo, de acuerdo con un estudio que estimó algunas enfermedades específicas, se halló que el costo anual de la hipertensión, prorrateado entre todos los trabajadores, fue de $392, el de las enfermedades cardiacas de $368 y el de la artritis de $327[11] (en todos los casos, en dólares norteamericanos).

Guillermo Ruiz Moreno divide los costos de los riesgos de trabajo en directos e indirectos; los primeros, tienen que ver con la reparación de los daños al trabajador, que la empresa cubre mediante la prima del seguro; mientras que los segundos, comprenden el tiempo perdido, daños a máquinas y herramientas, pérdidas en materias primas y productos, deterioro en el ritmo de producción y otros factores,

> que son difíciles de medir en unidad monetaria como, por ejemplo, la disminución de la calidad de los productos, el incumplimiento de contratos, pérdida de mercados, contratación de personal eventual menos calificado y experimentado, etcétera.[12]

Pero, hay muchos daños de los que el trabajador no siempre está consciente, y que pueden generar discapacidades graduales, tanto físicas como psicológicas por la exposición a diversos agentes físicos, químicos y biológicos; sin embargo, también por estrés, exceso de trabajo, actividades monótonas y rutinarias, malas posturas, grandes esfuerzos, diferentes formas de discriminación

10 *Ibidem*, p. 38. En este caso, la fuente citada es Shaw M, Armstrong J. y Rae C., "Making the case for health and safety"*, Mississauga: Industrial Accident Prevention Association*, 2007. Suponemos que por tratarse de los EUA, un billón equivale a mil millones y no a un millón de millones.

11 *Idem*. La fuente es: Goetzel R. Z. *et al.*, "Health, absence, disability, and presenteeism cost estimates of certain physical and mental health conditions affecting U.S. employers", *Journal of Occupational and Environmental Medicine*, núm. 46 (4), 2004, pp. 398-412.

12 Ruiz Moreno, Ángel Guillermo, *Nuevo derecho de la seguridad social*, México, Porrúa, 1997, p. 289.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

y acoso, además de otras presiones laborales, provocan efectos nocivos como dolor, nerviosismo, ansiedad, intolerancia, irritabilidad, ira, insomnio, depresión, y otros males, como el síndrome de desgaste ocupacional o *burn-out*, que a su vez inducen o favorecen otros accidentes.

A los costos de los tratamientos médicos, y la pérdida de días de trabajo, que dependiendo del país de que se trate, corren a cargo de la empresa, o la seguridad social, hay que agregar aquellos que generan el ausentismo, y el llamado presentismo, donde el trabajador está físicamente presente, pero funcionalmente ausente, o con un bajo desempeño; estos le cuestan siempre al empleador y pueden fácilmente superar a los demás.

Por otro lado, algunos males, como la obesidad, tabaquismo, alcoholismo y otros que, pueden o no, tener una relación causal con el trabajo, pero que en definitiva, se deben combatir dentro de las políticas y acciones de previsión de las empresas, generan costos importantísimos para toda la sociedad, y sobre todo para las familias e instituciones públicas de salud y de asistencia social.

No sobra recordar que la inestabilidad y otras formas de precarizar las relaciones de trabajo, incluyendo las prácticas ilegítimas de tercerización, son contrarias a la previsión; a menudo sabemos de empresas que se comportan razonablemente bien con los trabajadores que contratan directamente, pero que permiten, y hasta propician que los contratados mediante terceros, laboren en condiciones deplorables, sobre todo cuando lo hacen en países distintos, en donde las consecuencias de la falta de higiene e inseguridad, son menos preocupantes. En la globalización, la doble moral de las empresas es muy común.

VI. Alcances y ventajas de la previsión social

La previsión va mucho más allá que tener instalaciones adecuadas y cumplir con normas de higiene y seguridad; es parte fundamental de esta, que se trate adecuadamente a los trabajadores y se propicie un buen ambiente en términos de compañerismo, respeto, confianza, equidad y honestidad, donde se aprecie su trabajo y

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

que la competencia sea un incentivo y no una amenaza; y que el buen liderazgo reemplace a la tiranía de la jerarquía y el trabajador pueda encontrar alguna afinidad entre sus intereses y los de la empresa; en donde, frente a algún problema laboral o personal, sienta empatía y no rechazo; en donde la capacitación atienda los requerimientos de la empresa, pero le permita también mejorar sus condiciones de vida y de trabajo; que pueda participar en las decisiones que tienen que ver con su actividad y salud, y en general, en donde se respeten sus derechos individuales y colectivos.

En la medida de lo posible, la previsión debe alcanzar espacios distintos al estrictamente laboral, para favorecer los buenos hábitos del trabajador (asearse, comer sanamente, hacer ejercicio, no fumar, no beber en exceso, no drogarse, etcétera), sus actividades culturales y deportivas, el disfrute de su tiempo libre y las buenas relaciones familiares y sociales. El sentido de pertenencia que algunas empresas tratan de infundir en sus trabajadores, debiera comenzar por el cuidado de sus personas y familias.

Sólo con una gran dosis de cinismo podríamos considerar las cifras y condiciones expuestas como un costo que necesariamente se debe pagar, a cambio de la producción de bienes y servicios que la sociedad requiere; es difícil imaginar un mundo en el que no hubiera accidentes de trabajo, ni enfermedades profesionales, pero es altamente irresponsable conformarse con la situación actual.

Tenemos que convencernos, en primer lugar, de que es perfectamente posible reducir en forma drástica el número de casos; y en segundo, que los costos para prevenirlos y evitarlos serán siempre menores que los de la imprevisión.

¿Qué argumentos sustentan el cambio?

Está en primer lugar, el imperativo ético, aunque en un medio en el que la corrupción no sorprende a nadie, es difícil de defender; por el contrario, la competitividad, que el liberalismo destaca como un valor fundamental, parece justificar ciertas decisiones, que pretenden elegir al menor de los males, como la de interpretar la deci-

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

sión de ahorrar algunos gastos en la seguridad, para que la empresa pueda competir mejor, y evitar así, el cierre de la fuente de trabajo.

Es cierto que hay esfuerzos importantes por rescatar, como los principios éticos en las relaciones de producción, que no sólo se orientan a la seguridad e higiene en el trabajo, sino al cuidado del medio ambiente, respeto a la comunidad, e incluso a lograr una mejor productividad. Están los componentes previsionales del "trabajo decente" de la OIT, los importantes esfuerzos de la Organización Mundial de la Salud en la investigación y difusión sobre la prevención y control de los riesgos laborales y los enfoques proactivos y preventivos que forman parte del concepto estratégico de "seguridad social dinámica" de la Asociación Internacional de la Seguridad Social, para la construcción de sistemas de protección social accesibles y sostenibles, que favorezcan la creación de sociedades inclusivas y productivas, sin dejar de lado algunos logros nacionales, entre los que destacan los de Alemania, en donde sus empresas, han obtenido ahorros, del orden de los diez mil millones de euros anuales, en costos de los riesgos de trabajo.

Vale pues, en algunos casos, destacar los frutos de la prevención sobre los costos de la imprevisión, pero mucho tememos, que siguen siendo esfuerzos poco significativos frente al egoísmo rampante que impulsa la conducta opuesta.

Aparece en segundo lugar, el cumplimiento a la ley, con sus dos facetas; la primera tiene que ver con la convicción ciudadana de que hay que acatar la norma, simple y sencillamente por ser la regla que la sociedad se ha dado para convivir; es, en buena medida, un problema cultural, y por ello la situación no dista gran cosa del imperativo ético al que ya nos referimos; la segunda, nos remite a la eficacia de la norma y al poder coactivo del Estado y se relaciona, a su vez, con la habilidad del sujeto obligado para evadirla, pero también, con la convicción de la autoridad para sancionar su incumplimiento, lo que, de nueva cuenta incide en la capacidad de la empresa para competir en un mundo globalizado donde la displicencia gubernamental es un atractivo más para el inversionista.

No es raro por ello, que las actividades más riesgosas, se trasladen a los países más pobres, cuyos gobiernos por lo general, no

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

tienen empacho en sacrificar la salud de los trabajadores, a cambio de la inversión económica. El respeto a la ley es el síntoma más claro del desarrollo de una sociedad, y no vale exigir que se cumpla una, mientras se tolera la violación de otra, pues la autoridad pierde legitimidad y el costo de esa pérdida trasciende a todos los ámbitos de la convivencia.

El tercer argumento tiene que ver con la actitud de la empresa, cuya imprevisión es la principal culpable de los riesgos de trabajo; por desgracia, suelen prevalecer aquellas estimaciones económicas cortoplacistas, que esperan que nada ocurra, o al menos nada grave, y que, si a pesar de todo, se produce el riesgo, se salga lo mejor librado posible, calculando erróneamente que los costos excepcionales de la imprevisión que tendría que pagar, serían menores, que los que le habría significado el cumplimiento escrupuloso de la ley y el cuidado de su gente.

Desde luego que también hay empresas responsables, que dan a la seguridad e higiene, la importancia que merecen, y presumen, con justa razón, de un ambiente saludable y beneficios económicos y sociales que su actitud les genera, pero siguen siendo ejemplos destacables y no lo serían si fuese esa, la regla general.

El cuarto argumento, estriba en el interés de la comunidad en sus diferentes ámbitos, desde la familia nuclear, hasta la aldea global; sin duda alguna, más allá del propio trabajador, es su familia la que sufre el mayor impacto de su muerte, de su invalidez, o incluso, de una incapacidad de menor gravedad. Al dolor y pérdida temporal o permanente de las facultades, se suman las secuelas psicosociales, que con frecuencia, destruyen al trabajador y su familia.

Pero los efectos no paran ahí, pues basta que el trabajador deje de producir un día, para que la sociedad deba pagar un costo, desde privarse del fruto de su trabajo, hasta las contribuciones para financiar los gastos para resarcir sólo algunos de los daños y perjuicios que causan los riesgos de trabajo; sin embargo, los costos se dispersan más y más, a medida que se amplía el círculo social y no nos percatamos de lo que nos cuestan las desgracias que a la distancia nos parecen tan ajenas, como lejanas. Claro que, cuando nos enfrentamos a las gigantescas cifras que antes referimos, a los millones que

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

mueren cada año, y a los cientos de millones que se incapacitan en ese lapso, advertimos pérdidas de tal magnitud, que sólo ignorándolas podemos vivir en paz.

VII. Al rescate de la previsión social

Es claro que el neoliberalismo ha preferido prescindir de la historia que demuestra que las políticas propias del estado de bienestar, entre las que destacan, la legislación laboral y la seguridad social, impulsaron la economía y generaron los mercados necesarios para la expansión de las empresas, además de una gran acumulación del capital. Se dedica, en cambio, a contabilizar lo que cuesta sostener esas formidables estructuras, sin reparar en los enormes beneficios que generan; de esta manera, pretende justificar el abandono de principios fundamentales como la solidaridad, universalidad y tutela al débil, siendo obvio que, de seguir por ese camino, habremos de volver a imponer la responsabilidad por los riesgos laborales al propio trabajador que sufre. Después de todo, en el reino del moderno mercado, aquel de las empresas supereficientes y archicompetitivas, seguirá siendo el trabajador, un elemento reemplazable, cuando no del todo, prescindible.

Debemos insistir en que los gobiernos juegan, respecto de la previsión, un papel fundamental, y no nos referimos tanto a las instituciones de salud y seguridad social, como a las políticas públicas que incluyen tanto la normatividad como a la gestión administrativa; en definitiva, les corresponde ejercer el liderazgo para generar o mejorar la cultura de la previsión. Toda inversión en este rubro es redituable, pero paralelamente, el desprecio por la vida y la salud tiene enormes costos sociales. El discurso oficial suele ser plausible, pero hay que atender a las acciones, y para ello, no hay nada mejor que voltear a ver el presupuesto y analizar los resultados. Las autoridades que, bajo la excusa de atraer capitales, toleran el incumplimiento de las normas de seguridad e higiene, y se niegan a fincar las responsabilidades a las empresas incumplidas, lejos de propiciar la creación de empleos, colaboran con ellas en el emplazamiento de trampas mortales para los ciudadanos.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Ante las inhumanas políticas de muchos gobiernos, algunos anuncian nuevos alzamientos de los trabajadores, pero eso es puro romanticismo; aquí y allá, surgen grupos de inconformes con las políticas económicas que marchan y hacen sus plantones, ocupan plazas importantes y atraen la atención, pero que nunca crecerán lo suficiente, como para integrar un movimiento global que pueda inquietar demasiado a los mercados. No queremos darnos cuenta de que la nueva revolución ya estalló, pero con una cara menos amable que la de los viejos movimientos sociales, si es que se nos permite decir tal cosa. La historia de este movimiento no reconocerá a héroes ni a grandes pensadores, no narrará epopeyas obreras, ni asentará contiendas ideológicas o políticas; hablará de la inseguridad y violencia cotidianas, delincuencia organizada y de la saña de los criminales, terrorismo, tráfico de drogas y armas; y, de la terrible descomposición social.

Recordará la narración de nuestros tiempos, la zozobra que hoy viven los muy ricos, que no pueden, ni podrán, disfrutar tranquilamente de sus groseras fortunas, ni de su posición privilegiada en la desigual sociedad, que insisten en mantener y ensanchar a costa de lo que sea. La historia que habrán de estudiar las futuras generaciones, registrará los pavorosos costos de nuestra imprevisión.

VIII. Bibliografía

Alonso Olea, Manuel, *Instituciones de seguridad social*, 5a. ed., Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1974.

Buen Lozano, Néstor De, *Seguridad social*, 2a. ed., México, Porrúa, 1999.

Organización Mundial De La Salud, *Fundamentos de la OMS para entornos laborales saludables: contextualización, prácticas y literatura de apoyo*, 2010.

Ruiz Moreno, Ángel Guillermo, *Nuevo derecho de la seguridad social*, México, Porrúa, 1997.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

LA GLOBALIZACIÓN ECONÓMICA Y LA REFORMA LABORAL EN MÉXICO (25 AÑOS SIN RUMBO)

Arturo Fernández Arras*

¡La indecisión es un crimen!
José Martí

Sumario: I. *Justificación*. II. *La globalización*. III. *Globalización e imperio*. IV. *El derecho social en abstracto*. V. *Los derechos sociales en el marco laboral*. VI. *El trabajo*.VII. *El derecho del trabajo en el mundo*. VIII. *En México*. IX. *La globalización y la economía*. X. *El modelo de relaciones laborales*. XI. *La nueva cultura laboral y las reformas laborales*. XII. *Los disparates judiciales y declarativos que fermentan las reformas*. XIII. *De nuevo la amenaza de la reforma laboral*. XIV. *Situación actual de las propuestas de reforma laboral* XV. *Conclusión y propuestas*. XVI. *Bibliografía*.

I. Justificación

Cuando mis dilectos amigos y compañeros de academia, los doctores Patricia Kurczyn Villalobos y Rafael Tena Suck, me hicieron llegar por correo electrónico la invitación para participar en el homenaje al doctor Hugo Ítalo Morales Saldaña, no dudé un segundo, pues para mi representa un honor que se me haga tal distinción.

* Doctor en derecho, rector del Centro Nacional de Investigación Jurídica. Asesor sindical y profesor universitario de la UNAM y en varias instituciones públicas y privadas en México, *ferarras2002@yahoo.com.mx*.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

De inmediato, me di a la tarea de elegir cuál sería el tema de interés y más actualizado sobre el derecho del trabajo en México; de entre las distintas líneas que nos fueron marcadas a quienes se nos invitó, y consideré por fin, que hablar de la reforma laboral que viene, y no; que se concreta y se diluye, etcétera, podría ser un tema interesante, especialmente porque hace 25 años, y casi 340 propuestas, proyectos e iniciativas, que se intenta reformar la legislación laboral en México, pero ésta no logra aterrizar por diversas razones, las cuales, consideramos necesario comentar, pero bajo un entorno externo, en la medida en que estos escenarios, bajo nuestra consideración, tienen un impacto determinante en el trabajo y las relaciones sociales de producción, por lo tanto, en la ley que las regula; pero, ¿la regulación depende de los hechos económicos?, ¿depende de la voluntad política?; o bien, ¿del capricho de los integrantes de un congreso?, o ¿de la acción de la sociedad?

¿Cuál sería pues, el método correcto para reformar la Ley Federal del Trabajo de manera adecuada?, ¿qué cumpliría con eficacia los objetivos y necesidades de los factores de la producción? Esta preocupación la hemos compartido en diversas ocasiones, con nuestro querido maestro Hugo Ítalo Morales Saldaña y, aunque tenemos diferencia en la forma, la preocupación sigue siendo la misma; y eso, es lo que nos une a él.

Por otro lado y sin lisonja, pues no hace falta, al referirnos al doctor Morales Saldaña, decir que es formidable, pues quien lo conoce por haberlo escuchado en sus intervenciones en clase, conferencias, participaciones en foros, debates, radio y televisión, pueden dar constancia de su estatura.

Y sus adversarios pueden dar fe, de que es, como tal, de gran estatura, pero siempre leal. Podría señalar del doctor Morales Saldaña muchas virtudes, pero seguro que otros, se han referido, ya de manera extensa, a la exposición de sus cualidades a las que, sin dudarlo me uno, y sólo podemos señalar, querido maestro: ¡Gracias por sus enseñanzas y su ejemplo!

Sin embargo, y sin desdoro de este homenaje tan merecido que se le otorga al doctor, debemos señalar que en el Centro Nacional de Investigación Jurídica (Cenijur), el cual, nos honramos en dirigir como rector. El 16 de diciembre de 2011, se develó la placa

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

de la sala de investigación, la cual lleva por nombre, sala de maestros, doctor Hugo Ítalo Morales Saldaña.

En consecuencia, y como el tema es sugerente, nos brinda la oportunidad de realizar algunas reflexiones acerca de los polvos que enrarecen el ambiente laboral, y que han impedido (desde nuestro punto de vista), la reforma laboral, que tanto hace falta para México.

II. La globalización

Es un mecanismo de mercado libre, en el que se establecen redes productivas para eficientar las investigaciones en términos generales; pero, también consiste en un método de división macro del trabajo, y de la producción de mercancías para obtener un mayor beneficio, lo que depende de las actividades, y habilidades de los trabajadores, facilidades administrativas, cercanía de las materias primas, proveedores y consumidores, así como facilidades fiscales y arancelarias; y, por último, se pone énfasis en la cuestión laboral, y el modo de las relaciones laborales.

Todo esto es identificado por economistas, politólogos, sociólogos e historiadores, como neoliberalismo, inventado en Alemania, después de la Segunda Guerra Mundial, aplicado por Margaret Thatcher en Inglaterra; perfeccionado por Ronald Reagan en los Estados Unidos de América (EUA), aunque desde hace 25 años, también se aplicaba en el resto del mundo con resultados diferentes; aunque en América Latina, con efectos desastrosos.

III. Globalización e imperio

El actual orden económico mundial, constituye un sistema de saqueo y explotación como no ha existido jamás en la historia. Los pueblos creen, cada vez menos, en declaraciones y promesas; el prestigio de las instituciones financieras internacionales, está por debajo de cero, lo que ha quebrantado una crisis sostenida en EUA.; y en Europa, el quebrantamiento de la economía y estabilidad política, especialmente en Grecia, Italia y España.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

"La economía mundial es hoy un gigantesco casino".[1] Análisis recientes indican que, por cada dólar que se emplea en el comercio mundial, más de cien se emplean en operaciones especulativas, que nada tienen que ver con la economía real, el crecimiento y desarrollo.

Este orden económico ha conducido al subdesarrollo al 75% de la población mundial.

La pobreza extrema en el tercer mundo alcanza ya la cifra de 1.200 millones de personas; y el abismo crece, no se reduce. La diferencia de ingresos entre los países más ricos, y más pobres, que era de 37 veces en 1960, hoy es de 74 veces; se ha llegado a extremos tales, que las tres personas más ricas del mundo, poseen activos equivalentes al PIB combinado de los 48 países más pobres. En el 2008 (casi igual que en el 2000), el número de personas con hambre física, alcanzó la cifra de 846 millones; la de adultos analfabetos, 874; la de niños que no asisten a la escuela, 345; de las personas que carecen de medicamentos esenciales de bajo costo, dos millones; de quienes que no disponen de saneamiento básico, 2411 millones de niños aproximadamente, menores de cinco años, mueren anualmente por causas evitables.

No se puede culpar de esta tragedia a los países pobres; estos no conquistaron y saquearon durante siglos a continentes enteros, ni establecieron el colonialismo, ni reimplantaron la esclavitud, ni crearon el modelo del imperialismo en todas sus variables. No hubo entonces verdadera visión del futuro, prevalecieron los privilegios y los intereses de los más ricos.

Ante la profunda crisis actual, nos ofrecen, un mejor futuro, todavía peor, en el que no se resolvería jamás la tragedia económica, social y ecológica de un mundo que será cada vez más ingobernable, y donde habrá, cada día más pobres y hambrientos, como si gran parte de la humanidad sobrara.

Es hora de reflexión serena para los políticos y hombres de Estado. La creencia de que un orden económico y social, que ha demostrado ser insostenible, pueda ser impuesto por la fuerza, es una idea loca.

[1] Castro, Fidel, *Declaración en Monterrey*, 2002.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

IV. El derecho social en abstracto

La distinción entre derechos de libertad y de igualdad es la que, en algunos casos, sustenta la división entre aquellos civiles, políticos y sociales. En todo caso, el carácter igualitario es el objetivo de los derechos sociales; por eso se reconoce que la igualdad formal o jurídica resulta insuficiente para el goce y ejercicio de los derechos consagrados en los ordenamientos jurídicos.

Es tarea del Estado, hacer que tal derecho sea respetado, evitando que los más poderosos opriman a los débiles, y que la desigualdad de hecho, destruya la igualdad jurídica. Ahí, donde no hay una intervención correctora de los poderes públicos, la libertad se convierte en coartada para la explotación de los débiles y la igualdad formal, es cobertura ideológica de la desigualdad material.

Los derechos sociales han sido introducidos para enmendar este despropósito. La política social del Estado, debe ser un agente compensador-nivelador que contrarreste (en parte), la dinámica de desigualdad generada por la economía de mercado.

Se hace necesaria la formulación de normas que se interpongan entre el derecho y la obligación; entre el acreedor y deudor. Que sean uno de los niveles como se incorporan los derechos sociales, en el derecho positivo.

Eso supone que esas normas ordenan a los poderes públicos, realizar conductas positivas tendentes, o bien, a crear normas que garanticen derechos subjetivos, crear servicios públicos que faciliten o hagan posible alcanzar esos derechos, creando un Estado social de derecho, es decir, uno que se responsabiliza de sus ciudadanos, y que no se muestra ajeno a sus carencias materiales.

En cada momento histórico, los derechos fundamentales señalan el nivel de las exigencias sociales con relación al Estado, e indica qué espera el ciudadano de los poderes públicos.

El modelo de Estado social surge luego de finalizada la Segunda Guerra Mundial, y está sustentado por el pacto fordista en la producción; y el modelo keynesiano, en la economía; pero, así como los derechos sociales definen la acción estatal, también resultan ser un límite a su poder. Esto se expresa en una obligación de hacer del Estado; la cual radica en mejorar las con-

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

diciones de vida de los ciudadanos; la inexistencia de lo anterior, supone la violación de los derechos sociales; los cuales, sociales se convierten en paradigma de acción del Estado.

Sin embargo, no todos los derechos sociales pueden ser identificados como prestacionales (de dar); un ejemplo tradicional son los derechos de sindicación y huelga, que forman parte del listado de los de carácter social, pero que no requieren de una prestación del Estado. Por el contrario, se trata de derechos que exigen una no interferencia del Estado (lo que no ocurre en México); se encuentran más cercanos a los de autonomía, o de personalidad; aquellos que debe respetar (que no siempre hace), el Estado.

Algunos derechos fundamentales, como la libertad sindical y el derecho de huelga, incluidos, en el catálogo de los derechos sociales, no encajan en el esquema de los derechos-prestación; en efecto, las prerrogativas antes citadas, se derivan para el poder público en obligaciones de no-interferencia. Se trata en definitiva, de híbridos, históricamente vinculados a la segunda generación de derechos, pero estructuralmente afines a los derechos de autonomía.

V. Los derechos sociales en el marco laboral

La particularidad de la libertad sindical, y de la huelga, dentro de los derechos sociales, puede explicarse porque representan en el ámbito laboral, la materialización de la libertad de asociación. La libertad sindical y la huelga se constituyen dentro de la tradición jurídica del derecho laboral, que resulta distinta a la que suele dividir los derechos humanos, en civiles o sociales. Además, estos derechos laborales son reconocidos por los ordenamientos jurídicos, internos e internacionales, con anterioridad a su consagración como derechos humanos; muestra de ello es el convenio 11, de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), de 1921, que consagra el derecho de asociación entre los trabajadores rurales; además, del 87, 98 y 151, estos dos últimos, aún no ratificados por México.

Pero la naturaleza de los derechos laborales, ubicados dentro de los sociales, nos muestran como relevante un tema, que de alguna

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

manera se ha señalado tangencialmente en párrafos anteriores, y que es, la responsabilidad de los terceros en el esquema de los derechos sociales; l cuales, gozan de una doble cara, porque se hacen valer tanto, hacia los poderes públicos, como en las relaciones entre particulares.

Lo que hay detrás de estas argumentaciones, es el rasgo de que los derechos sociales no se reducen a una simple obligación del Estado, sino también, que involucra a los particulares; en efecto, resulta difícil el cabal respeto de los derechos sociales, sin incluir a los particulares dentro del mandato de la norma. Tal vez resulta más fácil explicarlo dentro de las relaciones laborales. Los derechos laborales regulan la actividad privada entre patrón y trabajadores, debido a la desigualdad real que existe al interior de dicha relación.

El Estado interviene en esa relación privada por medio de su regulación y pone en evidencia, el carácter tutelar que cumple dentro de ella a favor de los trabajadores, de manera similar se reproduce con los derechos sociales. Parece admisible que el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado, o el de la protección a la salud, o los de huelga y libertad sindical, deban ser considerados como situaciones jurídicas operativas, tanto, frente a los poderes públicos, como en las relaciones jurídicas entre particulares.

VI. El trabajo

Generalmente es aceptada la idea de que, es la actividad humana que tiende a generar riqueza; y esta, debe ser distribuida entre los seres humanos de la manera más justa posible, por medio de la administración pública.

Esta posibilidad no se ha dado, existen grandes abismos, por ejemplo, tres de los hombres más ricos del mundo, tiene una fortuna superior al Producto Interno Bruto (PBI), que generan 43 países en vías de desarrollo.

Por lo pronto, en México existe el 38% de desnutrición, 36% de analfabetismo, 28% de pobres miserables y 18% de la población sufre tal desnutrición, que tienen degradación física y mental, y se

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

encuentran en vida vegetal, o por lo menos, son incapaces para retener el conocimiento.

VII. El derecho del trabajo en el mundo

Los derechos de los trabajadores, después de un proceso largo de prohibición y represión, son reconocidos en 1824, en Inglaterra, en el terreno colectivo (coalición); en Tolón, Francia, surge el concepto de sindicato, que quiere decir con-justicia en griego; y por ello, el pensamiento social, político, económico y jurídico evoluciona a pasos agigantados.

El siglo XIX es testigo del liberalismo, la doctrina social cristiana y los abogados defensores de los derechos de los trabajadores; nace el seguro social en Alemania, en 1883; y el liberalismo social en 1902 (en Europa); también, la primera ley del siglo XX, que reglamenta el derecho a crear sindicatos, contratos colectivos y huelga, es dada en Francia el 1o. de julio de 1901.

La Primera Guerra Mundial (1914-1918), detuvo el avance social, aunque en 1917, se produjo la revolución en Rusia, que llevó a los *bolcheviques* al poder; y promovió que el Tratado de Paz de Versalles (1919), se ocupará en su parte XIII, del tema laboral como un antídoto de los países imperiales en contra del desarrollo del socialismo; nació así, el concepto de Estado de bienestar, que tuvo vigencia importante durante casi todo el siglo XX, y que hoy sin duda, está en crisis, sobre todo en Europa.

Se mundializa el derecho del trabajo con el Tratado de Paz de Versalles en 1919, y con ello se pone fin a la Primera Guerra Mundial.

Después de la crisis del 29 y la Segunda Guerra Mundial, surge la doctrina del Estado de bienestar, la seguridad social y el pleno empleo, dándose para el efecto, leyes regulatorias; en México, aparece la primera Ley Federal del Trabajo, con lo que se codifican las legislaciones laborales de carácter estatal.

El organismo más interesante de tipo internacionales de carácter colectivo, se forma en Europa paralelamente a la gestación de lo que hoy se denomina Unión Europea, y es, bajo la llamada Unión Europea de Sindicatos, como un contrapeso al avance empresarial

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

hacia la regionalización de las economías, pero su esfuerzo ha sido ineficaz, aunque está en proceso de recomposición.

La recuperación de Europa, después de la Segunda Guerra Mundial, trajo consigo el auge del comercio internacional; los EUA comenzaron una expansión notable, sus empresas fundamentalmente; pero, también otras de la reconstruida Europa, pusieron en práctica un nuevo estilo de trabajo para saltar las barreras aduanales y lograr costos menores, exportando fábricas y marcas, o nombres comerciales, en lugar de mercancías.

Aparece así, el fenómeno del transnacionalismo, que en su impresionante desarrollo, se transformó en multinacionalismo.

Las reglas eran elementales: llegar de forma directa a los mercados, sin costos aduanales; ahorro notable en el valor de la mano de obra, ya que los países de destino por su menor desarrollo, propiciaban ese tipo de inversiones y venta de tecnología, dejando inclusive a un lado, las leyes laborales o de protección y de seguridad social.

Durante años, ese mecanismo funcionó como resultado de acciones unilaterales de los países de mayor desarrollo industrial, siempre acompañado de un ritmo de competencia internacional, con desprecio de los derechos laborales.

Es la expresión de las libertades económicas entre países, la libre circulación de capitales, mercancías y servicios; y en Europa, también de los trabajadores, se borran las fronteras y se buscan mecanismos que permitan la competencia entre los países integrantes de cada grupo, eliminado aranceles y encontrando mecanismos de solución de conflictos, mediante arbitrajes, comisiones internacionales, y apareciendo también, los bloques económicos y tratados de libre comercio, los cuales, violentaban en ocasiones, las leyes laborales.

El mundo se encuentra pues, en la etapa de la globalización, bajo la dirección de un gobierno mundial.

VIII. En México

El derecho laboral aparece con la Constitución de 1917 (artículo 123); la federalización de las normas laborales, en 1931; el seguro

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

social en 1943; la segunda gran guerra favoreció el crecimiento de la economía hasta el 7-8%, así como la industrialización acelerada del país; lo que desgraciadamente no se pudo, no se supo, y no se quiso aprovechar por el gobierno, partidos, sindicatos y menos los industriales de la época, motivo por el cual, la planta productiva en México actualmente es un desastre.

La denominada Constitución del derecho del trabajo, la cual, alcanza su máxima expresión, por lo que respecta a nuestro derecho, en la Constitución Política de 1917, significa, no sólo un reconocimiento histórico de las reivindicaciones sociales, sino, y sobre todo, un compromiso del Estado con los trabajadores. Como lo señala el jurista español, Eduardo García de Enterría, para el derecho del trabajo, las normas constitucionales conforman un marco regulador que, "delimita y prefigura considerablemente el contenido de la norma legal",[2] es decir, es a la luz de los principios de la Constitución que se interpreta y aplica el ordenamiento legal en su conjunto, a fin de garantizar plenamente la efectividad de los derechos fundamentales de carácter laboral consagrados en la misma.

La esencia del derecho constitucional, desde sus orígenes más remotos en la Grecia clásica, no es, sino la limitación del poder público. Bajo la idea clásica del Estado liberal, fundamentalmente debida a John Locke, se constituyó una esfera inalienable de derechos naturales; es decir, el derecho a la vida, a la libertad y el derecho a la propiedad. Posteriormente, con las ideas de Rousseau, sobre la soberanía popular; y de Montesquieu, de la división de poderes, así como la declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, se forjó el constitucionalismo clásico, del cual deriva el concepto del Estado de derecho, uno de los pilares del régimen democrático constitucional moderno.

A México se debe la primera constitución social en la historia universal de las instituciones jurídicas, promulgada el 5 de febrero de 1917, y en vigor a partir del 1o. de mayo del mismo año, estableció un conjunto de garantías sociales en favor de los trabajadores

2 Moctezuma Barragán, Javier, "La Política Laboral y el Orden Constitucional Mexicano", *Revista Laboral*, núm. 61, septiembre de 1997.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

mexicanos. Alfonso Cravioto, diputado constituyente, expresó en el teatro de la República de Querétaro:[3]

> Así como Francia, después de su revolución, ha tenido el alto honor de consagrar en la primera de sus cartas magnas los inmortales derechos del hombre, así la Revolución Mexicana tendrá el orgullo legítimo de mostrar al mundo que es la primera en consignar en una constitución los sagrados derechos de los obreros.[4]

En efecto, Cravioto, Francisco J. Mújica, Heriberto Jara, Froylán Manjarrez, Carlos L. Gracidas, Héctor Victoria, José Natividad Macías, Esteban Baca Calderón (líder en la huelga de Cananea), entre otros insignes constituyentes, protagonizaron el debate más importante en la historia del derecho laboral mexicano.

1. *La Ley Federal del Trabajo (LFT)*

Al federalizarse la materia laboral, se promulgó en 1931, la primera LFT, reglamentaria del artículo 123 constitucional, la cual definió las normas mínimas que deberían regir las condiciones y medio ambiente en el trabajo, y detalló los principios básicos de protección a los trabajadores con relación a percepciones, duración de la jornada, higiene y seguridad laboral, vivienda, indemnización por accidentes y prestaciones sociales, entre otros aspectos; además, postuló el derecho de los trabajadores de asociarse en coaliciones y sindicatos que defendieran sus intereses, y estableció los tribunales de trabajo.

La ley laboral de 1931 cumplió los propósitos para los que fue creada, al ser uno de los medios que apoyaron el "progreso de la economía nacional, la elevación de vida de los trabajadores", y al Estado en su función de control social.[5]

3 *Idem.*

4 Lacavex Berumen, Ma. Aurora, "Constitucionalismo Social*", Revista Laboral*, México, núm. 61, septiembre de 1997.

5 *Idem.*

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Empero, las circunstancias económicas habían cambiado, y fue necesario disponer de un nuevo marco normativo que regulara las relaciones entre los factores de la producción.

2. *La nueva Ley Federal del Trabajo (1970)*

Según Mario de la Cueva, la ley de 1931, no había podido superar el contractualismo civilista, siendo que el principio total, que debería guiar al legislador era completar la obra del constituyente, dignificar al trabajador y reconocerlo como la parte débil en sus relaciones jurídicas con los patrones.

Así, entre las principales innovaciones de la ley de 1970, se encuentra el principio donde el trabajo es un derecho y deber sociales; no es un artículo de comercio, por lo que exige respeto para las libertades y dignidad de quien lo presta. Igualmente, se superó la concepción del salario que consideraba a este como una contraprestación, para convertirlo en un derecho del trabajador.

Asimismo, la nueva ley fortaleció el derecho individual del trabajo, el régimen protector de las mujeres y menores, el derecho colectivo de trabajo, las autoridades del trabajo, el derecho procesal del trabajo y la previsión social.

La LFT ha tenido una serie de reformas y adiciones, entre las que destacan: la capacitación y adiestramiento de los trabajadores y, seguridad e higiene en el trabajo, de 1978, y la reforma procesal de 1979, que entró en vigor el 1o de mayo de 1980.

IX. La globalización y la economía

Después de la caída del muro de Berlín y de la URSS, surge sin duda, un gobierno mundial, lo que, ya expertos en relaciones internacionales, anunciaban hace 30 años.

Los efectos no se hacen esperar; los tratados comerciales se dan (en México, ya son 37), y se anuncian otros. Las regiones económicas, o bloques regionales, se preparan para participar en el contexto mundial, algunos lo han logrado, pues estaban preparados, y porque

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

se hizo, obteniendo la aprobación de los actores económicos (trabajadores y patrones).

La región latinoamericana, no puede presumir que le haya ido bien, al contrario, Argentina, Chile, Uruguay, etcétera, lo confirman.

1. *Argentina*

Cuando gobernaba el señor Menem, era un alumno sobresaliente en aplicar las medidas que le dictaba el Fondo Monetario Internacional, sobre política económica; pero sobre todo, en cuanto a privatizar las empresas y organismos paraestatales, todo tipo de servicios públicos, adelgazamiento del sector público, privatización de la seguridad social y creación de las administradoras de fondos de pensiones (lo que en México, se conoce como Afores).

Llega al poder Fernando de la Rúa, quien sólo insinúa un cambio de política económica, y los organismos financieros internacionales se lanzan de inmediato a sancionarlo por su comportamiento de hijo desobediente; las consecuencias se presentaron en forma de bloqueo financiero y económico en todos los sentidos y sectores, sin permitirle vías alternativas de salida a la situación de crisis; y, los efectos se dejaron sentir de forma asombrosa, el pueblo se rebeló y pidió la renuncia de su gobierno, lo que ocurrió en una semana, en diciembre de 2001.[6]

Se dieron los cambios (en número de cinco) de manera acelerada; el último residente emergente, Eduardo Duhalde, acompañado por la falta de gobernabilidad, desempleo, inflación, alimentos y servicios (cada vez mayor), pero sobre todo, una devaluación, del 400%, en tan solo cuatro meses, logró controlar esto a medias.

El genio demostrado por el pueblo argentino superó la crisis y la postración económica; y, se han permitido en días, millares de argentinos, celebrar a Evita Perón, un símbolo de lucha de los trabajadores.

6 Fernández Arras, Arturo, ponencia presentada en el Congreso Nacional de Derecho del Trabajo en Morelia, Michoacán, marzo de 2002..

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

2. *Italia*

En Europa, también impactó la globalización en abonos, pero se hizo sentir en:

> Tres millones de personas protestan en Roma contra Silvio Berlusconi Sindicalistas de la CGIL rechazan el terrorismo y la Política Social del Ejecutivo derechista y la respuesta del Gobierno fue contundente: la manifestación no cambiará la posición del Gobierno.[7]

¿Cuál es el proyecto de Silvio Berlusconi?, nada más y nada menos, que reformar el artículo 18 del Estatuto Laboral, para permitir la contratación directa de trabajadores sin intervención de los sindicatos, y permitir el despido libre (sin motivo alguno), por parte de las empresas, es decir, que no se reinstale a quien fue despedido, lo cual —dicen—, reduciría la rigidez del mercado laboral.[8] La respuesta del gobierno italiano fue: descalificar la protesta.

El pueblo Italiano no tardó en reorganizarse, y el 16 de abril, diez millones de trabajadores de los diversos sectores, le manifestaron su punto de vista al gobierno en relación a la propuesta; y realizaron una huelga general de ocho horas en Italia.

Al día siguiente, Berlusconi expresó que, ocho de cada diez manifestantes, ni siquiera conocían los verdaderos motivos de la huelga; sin embargo, las encuestas realizadas, revelaron que, aún los italianos que votaron por Berlusconi, desaprobaban la reforma del artículo 18 del Código Laboral.[9]

En Italia por lo pronto, los sindicatos (los trabajadores que los integran), consideran que el artículo 18, es la piedra angular de los derechos de los trabajadores; y los cambios propuestos, permitirán a los patrones, echarlos del trabajo; y, por tanto, la reforma no pasará, y sólo se sentarían a negociar, cuando el gobierno deje a un lado los planes de modificar ese artículo. Mientras que el gobierno

7 *La Jornada*, 20 de marzo de 2002.
8 *Ibidem*, 22 de marzo de 2002.
9 *Ibidem*, 18 de abril de 2002.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

declara que, de todas maneras piensa aplicar los cambios (cualquier semejanza con México, es pura coincidencia).

X. El modelo de relaciones laborales

La globalización (modelo neoliberal), impulsa como necesidad ineludible, la reforma a las normas laborales en Inglaterra, España, Francia, Italia y Grecia con resultados no uniformes; en Latinoamérica, se dan cambios y nuevos modelos de relaciones laborales, por la buena cuando sea posible, y si no, por la vía mala.

Cuando se aplica por la vía mala, no se pueden esperar, sino efectos malos, pues, por instinto los trabajadores trabajan mal y de malas, lo que repercute en la producción y en la calidad de esta.

Es indudable que el Tratado de Libre Comercio (TLCAN), que entró en vigor el 1o. de enero de 1994, ha originado el surgimiento de empresas transnacionales y maquiladoras, las cuales tienen un periodo de vida efímero y precario, justificado y basado en un capital flotante, y en su movilidad hacia otros países en busca de la explotación de sus recursos. Lo que genera el desempleo de los trabajadores mexicanos.

En palabras de Clinton, presidente de Estados Unidos en 1992, observó que la experiencia de las plantas maquiladoras, que se instalaron en las fronteras de México, eran causa de alarma; los estándares laborales son violados regularmente, pero en la actualidad, el TLCAN, a 20 años de su firma, ignora este asunto y simplemente preserva su estado legal, atendiéndose a que cada país miembro cumpla con sus propias leyes laborales.[10]

México falló en la dirección de significativas omisiones de las leyes laborales estadounidenses y canadienses, tomando una tendencia a favor de la desregularización laboral como una estrategia para retener y atraer inversión de capital.

Expuesto lo anterior, algunos juristas afirman que el TLCAN en cuanto a su capítulo sobre los derechos de los trabajadores

10 Guerrero Rodríguez, Fernanda *et al.*, "El TLC respecto al derecho del trabajo en México", *Revista Laboral,* núm. 77, 1998.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

mexicanos en empresas transnacionales y maquiladoras es anticonstitucional, debido a que estas ignoran los derechos o garantías mínimas de trabajo que otorga, por un lado, nuestra Constitución, en su artículo 123; y por otro, la LFT.

A fines de los años 80's, el doctor Baltasar Cavazos Flores, con su singular simpatía, anotaba que a pesar de la terrible crisis económica pronosticada, los ridículos aumentos a los salarios mínimos; del escandaloso recorte presupuestal; del Instituto para la Protección al Ahorro Bancario; de nuestros ilustres diputados con sensibilidad jurídica de granaderos; de las difíciles y complicadas resoluciones políticas que deberán adoptarse; de las 10 plagas de Egipto y la Unión Nacional de Trabajadores (UNT), dirigida por Francisco Hernández Juárez. Nosotros seguimos siendo optimistas moderados y creemos también que, si trabajamos con ahínco, los mexicanos, saldremos adelante.[11]

Sobre la reforma o modificación a la LFT, se sigue trabajando, y esperamos que, cuando menos en su aspecto adjetivo, se logre un código procesal del trabajo por consenso, que tanto necesitamos.

Mucho se avanzaría si lográramos cristalizar en dicho código, las siete propuestas concretas que, desde siempre, hemos presentado (en resumen):[12]

1) Que se eviten las huelgas *pereternum*, estableciéndose un arbitraje obligado para el caso de que, si en 15 días de huelga estallada, las partes no se ponen de acuerdo, resuelva la autoridad de trabajo.
2) Que las declaraciones de huelga sean simplemente de "procedentes o improcedentes".
3) Que dichas declaraciones sean definitivas para que puedan ser impugnadas en amparo directo.
4) Que se supriman los dos artículos gemelos (448 y 902), que impiden la tramitación de los conflictos de orden económico en perjuicio, tanto de patrones, como de trabajadores.

11 Cavazos Flores, Baltasar, "Perspectivas laborales, económicas y políticas para 1999", *Revista Laboral*, núm. 77, septiembre de 1998.

12 *Idem*.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

5) Establecer en los artículos 399, 399 Bis, 419 y 419 Bis, relativos a las revisiones de los contratos colectivos y contrato ley, plazos máximos para su revisión.
6) Establecer un plazo máximo para el periodo de prehuelga en el artículo 920, fracción III.
7) Modificar los artículos 873 y 875, los cuales, determinan que, en una sola audiencia, deberán desahogarse los procesos laborales.

El derecho laboral en México se encuentra en momentos críticos, y no tanto porque se pretenda reformarlo, sino por la orientación que se desea darle. Ante el hecho inevitable de modificación, en virtud de la gran transformación mundial, debe tenerse presente la recomendación de Heriberto Jara, que con motivo de las modificaciones constitucionales de 1962, externó, (y que también es nuestra postura):

No nos oponemos a las reformas, siempre que éstas tiendan hacia arriba, hacia el perfeccionamiento de la ley, hacia el aseguramiento de los derechos del hombre en su más alto significado, comenzando por el derecho sin mañosas taxativas, al fruto íntegro de su trabajo; pero nos oponemos con energía y nos opondremos siempre a cuanto tienda a mermar la grandeza de nuestra carta magna, a cuanto afecte al hombre de trabajo que es el creador de la riqueza, a cuanto relaje o niegue su única defensa, que es el derecho de huelga.[13]

XI. La nueva cultura laboral y las reformas laborales

Después de muchas vicisitudes (entre 1987 y 1995), en torno a la ley laboral, en julio de 1996, la CTM y la Coparmex firman un pacto llamado "La nueva cultura laboral", luego de que la iniciativa del PAN, formulada por Néstor y Carlos De Buen (julio de 1995), fuera congelada en el Senado.

Corrió mucha tinta en torno a este pacto, pues se indicaba que las ideas expuestas no aterrizaban por falta de sustento, y que eran,

[13] Charis Gómez, Roberto, "Tendencia del derecho del trabajo en México", *Revista Laboral*, México, núm. 90, 2000.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

cuando mucho, un decálogo de buenas intenciones; sin embargo, en 1998 se da a conocer un proyecto de código procesal que sólo modifica el aspecto colectivo, pero no resuelve el problema de fondo y que es: cómo producir más y mejor, cómo generar más y mejores empleos, además de, mejor remunerados. Esto no es utópico, pues con voluntad y siendo realistas; y, actuando con honestidad y decoro, se puede.

Ahora se presenta (por enésima vez), la actividad intensa tendente a reformar la ley laboral aunque con propuesta reciclada.

Existen en torno a esto, muchos disparates de los actores que participan, en realidad es un pleito por ser protagónicos y arrebatarse el poder unos a otros; la UNT, pretende ser el relevo del congreso del trabajo mientras que la CTM Y CROC, se alían con el PRI, vencedor de la contienda electoral, y lucharán por mantener sus privilegios.

En realidad, no les interesan, ni los trabajadores, ni los patrones, no existe visión de futuro, ni conciencia de las necesidades de los interesados, quienes con su trabajo, son generadores de riqueza; es decir, ¡estamos fritos!

XII. Los disparates judiciales y declarativos que fermentan las reformas

La reforma propuesta sería flexible, pero inofensiva, si las pistas derivadas de resoluciones y declaraciones de diversas autoridades y políticos, no dieran a entender las diabluras que se intentan; veamos algunos ejemplos:

a) En materia de huelga sólo se puede prorrogar, cuando exista consentimiento del patrón —si este da permiso— (acuerdo de plenos de las juntas de conciliación y arbitraje, de conformidad con la nueva cultura laboral).
b) Laudos en materia de huelga, en los que no existen puntos resolutivos, sino proposiciones, que declaran que no existe estado de huelga (aunque si exista), pero se ordena al emplazante, levantar la huelga (resolución del 6 de marzo de 2002, de la Junta Local de Conciliación y Arbitraje del estado de Jalisco).

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

c) La huelga de Chapingo (en 2002), no lo fue, porque duró 23 horas, y para considerarse como tal, y entrar en estadísticas, requería 24 horas mínimo (Abascal Carranza el 22 de febrero de 2002, ante 67 presidentes especiales de la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje).
d) El gobierno no va a expropiar algo que no es viable (Euzkadi; y, los ingenios quebrados), y el conflicto lo debe resolver la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje (Fox 19 de febrero de 2002).
e) La junta federal resolvió (huelga de Euzkadi), algo que dice: "... es improcedente la huelga que estallaron el 22 de enero..." (*La Jornada* 23de marzo de 2002, p. 43).
f) Los patrones de Euzkadi, sin procedimiento legal, cerraron la fábrica, dejaron en la calle a 1,680 trabajadores, y sin comer a las familias de estos; pero, del cierre ilegal, los únicos responsables (según Fox), son los trabajadores, por su mal comportamiento, ambición e intransigencia.
g) Declararse (la Secretaría del Trabajo), incompetente para conocer del registro de un sindicato nacional de futbolistas, por ser materia local (legalmente esto sería imposible en un país democrático).
h) En los expedientes III-1012/2005 (Omega Corp. S. A. de C. V.); III-1045/2005 (Construcciones y Diseños S. A. de C. V.); y, III-1077/2005 (Ingenieros y Obras Civiles, S. A. de C. V.), promovidos por el Sindicato Nacional Carrillo Puerto (que no pertenece a ninguna central), el presidente de la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje, se despojó de sus virtudes, y en todos, del 14 al 17 de marzo, dictó un acuerdo que dice:

> ...se previene al sindicato emplazante, para que dentro del término de tres días, exhiba la carta intención expedida por la empresa al rubro indicada, documento del cual se desprenda la voluntad de ésta última para celebrar y firmar el pacto colectivo, motivo del conflicto apercibido que de no hacerlo así, se entenderá su desinterés en el presente conflicto, se negará el trámite y en consecuencia se archivará el presente expediente como asunto total y definitivamente concluido.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Como se observa, el presidente de la junta pretende que el sindicato le pida a la empresa emplazada (que es su enemiga natural), expida una carta donde acepta firmar un contrato al terminar el conflicto de huelga; ¿cómo la ve querido lector?

Si este es el estilo (de un presidente de la República, de un secretario del Trabajo y de un presidente de la junta federal), imagine usted el destino que les espera a los trabajadores de México.

En este terreno, el 23 de febrero de 2002, el señor Abascal, "emocionado democráticamente", dijo que iba a realizar una consulta nacional vía internet, para la reforma laboral, en la que se dio respuesta casi nula.

En nuestro país, los dislates y las tonterías están a la orden del día, la gente común y corriente, resiste, y aparentemente no protesta, no dice nada; sin embargo, nuevamente, los señores barones del poder y del dinero no deben equivocarse, recordemos que en México no pasa nada hasta que sucede, y las encuestas anuncian, que el 78% de la población le tiene desconfianza a los funcionarios públicos, porque para éstos, su divisa es la mentira, la farsa y traición al pueblo que los eligió.

Con el licenciado Javier Lozano, la propuesta cobró fuerza, y amenazó que se aprobaría por el Congreso de la Unión; lo peligroso es que ahora, será senador de la República.

XIII. De nuevo la amenaza de la reforma laboral

En la práctica, la Ley Federal del Trabajo, ha sido rebasada por la realidad; esto, no se discute.

Los intentos por reformar las normas laborales en vigor desde hace más de 30 años, como se ha dicho, no son nuevos, aparecen cíclicamente en el panorama nacional. En el sexenio de Salinas, de todas las leyes importantes que fueron modificadas, la laboral, siempre estuvo en la mira, pero nunca se atrevió a tocarla, aunque si utilizó al licenciado Farell Cubillas, en la Secretaría del Trabajo, para atacar y perseguir al sindicalismo de oposición.

El tema volvió a ser retomado sucesivamente en 1995, 1997, 1998, 2000, 2002, 2010, 2011 y 2012 por los empresarios.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Mientras los sindicatos son incapaces de aceptar y promover cambios con propuestas propias, y están imposibilitados de hacer gestiones, y negociar las nuevas condiciones de trabajo, a cambio de atender la necesidad competitiva de las empresas de mayor productividad del país, porque tal circunstancia repugna con sus compromisos políticos.

Como se ha dicho, la reforma laboral, que si bien es necesaria, los tiempos dictan que no están para eso; cosa que, por falta de sensibilidad política, no sabía nuestro secretario boxeador Javier Lozano, titular de la Secretaría del Trabajo, quien después de echarse a la uña el trompo de Luz y Fuerza del Centro (en 2009), ya encarrerado, cual audaz ratón, se lanzó por la reforma laboral, después de haber sometido a revisión (según él), 295 propuestas (entre ellas, 184 iniciativas formales de ley).

Como se indicó, su antecesor, el licenciado Carlos María Abascal Carranza, en la reunión de regionalización jurídica y administrativa de la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje, del 22 al 23 de febrero de 2002, dijo que iba a realizar, del 11 al 14 de marzo, una consulta nacional para la reforma laboral; dicha "consulta" terminó, con muy pocos participantes, pues los temas fueron improvisados; entre los cuales, están los siguientes:

1) Definir y esclarecer los conceptos de subordinación y del trabajador de confianza.
2) Establecer ordenamientos contra la discriminación de grupos vulnerables.
3) Analizar y establecer nuevas modalidades de contratos (de prueba, temporada, etcétera), con límites para asegurar la protección de los trabajadores.
4) Facultar a las autoridades del trabajo para que tomen en cuenta las circunstancias particulares de contratación en los micros y pequeños centros de trabajo.
5) Regular más ampliamente las responsabilidades de los grupos de empresas y las figuras de substitución patronal.
6) Fortalecer la libertad sindical, libre sindicación, autonomía, democracia y pluralismo sindicales.
7) Fortalecer la capacitación y adiestramiento en el trabajo.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

8) Fomentar la productividad e instrumentar incentivos para los trabajadores.
9) Revisar la organización y funcionamiento de las autoridades del trabajo.
10) Fomentar el desarrollo de una cultura de seguridad e higiene en el trabajo.

Esta propuesta-consulta, que bien se podrá denominar Lozano bis (porque se adoptó por este), afirma que se condensa lo mejor, y tiende "hacia una reforma laboral para la productividad y la previsión social", la cual, contiene cinco aspectos fundamentales:

a) Acceso al mercado laboral y creación de empleos.
b) Transparencia y democracia sindical.
c) Fortalecer las facultades normativas, de vigilancia y sancionadoras de las autoridades del trabajo.
d) Equidad de género, inclusión y no discriminación.
e) Fortalecer la administración de la justicia laboral, parecen ser los ejes centrales de los dos gobiernos federales en los últimos tiempos:

Sin embargo, en torno a la reforma, existen varias vertientes:

1) Al igual que en los años 50's y 60's, los grupos más tradicionales de la clase empresarial, prefieren seguir optando por la ganancia inmediata y acumulación de fortunas, y no por el desarrollo productivo y social del país con una visión de largo alcance. De esta forma, se propone una revisión exhaustiva y completa del marco jurídico laboral del país, con el objeto de propiciar un cambio de las concepciones, enfoques y roles de la clase empresarial para su desarrollo, como fuerzas sociales y productivas, y de igual manera incrementar las condiciones y prestaciones a los trabajadores.
2) Las tradicionales, provenientes de la vieja estructura de poder de organizaciones sindicales, partidos políticos, algunas que se oponen a cualquier intento de reforma de la legislación laboral, por considerar que constituye la posibilidad o certeza de

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

perder derechos y conquistas, logrados históricamente por los trabajadores de México; por desgracia, esta posición alberga a los principales usufructuarios del sindicalismo corporativo, y dentro de este, a los beneficiarios de prácticas, como el sindicalismo de protección.

3) Las mixtas, que concilian y recuperan planteamientos de todas las posiciones anteriores, por lo que en ocasiones, llegan a tener contradicciones, inconsistencias.

Lo anterior, pone de manifiesto que, en cierta forma, la reforma de la legislación laboral se ha convertido en una lucha táctica, en la que los partidarios de las diferentes posiciones, parecen calcular el momento más oportuno para imponer sus planteamientos.

A la fecha, los planeamientos y enfoques han sido sumamente reduccionistas y formales; las posiciones se polarizan y se reducen a cuestiones de derechos y justicia contra ganancias y competitividad; como cumplir con los requisitos y lineamientos de los organismos financieros internacionales, frente al cumplimiento de los derechos de los trabajadores; cómo modificar, ajustar o maquillar ciertos artículos obsoletos de la ley, o, dejarlos como están; cómo ejecutar en la práctica, la flexibilización y la desregulación, contra dejar a la ley como un instrumento que no favorece el desarrollo productivo y social del país.

El balance de los últimos años, demuestra la necesidad de construir nuevos mecanismos y esquemas de diálogo y consenso en el ámbito laboral, no sólo en el plano nacional, sino también en el internacional, porque no es posible que un sector tan fundamental como el laboral, siga determinado por lineamientos y estrategias de corte financiero y macroeconómico, y peor aun, cimentado en aspectos políticos, y que no se reconozca el papel que la cuestión laboral puede tener como alternativa para replantear las estrategias de reestructuración económica.

Entonces es necesario que se retomen, de manera seria y coordinada, las discusiones sobre la nueva legislación laboral de México, pues urge definir nuevas reglas laborales en una Ley Federal del Trabajo congruente, que constituya una oportunidad para cambiar los términos y el enfoque mismo de la reestructuración

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

económica; y así, lograr construir una aproximación que conjugue las exigencias económicas y productivas del país en el marco de la globalización, con sus exigencias sociales.

En otras palabras lograr una convergencia armónica y equilibrada entre lo productivo y lo social, teniendo como una de las alternativas, lograr la convergencia entre los enfoques económico-productivos, con los sociales, para la reforma de la Ley Federal del Trabajo.

Por ello, la reforma laboral y productiva, tiene que ser vista como una oportunidad para corregir, de manera distinta, las asimetrías y deficiencias de los procesos macroeconómicos, desde el ámbito social y productivo.

Buscar con ello dar forma a un nuevo pacto social de las relaciones entre capital y trabajo, que impulse un desarrollo productivo del país en todos sentidos, alentando la productividad y competitividad de las empresas, como resultado de la productividad y competitividad del capital y el trabajo; y, generando condiciones estructurales, de largo alcance, para el desarrollo económico, social y político de los factores productivos, y en particular, para el fortalecimiento de la democracia.

Reiteramos nuestra opinión, expresada en diversas oportunidades de que si bien la Ley Federal del Trabajo amerita reformas, no es hoy el momento propicio para proponerlas; estimamos que todavía no están dadas las condiciones políticas, ni económicas, para tal efecto; claro, desde el punto de vista de interés y de los derechos legítimos de la clase trabajadora.[14]

Dicha reforma, solicitada por la cúpula empresarial, con el beneplácito y quizá por indicación del gobierno de la República, toda vez que el modelo económico neoliberal, requiere de relaciones laborales flexibles, sin tantas trabas legales en los mecanismos de contratación y despido, ni en las negociaciones colectivas de trabajo.

De otra manera (dicen), no habrá inversiones en México, se nos advierte; por consiguiente, de no obtener concesiones en los puntos anteriores, no tendría sentido para el sector patronal, reformar la actual ley; por ello, consideramos altamente peligroso para la

14 Arias Lazo, Agustín, "¿Debe o no reformarse la Ley Federal del Trabajo?", *Revista Laboral,* núm. 74, 1998.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

clase trabajadora, la propuesta de reforma a la ley laboral, en estos momentos.

Lo deseable es esperar mejores tiempos, en los que tengamos gobiernos plenamente identificados con los principios y derechos sociales, para proponer reformas que en verdad favorezcan a los trabajadores y corrijan, por otra parte, lo que no ha funcionado correctamente en todos estos años.[15]

Ahora bien, ¿qué hacer?, ¿es necesario reformar la Ley Federal del Trabajo?, o, como afirman algunos ¿sólo se deben respetar sus disposiciones?

Algunos plantean lograr la efectividad de las libertades, es decir, lograr el reconocimiento pleno y amplio; y así, lograr la posibilidad real de su ejercicio, haciendo desaparecer, no sólo los obstáculos reales, sino también los formales.

Otro sector, a su vez, propone la intervención directa de las personas y grupos en la actividad pública y social, pues cuanto más intensa sea la participación de la sociedad, y esta se organice, la democracia será más activa, dinámica, sana y enriquecedora.

Existen pues, bajo esta visión, dos tareas importantes: ¿cómo hacer efectivas la libertad e intervención directa de la sociedad, si la libertad tiene obstáculos formales impuestos por el Estado en la Ley Federal del Trabajo; y, bajo la justificación engañosa de la participación y el tripartismo, el Estado, el sistema y sus corifeos corporativos, viejos y nuevos, hacen imposible acceder a ambos objetivos por la existencia de obstáculos formales contenidos en la legislación laboral?

En realidad, el problema para la reforma es múltiple, pues en México la crisis ha sido un fenómeno recurrente, por lo que se inició un proceso de destrucción de la estabilidad económica, y durante el gobierno del presidente José López Portillo se celebraron las primeras cartas de intensión, que permitieron la intervención del Fondo Monetario Internacional en la toma de decisiones de la política económica en nuestro país.

Esto se vio reflejado en el modelo de relaciones laborales y en la política sindical; los trabajadores vieron disminuidos sus ingresos

15 *Idem*.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

reales y el abatimiento de su capacidad adquisitiva, poniendo en riesgo su salud; y los sindicatos perdieron eficacia.

Después de 1931, la Ley Federal del Trabajo sufrió dos reformas; una integral en 1970; y otra en el terreno procesal, que destruyó la eficacia procesal en 1980 y, también, la eficacia de las coaliciones de trabajadores.

En los últimos 25 años los presidentes en turno, han intentado sin éxito, todavía, reformar la ley del trabajo.

Se han presentado 339 propuestas, y la que se pretende imponer desde el poder presidencial, es la del Partido Acción Nacional, del 18 de marzo de 2010; pero, ahora, por conducto del PRI, se formula una propuesta similar con algunas variantes.

El argumento de la actual ley laboral mexicana constituye un obstáculo al crecimiento, desarrollo y generación de empleos; y además, resulta impostergable una reforma que los genere, pero que es necesaria para superar el atraso.

En cambio, otros (los más), afirman que en realidad, la propuesta de reforma encierra mecanismos tramposos para consolidar formas de trabajo que representan un modelo que ha evidenciado su incapacidad, no sólo para resolver los problemas mayúsculos de la sociedad mexicana, sino la nula promoción de generación de empleos, pues nuestros empresarios, han llegado al límite; y, quien puede crear fuentes de trabajo, es la inversión extranjera directa, pero esta, requiere una ley laboral a modo, es decir, blandita, maleable, y además, con trabajadores baratos.

En consecuencia, sólo nos queda cuestionarnos, si la Ley Federal del Trabajo debe ser reformada; o, esta iniciativa se presenta en un año de crisis y cuando empieza la definición de un largo proceso electoral, pues el Partido Revolucionario Institucional, presentó también una propuesta de reforma laboral, que finalmente retiró de la discusión política (en 2011); pero el PAN, tercamente, el 10 de marzo de 2012, presentó un refrito de la iniciativa de 2010.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Antecedentes

A partir de 2000, el Partido Acción Nacional, asume el poder del gobierno Federal, y reinicia con intensidad la fiebre reformadora laboral; y suman, hasta ahora 339, con un común denominador: nunca se ha consultado a los destinatarios, es decir, a trabajadores y patrones; sin embargo, para la clase política sólo cuentan para la obtención de votos, para lo demás, son dispensables.

Hemos señalado que, durante 2010, fueron presentadas varias propuestas de reforma laboral; el PAN, el 18 de marzo; el PRD, el 29 del mismo mes; y, el PRI, por conducto del diputado Amador Monroy, proponiendo partir en dos la Ley Federal del Trabajo y convertirla en dos códigos, uno, como "Código Federal Del Trabajo" y otro, como "Código Federal de Procedimientos del Trabajo", denominaciones que ya son viejas y que, por improcedentes, fueron rechazadas en 1998 (aunque esto, el diputado Monroy lo ignoraba), sólo que la encontró en el cuarto de los desechos y, confiando en la ignorancia de la población, la presentó como propia, ¡cinismo y desvergüenza pura!

El PAN abre el camino, y el PRI, como siempre, esconde sus cartas (pero le hace propuestas), hasta en tanto no tenga elementos de negociación ventajosa que le reditúen beneficios electorales, pues aunque presentó el 10 de marzo de 2011 su última propuesta de reforma laboral, que no aparece como punto en su agenda legislativa, retirándola sorpresivamente pero sin escándalo, el 12 de abril para realizar, en su lugar, consultas en mayo y junio a la sociedad.

Lo anterior, nos obliga a pensar como siempre, que las cúpulas políticas practicarán el juego de utilizar a los trabajadores como costal de papas, a ver quién da más para efectos electorales, como efectivamente ocurrió con la práctica sempiterna de comprar votos, por despensas y otros medios que aun se discuten.

XIV. Situación actual de las propuestas de reforma laboral

En los últimos 25 años, las propuestas más trascendentes al final del siglo XXI, han sido del PAN en 1995, de la UNT-PRD en 1998,

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

la unificada de las cúpulas patronales y del sindicalismo corporativo, y de la Secretaría del Trabajo, en julio de 2002.

Es posible que la necesidad de reformas se justifique, puesto de la Ley Federal del Trabajo actual, que en apariencia tiene 1010 artículos, según se vea el número final; tiene en realidad 1073, lo que la convierte en la ley laboral más grande del mundo y también la más confusa, incomprensible e inaplicable.

Por tanto, debemos pensar en una ley sencilla, entendible por todos y aplicable para todos, en la que tenga preeminencia la lógica y el sentido común, pero sobre todo, que sea eficaz a los fines, para lo que son creadas, es decir, la paz social mediante la impartición de justicia.

Para ello, es fundamental que la clase política consulte a los destinatarios de la ley, es decir, a los trabajadores y patrones y de estos últimos, en especial, a los micros, pequeños y medianos empresarios, que son quienes generan el 97% del empleo en el país; pero, a quienes jamás se les pide opinión.

Mientras esto no ocurra, las leyes serán mentirosas, pues no responderán a la realidad social que pretenden regular, y serán por tanto, ineficaces.

A la iniciativa del PAN, se adhieren los empresarios, abogados de empresas, y el PRI, por supuesto; y todos buscan una nueva ley a modo, que facilite y les permita, someter el trabajo a una explotación mayor, obviamente, abaratando el costo del despido de los trabajadores.

Los que la rechazan, que son los partidos opositores al PAN, sindicalistas independientes y académicos, se han pronunciado en torno a la iniciativa de reforma laboral, manifestando que esta obedece a un plan programado que sería irresponsable calificar de ingenua, o bien, producto de la ignorancia.

Más bien, estamos convencidos de que es una provocación, ya que, a sabiendas de que será rechazada, tiene por objeto culpar a los que se opongan a esta reforma, de la falta de empleo, del estancamiento y de la miseria de la población, pues la propuesta es perversa.

De manera especial, las iniciativas del PAN y PRI (aunque estén en calidad de espera) pretenden:

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

1) Promover la precarización, como supuesto mecanismo eficaz para la generación de empleos, autorizando la subcontratación, hasta ahora ilegal.
2) Establecer el pago por hora, alegando que en los países desarrollados esto ya se hace, como en Estados Unidos de América y Canadá. Sin embargo, allá el salario es, hasta quince veces mayor que en México; por tanto, resulta una broma de mal gusto, que se pudiera fijar un salario por hora, de $7.80 (siete pesos 80/100 M.N.), o su equivalente, 60 centavos de dólar estadounidense. En tanto que allá, se paga ocho dólares la hora de trabajo en promedio.
3) Promover los contratos temporales, a efecto de que los trabajadores sean removidos y sustituidos como por arte de magia.
4) Auspiciar el despido libre y barato, para atraer la inversión extranjera.
5) Desaparecer la estabilidad en el empleo, prescribiendo que los trabajadores con antigüedad menor a tres años, puedan ser despedidos, incluso, sin causa y sin derechos.
6) Suprimir la justicia laboral para los trabajadores, abaratando el costo, mediante el pago de salarios caídos hasta un límite de seis meses, cuando se demuestre la responsabilidad patronal.
7) Mantener (sin decirlo) los mismos vicios de injusticia laboral, pues no existen propuestas para que la impartición de justicia sea pronta y expedita como lo prevé la Constitución; los procesos tienen una duración de seis años y medio en promedio, contrario a otros países que duran sólo dos meses, como en España y República Dominicana, entre otros.
8) Suprimir de plano el derecho a la contratación colectiva, y mediante mecanismos tramposos, imponer requisitos insalvables para que sólo los líderes sindicales oficiales, tengan acceso a la firma de contratos colectivos, y no los trabajadores.
9) Impedir, en realidad, el ejercicio, la libertad y eficacia en los sindicatos, independientes, pues se pretende crear una autoridad investida de atribuciones absurdas y violatorias de la libertad sindical.
10) Limitar el derecho de huelga, estableciendo nuevos y mayores requisitos para ejercerla.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

11) Confirmar la ineficacia de la figura de la coalición, como medio de defensa de los intereses comunes de los trabajadores.
12) Ratificar la permanencia del artículo 932, que permite se vulneren y priven a los trabajadores de sus derechos sin notificarles, ni emplazarles a juicio; y mucho menos, someterlos a este, y además, despedirlos sin indemnización alguna.
13) Crear un arbitraje obligatorio (pero de fantasía) en los casos de huelga, dándole facultades al patrón para promover la terminación de una huelga, pero no a los trabajadores para desistir de esta.
14) Engañar a las mujeres trabajadoras, afirmando que la iniciativa tiene una perspectiva de género, cuando en realidad, no existe ninguna eficacia práctica.
15) Desaparecer a los sindicatos gremiales, al impedirles ser titulares de un contrato colectivo de trabajo, lo que los convierte en un instrumento ineficaz de defensa de los trabajadores.
16) Mecanismos que hacen imposible cambiar de sindicatos, ejerciendo los trabajadores su libre voluntad de cambiarse, según su preferencia.
17) Ratificar la impartición de la justicia laboral bajo la dependencia del Poder Ejecutivo, tratando a trabajadores y patrones como minusválidos mentales.
18) Auspiciar la eficacia y permanencia eterna de los líderes sindicales corruptos, pero amigos, mediante los artículos 34, 469, 927 y 932, dándoles facultades a estos, para renunciar a los derechos de los trabajadores, sin conocimiento de los mismos.
19) Las iniciativas además de pretender legalizar las subcontrataciones y el fraude laboral; engordan artificiosamente el articulado existente sin sentido alguno, y se implementan medios para que los trabajadores jamás logren tener acceso a sus derechos y a la justicia laboral, pues la mejor forma de negarlo, es regulándolo hasta de manera perfecta.
20) Las propuestas representan la seguridad a los inversionistas extranjero que en México se puede explotar a los trabajadores y disponer de ellos casi sin riesgo, ni costo alguno; pues, cuando las empresas pierdan los juicios laborales por despido de los trabajadores, únicamente tendrán que pagar seis meses

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

(para el PAN); o, un año según el PRI, de salarios caídos, aunque el proceso laboral dure veinte años.

21) Se utilizan medios tramposos de encuestas en las que se afirma que el 80% de los mexicanos apoyan la reforma, la cual, realizó la Secretaría del Trabajo y Previsión Social en 2010, que resultó increíble y fantástica, pues se adolece de analfabetismo de más del 30% de la población mexicana.

XV. Conclusión y propuestas

Debido a la crisis económica mundial, y especialmente europea, es cierto que la ley laboral mexicana ha sido rebasada por los acontecimientos sociales, y que requiere una reforma profunda e integral, pero se debe considerar que las leyes, en cualquier país del mundo, tienen destinatarios; y en el presente caso, el Estado mexicano tiene la responsabilidad de consultar a los interesados, que son los patrones y trabajadores. No se puede ser tan ligero y pensar que nuestros folclóricos diputados, por el hecho de serlo, ya conocen la ley. ¡Nos han demostrado hasta la evidencia, su ¡ignorancia supina!

Nosotros hemos afirmado, que si se trata de reformar la ley del trabajo mexicana, la metodología para lograr una legislación laboral equilibrada, debe tomar en consideración puntos de conflicto a resolver; y, proponemos se ponga a debate y consulta con los interesados, por lo menos los siguientes puntos:

a) Eliminar el trámite de registro sindical y de las directivas sindicales ante la autoridad laboral.
b) Establecer el Registro Público de Sindicatos y Contratos Colectivos, mediante un organismo público y autónomo.
c) Respetar el derecho de los trabajadores de pertenecer o no a un sindicato, sin ningún tipo de hostigamiento, discriminación o persecución.
d) Promover la elección de las directivas sindicales por voto universal, directo y secreto.
e) Otorgar competencia a las comisiones de derechos humanos, para incluir la materia laboral.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

f) Garantizar la igualdad de derechos de los trabajadores ante la ley. Derogar todos los reglamentos de excepción; y hacer también realidad, la plena igualdad de género en el mundo del trabajo.
g) Derogar el artículo 34 de la ley laboral, pues en México se permite que los líderes sindicales supriman derechos de los trabajadores al amparo de este dispositivo.
h) Las huelgas y los conflictos colectivos de naturaleza económica, deben promoverse también por los trabajadores (vía coalición), en ausencia de sindicatos o de negativa de su líder.
i) Derogar los artículos 371, 395, 441, 448, 902, 923, 932 y 938 de la ley del trabajo, pues a través de ellos, se violan derechos fundamentales de los trabajadores, permitiendo el despido de manera gratuita por las empresas.
j) Incluir los casos de responsabilidad y formas de sanción para los presidentes titulares de las juntas de conciliación y arbitraje, en los casos en que dichos funcionarios violen la ley, situación que se presenta regularmente, y de manera cotidiana, aunque no existe sanción, convirtiendo a los presidentes de estas, en delincuentes impunes.

Lograr lo anterior, será posible, sólo en la medida en que participe la sociedad mexicana en su conjunto (algo que en nuestro país no se acostumbra, motivando que no exista justicia laboral y menos con una ley tan extensa; lo que hace imposible su comprensión), para lograr la transformación para bien de la legislación mexicana del trabajo.

Hemos presentado, en distintos foros, un proyecto que hemos consensuado con trabajadores, académicos, representantes sindicales, abogados y algunos micros, pequeños y medianos empresarios; y, que hacemos consistir en sólo 327 artículos, más tres transitorios, que de manera sencilla, expresan derechos y obligaciones de trabajadores y patrones, manteniendo los principios que han inspirado al derecho del trabajo y que hemos denominado. "Ley Federal del Trabajo para el siglo XXI", la cual, se envía como anexo, y el lector puede consultar en la página *www.cenijur.com*.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

XVI. Bibliografía

Arias Lazo, Agustín, "¿Debe o no reformarse la Ley Federal del Trabajo?", *Revista Laboral,* núm. 74, 1998.

Cavazos Flores, Baltasar, "Perspectivas laborales, económicas y políticas para 1999", *Revista Laboral*, núm. 77, septiembre de 1998.

Charis Gómez, Roberto, *"*Tendencia del derecho del trabajo en México*"*, *Revista Laboral*, núm. 90, 2000.

Fernández Arras, Arturo, Ponencia en el Congreso Nacional de Derecho del Trabajo, Morelia, Michoacán, marzo de 2002.

Guerrero Rodríguez Fernanda *et al*., "El TLC respecto al derecho del trabajo en México", *Revista Laboral*, núm. 77, 1998.

Lacavex Berumen, Ma. Aurora, "Constitucionalismo social*", Revista Laboral*, núm. 61, septiembre de 1997.

Moctezuma Barragán, Javier, "La política laboral y el orden constitucional mexicano", *Revista Laboral*, núm. 61, septiembre de 1997.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

CONCILIACIÓN Y MEDIACIÓN EN EL DERECHO DEL TRABAJO

Antonio Isaac Gómez Alcántara*

Con gran afecto y admiración a Hugo Ítalo Morales: una vida ejemplar por su calidad humana, profesionalismo y honestidad, pero sobre todo por su amor y entrega al derecho del trabajo.

Sumario: I. *Justificación del tema*. II. *Conceptualización*. III. *Mediación*. IV. *La conciliación*. V. *Ley de Mediación, Conciliación y Promoción de la Paz Social en el Estado de México y Reglamento del Centro de Conciliación y Mediación del Poder Judicial del Estado de México*. VI. *Consideraciones personales y conclusiones*. VII. *Bibliografía*.

I. Justificación del tema

En razón de que el derecho es un producto social, y consecuentemente, toda norma jurídica tiene su razón de ser en las necesidades de la sociedad y, en la satisfacción de las mismas; por ello, me atrevo a comentar la normatividad, teoría y conceptualización de dos instituciones que, como formas de solucionar conflictos y evitar juicios, o terminarlos, se utilizan como sinónimas, y se aplican como iguales en todas las materias del derecho, en especial en

* Miembro de número de la Asociación Iberoamericana del Derecho del Trabajo, y académico en la Academia de Derecho Procesal del Trabajo, México.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

nuestro derecho del trabajo; esas instituciones son: la mediación y conciliación. Y todo esto, con el objeto de conocer y dilucidar su naturaleza jurídica, y su regulación normativa dentro de los ordenamientos jurídicos que las establecen, poniendo en claro cuál ha sido su razón de ser, y los motivos de su existencia en el mundo jurídico, lo que permitirá justificar su existencia, pero sobre todo, su novedoso resurgimiento en nuestro sistema jurídico mexicano.

Por tanto, es preciso en primer término, analizar las razones por las cuales se originaron o nacieron estas instituciones, y por qué en nuestro tiempo se vuelven a poner de moda, o se pretende que se actualicen como novedosas, en los ámbitos civil y penal, ya que en el mundo del derecho del trabajo existen, y son utilizadas, desde hace mucho tiempo, aunque con muchas deficiencias en su aplicación.

Sin lugar a dudas, la conciliación y mediación son dos maneras de solucionar conflictos o litigios, que forman parte de la autocomposición, y que todos sabemos, que en la teoría general del proceso se estudian, junto con las soluciones de la heterocomposición, y que son las dos formas en la que clásicamente los juristas han clasificado las maneras de solucionar conflictos entre los contendientes de un litigio, o de un próximo juicio o procedimiento.

Ahora bien, en principio, la razón de ser de la conciliación y de la mediación está sin lugar a dudas, en la preocupación del mundo del derecho y la ciencia jurídica, de tratar de resolver los conflictos entre las partes de un litigio de la mejor, más rápida y sencilla de las formas, sin que tengan que someterse a un siempre tortuoso, costoso y farragoso juicio ante las autoridades jurisdiccionales. Ese fue sin temor a equivocarnos, el origen de ambos tipos de solución, que es válido decir, se han utilizado como sinónimas desde entonces, habiendo justificado plenamente su existencia, al haber coadyuvado a la solución de muchos conflictos, incluso ya convertidos, en juicios o procedimientos jurisdiccionales.

Y ahora, en nuestro tiempo, la mediación y conciliación, resurgen nuevamente como instrumentos esperanzadores de solución de conflictos, pero ahora como formas de atenuar la abrumadora y angustiosa cantidad de conflictos y diferencias entre los particulares; que han hecho ya imposible, la eficiente y pronta administración de justicia, a la que están constitucionalmente obligados los órganos

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

jurisdiccionales en todas las materias de la ciencia jurídica. Por esta razón, vuelven a resurgir estas instituciones jurídicas, con la ilusión de abatir los grandes rezagos de la impartición de justicia. En otras palabras, se ponen de moda estos métodos de solución de conflictos, en suplencia de la deficiente administración de justicia, que ha sido tremendamente rebasada en sus estructuras, por la presencia de una enorme cantidad de procedimientos y juicios.

En efecto, y refiriéndome únicamente al mundo del derecho del trabajo en nuestro país, es necesario señalar como realidad bien conocida, que nuestros tribunales jurisdiccionales, las juntas de conciliación y arbitraje, tanto las locales como la federal, han multiplicado su trabajo y actuación en muchos puntos porcentuales, atento o debido al cúmulo, cada día más numeroso de demandas individuales y colectivas, derivadas de las crisis económicas y sociales que vive nuestro país; lo que no solamente hace que los juicios laborales, que hipotéticamente debieran durar unos meses, se resuelvan ahora en varios años, con el consecuente resultado de graves perjuicios para los trabajadores y especialmente para los patrones, sino que además ha producido la proliferación de litigantes sin escrúpulos, que medran con la dilación procesal, debido al flagelo de los salarios caídos.

Basta decir que, en las juntas especiales, de la Federal de Conciliación y Arbitraje, las audiencias que legalmente deben señalarse en términos de 10 a 15 días, como lo ordena la ley de la materia, se señalan ahora, en términos de cinco a seis meses, con el "insólito argumento" de la carencia de personal, y medios o recursos, para atender el número de demandas que se presentan, tal como se asienta cínicamente en los acuerdos de dichas juntas.

A esta invocada falta de recursos, que dicho sea de paso es cierta, se debe agregar con toda vergüenza, derivada de la casi extinta ética profesional, que se ha producido la ya acostumbrada interposición de demandas injustas e infladas que, aprovechando la dilación antijurídica de los procesos laborales, y el señalado flagelo de los salarios caídos, se han convertido en un negocio de litigantes y trabajadores sin escrúpulos. Situación que ya es impostergable acabar y eliminar, a través de las reformas legales tan añoradas, que esperamos que efectivamente resuelvan la situación laboral tan

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

angustiosa, especialmente para la planta productiva del país y los propios trabajadores.

A esta situación, cada día más angustiante, obedece que se vuelva la vista esperanzadora a las soluciones sencillas y rápidas de los conflictos laborales, y seguramente, de todas las materias, que ofrecen la mediación y la conciliación.

II. Conceptualización

Hemos dicho que la mediación y conciliación tienen connotaciones similares, o se utilizan como sinónimas, en atención a que es complicado, con criterios objetivos, establecer con claridad sus diferencias, ya que estas son meramente simplistas o de carácter semántico, aunque de poca trascendencia para el mundo del derecho y sus consecuencias en las relaciones laborales.

La conciliación y mediación, son conceptos que aparecieron y se institucionalizaron en el derecho del trabajo, aunque, primero fue en el derecho internacional público, como una consecuencia de la necesidad de resolver los conflictos derivados de las relaciones internacionales, y sus conflictos entre países, y posteriormente, en las relaciones laborales, también como manera sencilla y rápida de resolver los conflictos.

De tal manera que, debemos afirmar, como conclusión contundente, que estas formas de solución de conflictos o litigios, no es algo novedoso o de reciente creación, sino que en nuestra materia laboral, se utilizan el siglo pasado en nuestro país; y, antepasado en otras latitudes.

Tienen pues, ambas instituciones el mismo objeto de tutela o justificación, que es la solución de conflictos con la intervención de terceros que con sus buenos oficios faciliten el diálogo entre las partes, para que, de la mejor manera, lleguen a un arreglo que evite mayores consecuencias.

Debemos hacer notar que, lo que motivó nuestra curiosidad sobre el tema, fue, como ya mencionamos, que estas instituciones aparecen nuevamente en nuestro mundo jurídico, por una razón que sí es novedosa y alarmante, que es la proliferación de los con-

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

flictos, tanto en el ámbito civil y penal, como ahora, en el laboral. Y es que, ahora las políticas públicas ya se están preocupando de la situación alarmante y angustiosa del rezago judicial; aunque, pensamos que es demasiado tarde, puesto que, ya el número de demandas laborales, tanto en el ámbito federal, como en el local, ha rebasado con mucho, la capacidad operativa de los tribunales jurisdiccionales del trabajo.

Por otra parte, estimamos que las instituciones en estudio, teniendo como objetivo primordial la solución de conflictos de manera pacífica y consensuada, requieren como premisa, técnica necesaria y obligada, establecer primero un concepto claro y universalmente aceptado, de lo que es un "conflicto en materia laboral".

Ernesto Krotoschin,[1] Pérez Botija, y Cabanellas,[2] coinciden en que el conflicto es una controversia, una fricción o una dificultad de intrincada solución, que se origina con motivo de las relaciones de trabajo, entre trabajadores y patrones, o entre estos.

En México, los maestros José de Jesús Castorena,[3] Rodolfo Zepeda Villareal, Mario de la Cueva y Trueba Urbina, quienes son muy queridos y valorados en el derecho mexicano del trabajo, con más o menos el mismo contenido, tipifican los conflictos laborales como:

> ...choques, diferencias, controversias, pleitos, pugnas, malos entendimientos entre trabajadores y patrones, solamente entre aquellos o entre éstos, pero siempre derivados de las relaciones individuales o colectivas de trabajo y de las normas del trabajo.

Agregando Trueba Urbina que, esto sin duda, obedece a la lucha de clases, y que requiere la intervención de un tercero, o de la autoridad, para resolverlos, pues todo eso proviene del régimen de explotación del hombre, por el hombre.

1 *Instituciones del derecho del trabajo* citado por Mario De La Cueva en *Derecho mexicano del trabajo*, México, Porrúa, p. 729.

2 Cabanellas, Guillermo, *Compendio de derecho laboral*, Buenos Aires, 1968, p. 251, t. II.

3 Castorena, José de Jesús, *Manual de derecho obrero*, México, Gobierno del Estado de México, 2009, p. 190.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Nuestro artículo 123 de la Constitución, en su fracción XX, utiliza el concepto conflicto, como sinónimo de diferencia o controversia, al decir de estos, que las diferencias o conflictos que surjan entre el capital y el trabajo, es decir, derivados de las relaciones obrero-patronales, deben ser sometidos para su resolución, ante las juntas de conciliación y arbitraje, formada por igual número de representantes de obreros, patrones, y, uno del gobierno.

La solución de los conflictos laborales, de acuerdo con el artículo 123 constitucional, debe someterse a los tribunales de conciliación y arbitraje, autoridades que en su nombre, llevan impresa su cualidad de conciliatorios, es decir, que su tarea fundamental es tratar de resolver los conflictos laborales, por la vía conciliatoria; y esto, desde su origen, es decir, desde principios del siglo pasado.

III. Mediación

En relación a la conceptualización de las dos figuras de solución de conflictos, nos referiremos primero, a la mediación, que tiene su origen específico en el derecho internacional público, entendida como un medio o procedimiento de solución pacífica de conflictos entre dos estados que tienen diferencias. Concretamente la doctrina internacionalista la ubica junto a la conciliación, dentro de los medios de solución pacífica de los conflictos internacionales, que se clasifican en: diplomáticos, jurisdiccionales y coercitivos; ubicando a las dos instituciones que estamos estudiando, dentro de los medios diplomáticos, tal como lo menciona Calixto A. Armas, en su obra *Las controversias interestatales*.

Emerico Vattel la conceptúa como, "la intervención de un amigo común que interpone sus buenos oficios a fin de que dos estados en conflicto logren consensuadamente un arreglo de sus diferencias".

La Conferencia de la Haya, de julio de 1899, refiriéndose a la mediación, establece que, es "la actividad de conciliar las reclamaciones antagónicas y apaciguar los sentimientos de agravio que puedan haber surgido entre estados desavenidos", agregando que la opinión de los mediadores no tiene ninguna obligatoriedad. Como es de verse, ya existe desde entonces, similitud entre la conciliación

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

y mediación. Debe hacerse notar que, en la mediación, no existe en su origen, ningún procedimiento preestablecido para llevarla a cabo, sino que únicamente está sujeta a la habilidad del mediador, llamado también conciliador o gestor.

La mediación en el derecho Internacional público está concebida como,

> la intervención de un tercero solicitado por las partes o bien ofrecido por un estado mediador que proponga a las partes litigantes una solución amistosa que sea un acuerdo de voluntades para que los litigantes solucionen sus diferencias pero sin imponérsela.

Desde luego que la mediación, o el procedimiento, deben considerarse como un acto amistoso de parte de su gestor, y por ende, carece de coercitividad o fuerza obligatoria, o sea, que los buenos oficios del mediador tienen exclusivamente el carácter de consejos, no implicando ninguna fuerza obligatoria.

Además, el procedimiento mediador no está preestablecido o fijado sistemática, o metodológicamente, con antelación, sino que se reduce a la discrecionalidad, capacidad o habilidad diplomática del gestor, quien elige o determina la manera de proceder en su intervención.

En nuestro derecho mexicano del trabajo, esta institución siempre ha sido operante, pero haciéndola coincidente con la conciliación, que institucionalmente ha sido impuesta, de manera legal a las autoridades jurisdiccionales como fase primaria e ineludible de todos los procedimientos que establece nuestra legislación para resolver todos los conflictos laborales, ya sean de naturaleza jurídica, como de la económica, de carácter individual o colectivo.

Es interesante la consideración que hace Guillermo Cabanellas sobre la mediación en su obra ya citada, cuando dice que,

> es un sistema intermedio entre la conciliación y arbitraje, momento en que se recurre a una o varias personas que con el carácter de expertos o de influyentes, examinan el conflicto planteado y así formulan un proyecto de recomendación para ser sometido a las partes en discordia.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

IV. La conciliación

Esta institución, que en particular pertenece al ámbito del derecho laboral, tiene su origen en nuestro país, como ya hemos dicho, en el artículo 123 constitucional que, desde entonces la considera como parte esencial de las autoridades jurisdiccionales en la materia; y de todos los procedimientos que nuestra legislación establece para resolver todos los conflictos que se susciten con motivo de las relaciones laborales.

Esta institución, es por tanto, tan antigua como el derecho del trabajo; y ya en Europa, en el siglo pasado, el jurista Piero Calamandrei la definió como, "La actividad particular o del estado que sirve para ayudar a los particulares a encontrar el derecho que regula o debe regular sus relaciones jurídicas": agregando además que, la opinión de los conciliadores no debe imponerse obligatoriamente, sino que debe sugerir a las partes que la escuchen, que tengan en cuenta en su pacto de solución la equidad y la conciencia.

Francesco Carnelutti, califica a la conciliación, como un "equivalente jurisdiccional", para referirse a un medio de solución de un conflicto cuando este ya existe como litigio o proceso, y se desea que se resuelva antes de llegar al laudo o resolución jurisdiccional o arbitral, agregando que estos medios son distintos del proceso jurisdiccional y que, mediante ellos (donde se encuentra la conciliación), el litigio se resuelve o compone, es decir, se concilia por obra de las partes mismas, o por un tercero distinto del oficio judicial. [4]

Es válido concluir que la conciliación en nuestro derecho laboral, como elemento primordial de la solución a los problemas de la conflictiva laboral, es el acuerdo a que llegan las partes en conflicto, por recomendación oficial o por convencimiento propio, evitándose así, todo un proceso desgastante para ambos contendientes; toda esta teoría, concuerda con nuestra disposiciones legales, en efecto, el artículo 33, de la Ley Federal del Trabajo, párrafo segundo, que establece:

[4] Carnelutti, Francesco, *Instituciones del derecho procesal civil*, 5a ed., Buenos Aires, p. 28, t. I; Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, 3a. ed., México, UNAM, p. 122.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

> todo convenio (obviamente producto de la conciliación), para ser válido, deberá hacerse por escrito y contener una relación circunstanciada de los hechos que lo motiven y de los derechos comprendidos en el. Será ratificado ante la Junta de Conciliación y Arbitraje, la que lo aprobará siempre que no contenga renuncia de los derechos de los trabajadores.

En Francia, desde 1877 se establecieron Los Consejos de Conciliación, que integrados por los representantes de trabajadores y de patrones del prefecto del lugar, tenían la obligación de conocer los conflictos laborales y desarrollar de la mejor manera posible, la conciliación.

En el derecho argentino, la facultad de conciliar se confiere a los jueces del trabajo, quienes en la aplicación de la ley, habrán de aspirar, sobre todo, al logro de la justicia, y nada mejor para conseguirla que, mediante la conciliación, ya que por ese camino logrará pacificar los espíritus, satisfacer la demanda, que a conciencia de las partes en conflicto, corresponde en derecho, y sobre todo, con este método, se logrará reparar el orden jurídico lesionado por el conflicto motivo de su intervención.

Scelle, estimaba a la conciliación como, "una tentativa que debiera llevar a cabo un particular o el Estado para un arreglo amigable entre las partes en conflicto"; esto es, era un simple procedimiento de avenencia, a diferencia de la transacción, que en el mundo jurídico, ya tiene naturaleza contractual.

En nuestro derecho mexicano, los maestros Trueba Urbina y De La Cueva, tipifican a la conciliación como:

> un procedimiento de autocomposición, es decir, que las partes sin necesidad de un juicio discutan acerca de sus derechos sobre un caso concreto, donde uno trata de establecer un pleito contra la otra y a fin de que lleguen a un arreglo amigable.

En las leyes mexicanas, la conciliación en los conflictos laborales, está considerada como un deber del Estado, es decir, se ofrece a las partes en un conflicto, que ya es motivo de la actividad jurisdiccional, que con la intervención del propio tribunal, traten las partes de solucionar sus diferencias de manera amigable.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

El maestro Trueba Urbina la define como:

> Actos de las partes que por sí mismas o con intervención del órgano jurisdiccional del estado, previenen un conflicto mediante arreglo amistoso que no lesione los derechos sociales consagrados por las leyes de protección y auxilio de los trabajadores.

El jurista argentino José Isidro Somaré nos dice que, "la conciliación como método de autocomposición, puede ser facultativa u obligatoria, según que el sometimiento a dicha instancia dependa de la voluntad de las partes o le sea impuesta por la ley", tipificándose esta, porque "en ella interviene un tercero representando al Estado y no como en la negociación que es otra forma de autocomposición donde únicamente para lograr un arreglo intervienen las partes".

En la conciliación, dicen los autores Kaskel y Dersch, el conciliador en su actividad, no tiene como objetivo principal, interpretar normas o aplicación del derecho, sino únicamente ponderar y equilibrar los intereses contrapuestos de las partes, es decir, componerlos. El resultado de la conciliación puede emanar, tanto de una fórmula propuesta por el conciliador, cuanto por los propios interesados, quienes pueden lograr el equilibrio final, luego de propuestas y contra propuestas.

El autor argentino citado nos dice que,

> hay autores que creen ver una superioridad en la mediación sobre la conciliación, ya que el mediador puede tomar parte activa en la cuestión y no solamente proponer fórmulas de avenimiento, sino también puede realizar encuestas, investigaciones o averiguamientos tendientes a lograr elementos necesarios para encontrar una fórmula por la cual se llegue al acuerdo con equidad; y puede además dar a conocer públicamente los resultados de sus investigaciones y de sus propuestas para enterar así a las partes y a los terceros.

En otra conclusión, nuestro derecho positivo mexicano del trabajo, establece la conciliación con carácter obligatorio en todos los procedimientos que habrán de desarrollarse ante las juntas de

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

conciliación y arbitraje, estableciendo una etapa conciliatoria, obligatoria e ineludible, antes de recurrir al arbitraje; desde luego que esta conciliación tendría que ser técnicamente desarrollada, con personal debidamente calificado para su realización, y con el tiempo necesario para una atención personalizada con cada una de las partes, donde se les informe debidamente de sus derechos y obligaciones, pero primordialmente de los beneficios de evitar un juicio costoso y desgastante, sujeto a muchos imponderables.

V. Ley de Mediación, Conciliación y Promoción de la Paz Social en el Estado de México y Reglamento del Centro de Conciliación y Mediación del Poder Judicial del Estado de México

El Estado de México publica el 22 de diciembre de 2010, y entra en vigor el 1o. de enero de 2011 la Ley de Mediación, Conciliación y Promoción de la Paz Social para el Estado de México en la que, su objetivo fundamental, es "fomentar la cultura de la paz y la restauración de las relaciones interpersonales y sociales a través de los medios de solución de conflictos como son la mediación la conciliación y la justicia restaurativa".

Debemos destacar que la cultura de paz, que pretende este ordenamiento legal, obedece sin duda, a la deteriorada estructura, tanto del sistema jurídico como de las relaciones sociales e interpersonales; en otras palabras, atenta la falta de cultura de paz en nuestras sociedades, que ha producido, como lógica consecuencia, un deterioro notable en el sistema jurídico, producto evidente de la multitud agobiante de juicios y demandas en todos los ámbitos de la administración de justicia, y de la falta de ética en las relaciones laborales, y de toda índole.

Con ese motivo, la ley en comento pretende, a través de medios alternativos de solución de conflictos, restaurar el deteriorado tejido social donde es evidente la falta de una cultura de paz y, de unas buenas y éticas relaciones sociales. Desde luego que el objetivo a mediano y largo plazo será el abatimiento de conflictos y juicios que en la actualidad resultan ya una carga institucional verdaderamente agobiante.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

La cultura de la paz habrá de entenderse como un cambio de actitud en las relaciones sociales, para que tenga en las personas, una conducta basada en la ética, justicia, concertación y buena fe, que permitan una mejor convivencia social y, por ende, el abatimiento de los conflictos que entre los miembros de la sociedad surjan.

De lo anterior, habremos de hacer una reflexión en las conclusiones y consideraciones, que forman parte del capítulo final de este modesto ensayo.

La Ley de Mediación del Estado de México trata de definir las dos instituciones que nos ocupan: la mediación y conciliación, diciendo que,

> mediación es el proceso en el que uno o más mediadores intervienen facilitando a los interesados la comunicación, con objeto de que ellos construyan un convenio que de solución plena, legal y satisfactoria al conflicto". (Y por) "conciliación define también un proceso en el que uno o más conciliadores asisten a los interesados facilitándoles el dialogo y proponiendo soluciones legales, equitativas y justas al conflicto.

Como puede verse, ambos conceptos tienen como denominador común: *1*) que ambas (la mediación y conciliación), son un proceso; esto es, un conjunto de actos ordenados que nos conduzcan a un fin planeado o deseado; *2*) que en dicho proceso intervienen terceros, facilitando a los interesados o asistiéndolos para que, en un ambiente de paz y tranquilidad, se comuniquen y dialoguen; y, *3*) que ambas formas de composición y solución del conflicto, tienden a lograr la solución legal plena, justa y satisfactoria del mismo. Sutilmente, aparece como diferencia única entre ambas instituciones, el que:

> en la mediación, el mediador interviene con el objeto de que las partes entre ellos resuelvan el conflicto esto es, supone que el mediador no hace propuestas de solución, en cambio en la conciliación el conciliador si hace propuestas de solución.

La diferencia es sutil porque, sin lugar a dudas, en ambos procesos surgirán necesariamente propuestas de solución; de lo con-

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

trario, únicamente serviría el diálogo entre las partes para enardecer más el conflicto e impedir su solución, solamente que en la conciliación, es prácticamente obligatorio sugerir una solución.

VI. Consideraciones personales y conclusiones

Refiriéndonos exclusivamente al ámbito laboral, que es el que menos ignoro, debemos concluir que la conciliación y mediación, en ese orden, forman parte esencial del derecho procesal del trabajo desde su origen en la Constitución del país 1917; y desde luego, las leyes federales del trabajo de 1931 y 1970; debiendo hacer notar que la conciliación en nuestro caso es legalmente obligatoria, pues se impone como una primera fase que nunca debe omitirse en todos los procedimientos de carácter económico y jurídico para resolver conflictos, tanto individuales como colectivos, surjan con motivo de las relaciones laborales, es decir atendiendo a la naturaleza misma de las autoridades jurisdiccionales laborales. La conciliación, por mandato de la ley, es de carácter obligatorio y no opcional, por lo menos en el intento de solucionar el conflicto de la mejor manera posible.

Los resultados de una conciliación en los conflictos laborales llevada a cabo con dedicación y esmero han sido evidentes; sin embargo, la conciliación a dejado de surtir sus benéficos efectos, en atención a que atenta con la abrumadora carga de trabajo de los tribunales laborales, dificulta, o mejor dicho, imposibilita dedicarle un mayor tiempo a dicha conciliación; y, por otra parte, requiere por el lado de los conciliadores, una preparación técnica y especializada en esa materia que, desde luego ha sido descuidada, u omitida, en las juntas de conciliación y arbitraje, por dedicarle mayor atención al arbitraje y preparación jurídica al respecto.

Lamentablemente la etapa conciliatoria en un procedimiento ordinario que se reduce en la práctica a una simple pregunta que formula el personal jurídico que atiende la audiencia y a las partes, diciendo: ¿qué vamos hacer en este asunto, abogados? Y si las partes han estudiado su problema y deducen que pueden ganar el asunto en el arbitraje, o bien, obtener mayores ganancias, obviamente

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

desdeñan la conciliación y manifiestan seguir con su juicio sin que las autoridades procuren o hagan posible el diálogo entre las partes y que concluya en una buena conciliación.

Y es de interés poner atención en que el legislador laboral, con toda perspicacia, estableció en la Ley Federal del Trabajo, cuya reforma procesal se hizo en 1980, que en la fase conciliatoria del procedimiento ordinario, deben estar frente a la autoridad, única y personalmente las partes en conflicto, sin la presencia de abogados, o patronos, asesores o apoderados, lo cual desde luego indica que los abogados o apoderados normalmente por perseguir intereses personales entorpecen la conciliación; sin embargo, las autoridades jurisdiccionales ya hacen caso omiso de esta prevención legal, que pudiera ser eficaz para el proceso conciliatorio, ya no importándoles la presencia habitual de los abogados o patronos, que son quienes entorpecen, efectivamente, la conciliación.

Atento a lo anterior, tanto la legislación laboral como las juntas de conciliación y arbitraje tenemos que volver los ojos con seriedad y preparación a los procesos conciliatorios, no bastando con hacer maratones de conciliación que desde luego no pueden atender con eficacia, el reducido personal de las juntas y que tampoco le pueden dedicar tiempo suficiente y técnicas adecuadas a este proceso.

Es necesario que exista personal, capacitado específicamente para la conciliación en las Juntas de Conciliación y Arbitraje, con adiestramiento y conocimientos necesarios para esta labor tan delicada y abandonada.

En nuestro Estado de México, en el periodo gubernamental de Don Alfredo del Mazo González (1981-1987), atendiendo ya desde entonces a la multiplicación de los juicios laborales, se instituyó la conciliación a nivel administrativo, es decir, se creó una área dependiente de la Secretaría del Trabajo, denominada: Dirección General Jurídica y de Conciliación Administrativa, en la que un grupo de conciliadores ofrecía sus servicios a las partes en conflicto en los juicios instaurados ante las juntas, o bien en los conflictos detectados en la Inspección del Trabajo, lo que permitiría en primer término tener personal técnicamente capacitado para desarrollar la tarea conciliatoria, y además, tener la posibilidad legal de propo-

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

ner soluciones a las partes en conflicto, lo cual para las juntas de conciliación y arbitraje, implicaría emitir juicios con anticipación y ser calificada la Junta como parcial y nulificar así su facultad jurisdiccional de emitir laudos justos y equitativos. Sin embargo también esta conciliación administrativa de la cual su servidor fue el primer responsable, se abandono, desgraciadamente, por razones presupuestales, muy a pesar de sus evidentes resultados positivos. Destaco que a partir de esta administración gubernamental, el secretario del Trabajo del gobierno del Estado de México, consciente de la situación crítica que guardan, los cada día más numerosos juicios laborales, ha recuperado esa área de la conciliación administrativa y se ha dispuesto un número, aunque reducido, de conciliadores dependientes de la Dirección General del Trabajo, y no de la junta de conciliación; y, por lo tanto, está empezando a funcionar con buenos resultados. Ojalá que se logre tecnificar a los conciliadores y aumentar su número.

Es necesario, reiteramos, mencionar la actitud de respeto a la conciliación y a la función jurisdiccional de las juntas, que están intentando, con dedicación, la política laboral de las actuales autoridades del trabajo en nuestro Estado de México, que ya debería ser una política general del sector laboral del país.

Esta disposición de mejorar la conciliación administrativa, dotando a los conciliadores de una adecuada capacitación para esa tarea, se demuestra a través de convenio celebrado por la Secretaría del Trabajo con el Poder Judicial de la entidad para capacitar personal en forma técnica y profesional, para la mediación y conciliación, y para utilizar esos servicios que, actualmente, presta el Centro de Mediación y Conciliación del Poder Judicial del Estado de México a las áreas laborales, tanto de las juntas de conciliación, como de la Procuraduría de la Defensa del Trabajo. Es deseable que no se escatimen recursos presupuestales para esta medida que mucho ayudara al abatimiento de los conflictos y juicios laborales.

Ojalá que la reforma laboral que aún duerme el sueño de los justos en el Congreso de la Unión, se acuerde de los orígenes del derecho laboral y retorne a la idea de los procesos conciliatorios en la solución de los conflictos laborales; ahora, con mayor técnica

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

y conocimiento, y que tomando como ejemplo la legislación en materia de mediación y conciliación que ya existe en la mayoría de los estados y federación, haga un esfuerzo serio por abatir los conflictos laborales, utilizando estos medios alternativos, que son una opción viable para lograr una mejor y más pronta impartición de justicia en el ámbito del trabajo.

Por último no queremos omitir un llamado obligado a la ética profesional de nuestro gremio de litigantes y abogados laboralistas, así como a las agrupaciones sindicales y patronales para cooperar con difusión de la cultura de la paz en las relaciones jurídicas entre los particulares; entre trabajadores y patrones, y en todo el mundo jurídico, abogando y actuando con toda ética en dichas relaciones, tanto sustantivas como procesales, que también han sufrido un notable deterioro, evitando conductas procesales inadecuadas, y faltas de valores morales y sociales, tanto en la formulación de demandas a todas luces inverosímiles, como en la conducta procesal en los procedimientos, lo que sin lugar a dudas evitaría conflictos que dañan, no sólo la economía de trabajadores y patrones, sino incluso, la economía del país. Es verdaderamente alarmante el monto de dinero pagado por los patrones en la realización de los convenios que se celebran ante las Procuradurías de la Defensa del Trabajo, así como ante las juntas de conciliación y arbitraje, que bien pudiera utilizarse para crear fuentes de trabajo, que ayudaría a abatir en algo, el cada día más agobiante, índice de desempleo por el que atraviesa el país.

Es deseable que en el ámbito laboral se establezca una institución mediadora y conciliadora, tomando o adoptando la filosofía de las instituciones de mediación o de justicia alternativa, que teniendo como fin la cultura de la paz, abata la ya angustiante y abrumadora cantidad de conflictos y demandas laborales a través de funcionarios conciliadores bien preparados y capacitados para esta importante tarea, hasta ahora abandonada.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

VII. Bibliografía

Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, 3a. ed., México, UNAM.

Cabanellas, Guillermo, *Compendio de derecho laboral*, Buenos Aires, 1968, t. II.

Carnelutti, Francesco, *Instituciones del derecho procesal civil*, 5a. ed., Buenos Aires, t. I.

Castorena, José de Jesús, *Manual de derecho obrero*, México, Gobierno del Estado de México, 2009.

Cueva, Mario De La, *Derecho mexicano del trabajo*, México, Porrúa, p. 729.

Enciclopedia Jurídica Omeba, Buenos Aires, 1964, t. XIX.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

EL DESPIDO EN LA LEGISLACIÓN LABORAL MEXICANA Y COMENTARIOS RELATIVOS A LA LEGISLACIÓN CHINA

Patricia Kurczyn*

Sumario: I. *Introducción*. II. *México: fundamentación de la estabilidad en el empleo*. III. *China y el marco legal de la contratación*. IV. *Conclusiones.* V. *Bibliografía*.

I. Introducción

Comparar países distantes entre sí, no es tarea sencilla, lo cual se complica un poco más, cuando las culturas son de enorme lejanía. Si bien, China y México pueden tener alguna casualidad histórica, o se unen a través de un hecho convertido en leyenda, su historia, costumbres, lengua, religión, idiosincrasia las hace distintas; en efecto, en una nave china llegada a tierra de la entonces Nueva España, viajaba una esclava, que fue vendida a una familia adinerada de la ciudad de Puebla. Cuenta la leyenda que su atuendo cobró importancia y se convirtió en el vestido de gala de las mujeres, conocido como, el de la china poblana, indumentaria que identifica la vestimenta típica femenina, junto a la cual, se representa al charro mexicano. Fuera de este interesante vínculo, del que tampoco hay certeza, se retratan grandes diversidades, que en la actualidad pueden presentarse con datos comparativos que, *grosso* modo son los siguientes:

* Investigadora en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

- Mientras que la población mexicana se acerca a los 115 millones de habitantes, con un índice de vida, al nacer, de 77 años; en China se cuentan 1,347,565 millones con un índice de vida inferior de 73.5 años, sin embargo, el índice de alfabetización en China es 94.2%; en tanto que en México, sólo alcanza el 92.8%. Otra diferencia a favor de China es, que cuentan con acceso a internet 34 usuarios por cada 100 habitantes; cifra que supera la de México, que alcanza sólo 31, por cada 100 habitantes.
- El Producto Interno Bruto (PBI) en México en 2010, se estimó en $1, 032, 224 dólares americanos; y, en China fue, en el mismo año, de $5, 739, 358. El PIB *per capita* de los mexicanos ascendió a $10. 047 dólares; en tanto que, en China fue de $5. 445.[1] En 2011 el índice de desarrollo humano en México fue 0,770; y, de 0, 687 en China.
- Otros datos importantes indican que la producción de petróleo en México es de 2,979.47 millones de barriles por día; superada por China con 3,790.36 millones. A lo que hay que agregar, las diferencias en el renglón de la balanza de exportación e importación que se da en ambos países; en efecto, en tanto que, en 2008 México importó $325, 157 millones de dólares y sólo exportó $291, 827 millones. En ese mismo período China importó $1, 131, 620 millones de dólares y exportó una cifra un poco mayor que ascendió a $1, 428, 660 millones, lo que indica una balanza mucho más favorable en términos económicos.

Desde el punto de la protección social, en el reporte de la Organización Mundial de la Salud, se indica que, después de sus planes de tres años por un lado, y de quince años por el otro —iniciados en 1998—, expresa que, para fines de 2011, el 95% de la población tiene protección en salud. El programa se estableció en varios ejes, uno de ellos el de *Urban Employee Basic Medical Insurance* (UEBMI),[2] que es el que interesa para efectos del presente trabajo;

[1] *http://datos.bancomundial.org/indicador/NY.GDP.PCAP.CD.*

[2] Véase la página electrónica *http://www.wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/2013/02/01/000356161_20130201172145/Rendered/PDF/749600NWP0CHIN00Box374316B00PUBLIC0.pdf.*

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

aunque igual debe señalarse que otros reportes indican que, los trabajadores migrantes, estimados entre 120 y 200 millones, no han alcanzado, en su mayoría, este beneficio; y se estima que el 50% de ellos tiene algún padecimiento ocasionado por riesgos de trabajo. Su aseguramiento es obligatorio, pero en la práctica ha quedado a la voluntad de las compañías, cumplir tal obligación; dato que debe tomarse con reserva, porque la fecha de su emisión fue en 2007.[3] El financiamiento de ese seguro es tripartita.

En México, como se sabe, el sector formal laboral debiera estar cubierto por el seguro social en su mayoría. Aquí, se presentan dos problemas, el primero de ellos es el crecimiento desmedido del sector informal del trabajo, con ausencia de todo tipo de protección social, es decir, sin seguro médico en general, ni para cubrir riesgos de trabajo; el otro es que, aun dentro del sector formal, algunos trabajadores son eventuales, y quedan cubiertos por el seguro de riesgos de trabajo durante su actividad laboral, y seguro médico, también de forma eventual, pero en los periodos sin trabajo permanecen aislados de los servicios y sin cotizaciones para los otros seguros, como el del retiro. Aunado a ello, está la posible clasificación indebida en los grupos de riesgo, que se disimula con la contratación tercerizada (*outsourcing)*, y con manifestaciones salariales igualmente disfrazadas a la baja. Para diciembre de 2012, el reporte del IMSS, fue de 16, 062, 043 trabajadores asegurados, de los cuales, 13, 847, 599 eran permanentes.[4]

En cuanto al régimen jurídico de ambos países, puede mencionarse que aún cuando China tenga un sistema codificado, con origen romano germánico, este es diferente al sistema mexicano, como se sabe, también de la familia romano germánica, pero evidentemente, las políticas exteriores ambos países, tienen gran distancia; sus sistemas políticos, basados en gobiernos republicanos, se marcan también con grandes diferencias ideológicas, filosóficas y prácticas.

3 LEAD. "Rights Group Calls Chinese Migrant Workers 'Urban Underclass'". *Assian Economic News*, Marzo de 2007, *http://inequality.cornell.edu/people/PapersAbstracts/Dumoulin%20Smith_paper.pdf,* consultado en noviembre de 2012.

4 *http://201.144.108.32/cognos/cgibin/ppdscgi.exe.*

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Con los datos referidos se puede advertir la disparidad y contrastes de las naciones ubicadas, una en el continente americano y otra en el asiático, que forma parte del BRIC (Brasil, India y China); sin embargo, las condiciones que genera la globalización, fuerzan al análisis comparativo frente a la competitividad internacional y el ejercicio de acciones económicas que surgen de los mercados internacionales globalizados. La competencia de precios implica hablar de costo de mano de obra (*low cost)*, del empleo de la misma, de la legislación laboral, de seguridad social y de medio ambiente, vigentes en los dos países, cuyo desfase o incumplimiento, propician el *dumping* social.

El despido es un tema de gran relevancia, pero antes que este, evidentemente queda por encima la generación de empleo —y las formas de contratación—. Crear empleo formal requiere condiciones económicas, fiscales y legales, de acuerdo a las políticas públicas que el gobierno establezca, tema que resulta ajeno a este breve ensayo, pero que debe mencionarse; de no haber empleo, resulta obsoleto referir otros temas, sin embargo, la competencia que se ha generado entre los países del BRIC y México, impone conocer el sistema laboral chino, y uno de los que más interesa a la empresa, además de los bajos salarios, productividad y control de huelgas, resulta en el movimiento de su personal sin tomar responsabilidades económicas.

II. México: fundamentación de la estabilidad en el empleo

El derecho mexicano del trabajo fundamentó, desde su formalización, condiciones protectoras para los trabajadores, que tiene su origen en la explotación de la población indígena, desde los tiempos de la Colonia, a la regulación del trabajo que se aplicó hasta la dictadura que el país vivió en los últimos veinte años del siglo XIX, y el primer deces no tienen espacio para discutir las condiciones laborales, porque su situación los obliga a aceptar las que imponen los empleadores. Se trata de una suerte de contratos de adhesión, que se formulan de acuerdo a los intereses patronales. Estas causas fundamentaron la necesidad de fortalecer a la clase trabajadora

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

mediante normas que se sustentaran en principios de justicia social y equidad, en lo que también influyó la doctrina social católica.[5]

A partir de 1917, el fortalecimiento de los derechos de los trabajadores en México, se sustenta fundamentalmente en la Constitución Política de la República, tanto en el ámbito de las relaciones individuales, como en el de las colectivas; en el primer caso, se regulan las formas de contratación a través de normas mínimas, como ocurre con los salarios (que se estipula el salario mínimo, hoy en dos versiones, el general y el profesional) y los máximos, como es el caso de las jornadas limitadas y otras normas protectoras, como los descansos, descuentos, seguridad e higiene. En términos generales, la reglamentación laboral ha tenido como finalidad, el equilibrio de las relaciones entre empleadores y trabajadores, donde se reconocen los derechos del primero (empresario o capital), pero se establecen controles que evitan el abuso de su fuerza económica y se le exige el respeto a los derechos de los trabajadores, así como su necesaria protección económica y social, mediante prestaciones, entre ellas, la seguridad social, como la más importante.

En el caso de las relaciones colectivas, el empoderamiento de los sindicatos sirve para limitar el poder empresarial, que se contrarresta con la asociación de trabajadores (del sindicato), y los instrumentos que la ley le otorga para la defensa de los intereses de sus agremiados y que, como se sabe, el más importante de estos es la huelga. Vale la pena mencionar que, por el contrario, y como muestra de la finalidad de la ley del equilibrio social, se regula el derecho de los empleadores para formar sindicatos y utilizar herramientas, como el paro de labores, para defender sus intereses económicos. Como sabemos, la sindicalización de trabajadores, en su expresión moral, es el punto álgido de la fuerza con la cual se puede equiparar al poder económico de la empresa.

La empresa busca crear una utilidad que genere riqueza, sea productiva, y, expresión de riqueza; sin embargo, las circunstancias han cambiado, y actualmente, también se le atribuye responsabilidad frente a la sociedad, lo que podría entenderse como el sentido

[5] La encíclica *Rerum Novarum* del Papa León XIII, de 1891, es muy representativa.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

social que la convivencia humana reclama.[6] Crear riqueza económica, finalmente, no riñe con el caudal social que resulta cuando la sociedad ofrece niveles decorosos a los individuos, y con ello construye, fortalece y formaliza los caminos de la paz social, fórmula que se identifica como trabajo decente.

En este trabajo se plantea la condición del despido de los trabajadores individualmente considerados, quienes en su mayoría en México, no se encuentran afiliados a sindicato alguno. El Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), informa que en el cuarto trimestre de 2012, la PEA ascendía a 50.7%, de estos, sólo 33.4% se integraba con trabajadores subordinados y remunerados, y la mitad de éstos, 51.8% tienen seguro de salud como prestación laboral;[7] cifras indicativas de una tasa de sindicalización baja, que se estima en menos de 10%. Esto no significa que los trabajadores sindicalizados no lleguen a ser despedidos, pero en tal caso, el sindicato suele intervenir en su defensa, con mayor razón, cuando se trata de un despido injustificado por lo que el índice de estos, suele ser inferior al de los trabajadores no sindicalizados. Y es que, no en pocas ocasiones, la competencia en la productividad, el deseo de disminuir los costos de fabricación o servicios, quiere encontrar respuesta en los gastos salariales y prestaciones para los trabajadores, complementado además, con evasiones fiscales, o incumplimiento de reglas ambientales, o en prestaciones sean de orden económico o social.

La sindicalización puede, y suele, tener un costo económico para la empresa o empleador, pero, por otro, lado debe analizarse que, en sentido estricto no corresponde a un gasto económico insuperable o excesivo, y tampoco representa un problema de se-

6 Véase Kurczyn Villalobos, Patricia, "Dispraxis en el ejercicio laboral", en Cano Valle *et al*. (coords.), *Dispraxis*, 2011, pp. 265-293.

7 No existen cifras o estadísticas oficiales sobre la tasa de sindicalización en México; sin embargo se puede estimar de manera generosa sobre el 16% de los trabajadores formales. La tasa de sindicalización más alta se encuentra en los organismos descentralizados más importantes del país como son: el sector privado, Pemex, IMSS, CFE y SME, cuyos contratos colectivos contienen las prestaciones más altas en el mercado laboral sindicalizado. Consultar en *http://www.inegi.org.mx/inegi/contenidos/espanol/prensa/comunicados/estrucbol.pdf*.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

guridad laboral; por lo contrario, los empleadores encontrarán en la auto organización de sus trabajadores, ventajas mayores que, si cada uno de ellos actuara de manera personal e individual para fijar sus condiciones laborales y en la defensa de sus derechos; sin embargo, por distintos factores suele mirarse a la organización sindical de trabajadores como una fuerza enemiga. El sindicalismo no anuncia tempestades cuando el respeto entre las partes permite sumar esfuerzos. Los trabajadores entienden que la empresa tiene la finalidad de lucrar, de incrementar su capital, saben la importancia de aumentar la productividad y el papel que desempeña en la red de competencia comercial y, conoce otras tantas más ventajas que, en esencia, deben repercutir en los derechos de los trabajadores, vía incremento de sus prestaciones o participación en las utilidades. La empresa por lo tanto, puede entender que la sindicalización es una aliada a sus intereses y que, mediante el diálogo social, se pueden consolidar las metas que juntos marquen para beneficio de las dos partes; y en este sentido, pueden entenderse las figuras de la cogestión y de los acuerdos marco. La alianza, es importantes destacar, es —o debe ser—, con la unión de los trabajadores y no sólo con los líderes sindicales.

En México, la mayoría de los empleos se ubican en micro, pequeñas y medianas empresas, en muchas de las cuales no hay sindicalización, lo que explica que los índices actuales sean muy bajos. El tema de la sindicalización también debe debatirse desde otra perspectiva, y para ello, es preciso distinguir entre la sindicalización pura, que obedece tradicionalmente a causas esenciales para la justicia social, y aquella que se ha usado como instrumento al servicio de políticas inmorales, tanto de empresas como de líderes que se sustraen a la justicia social. Este tema no es el objetivo de este trabajo, pero vale la pena señalar que el sindicalismo, al igual que el empresariado, tiene una responsabilidad social. México ha ratificado el Convenio número 87 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), sobre la libertad sindical, no así el 98, que se refiere al derecho a la sindicalización y negociación colectiva, que de cualquier manera, se practican invariablemente y cuya efectividad depende del tipo de organización sindical. En la ratificación del

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

convenio 87, se sitúa una primera diferencia con China, que no lo ha ratificado.[8] En los últimos años, China ha dado muestras de mejoramiento en las condiciones laborales, en el marco de las relaciones individuales, no así, en cuanto al esquema de derechos colectivos.

El tema del despido se ha seleccionado para comentarlo ante la frecuencia de las preguntas que las empresas transnacionales hacen a sus asesores legales cuando analizan el establecimiento de sus empresas o inversiones en México; una de sus principales preocupaciones, se enfoca en la flexibilidad laboral, las condiciones del despido y a sus costos, sin pasar por alto el interés de la fuerza sindical, que puede llegar a ser indiferente cuando se plantean como contrapeso las fórmulas ilegales que se practican mediante los llamados "contratos de protección",[9] y la posibilidad de hacer funcionar sindicatos blancos.

En la consulta legal se aborda, con frecuencia, el tema de las facilidades o condiciones para despedir a los trabajadores, y el costo que implica, pues se sabe que la ley mexicana tiene una protección importante, y que los juicios que se entablan por este concepto, pueden ser costosos para los empleadores.

Es incuestionable que las empresas serias no dudan en cumplir con las obligaciones laborales —y en general con las ambientales, las fiscales, incluidas las de seguridad social, y demás—; sin embargo, no puede desconocerse que, con frecuencia, se pretende abatir costes de producción con el ahorro en salarios y prestaciones laborales, donde se exige más a los trabajadores, con más presión, reducción de la plantilla permanente, jornadas extraordinarias con pagos sencillos, y otras estrategias más relacionadas con recursos humanos, entre lo que también se da la interrupción de antigüedad

8 Conviene aclarar que la libertad sindical que ampara el convenio 87, no se cumple con fidelidad, y que el gobierno de México recibe constantes descalificaciones y recomendaciones del Comité de Libertad Sindical, como puede observarse en sus publicaciones; ejemplo de ello, son los casos 2920, 2019 y 2073, correspondientes a México. Véase *www.ilo.org*.

9 Se denominan contratos de protección, a las negociaciones colectivas que realizan, la empresa y sindicato, al margen de los trabajadores, previas al inicio de la contratación de los trabajadores. En 2000 se registraron 5171 contratos colectivos de trabajo, en tanto que, en 2011 aumentaron a 6496.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

mediante diversas maniobras. Igualmente se buscar reducir, o evitar los gastos en seguridad social, así como en las contribuciones o impuestos.

Una de las estrategias para disminuir costes se refiere a la tercerización (*outsourcing*), o a la misma flexibilidad, lo cual por lo general, no representa prioritariamente ser, o aumentar, el bienestar para los trabajadores.[10] Destaca la creciente e incorrecta utilización de la tercerización, en la que se calcula que, actualmente hay más de cinco millones de trabajadores contratados bajo esa forma en detrimento de sus derechos laborales, lo que, en el derecho mexicano ha motivado reformas al sistema tributario y a la Ley del Seguro Social, para impedir las evasiones de impuestos y de cuotas de seguridad social, como venía ocurriendo mediante formas trianguladas y simulaciones jurídicas.[11] Hoy, las reformas legales del 2012, intentan regular la tercerización, aun cuando la confunde —o la hace igual— con la subcontratación.[12]

1. *La contratación en el derecho laboral mexicano*

El artículo 123 constitucional establece, en el apartado A, las disposiciones para la regulación de la contratación de trabajo; aún cuando específica que sus normas se aplicarán para los obreros, jornaleros, domésticos, artesanos, empleados..., igual indica que será aplicable para todo contrato de trabajo. Esta disposición constitucional corresponde a la protección de una parte de los derechos humanos económicos y sociales, cuya reglamentación se contiene en la Ley Federal del Trabajo (LFT). El derecho humano a la libertad y al de trabajo; a la selección u opción del mismo, así como a recibir su producto, se reconoce y garantiza en el artículo 5o. de la misma Constitución, y en él, se establece que los trabajadores no están obligados a contratos superiores a un año, con lo cual, se protege de una posible vinculación que atente a sus derechos laborales.

10 Sánchez-Castañeda, Alfredo *et al.*, *La subcontratación: un fenómeno global.* México, IIJ-UNAM, 2012, *passim*.

11 Reforma a la Ley del IMSS.

12 Véanse los artículos 15 A-15 D, de la LFT.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

La LFT fue reformada el 30 de noviembre de 2012 en varios temas específicos, uno de ellos, relativo a la contratación individual; se agregaron dos formas a las que rigieron desde 1970, fecha de promulgación de dicha ley, y que fueron, la de contratos a prueba y de capacitación inicial.

El principio general de contratación por tiempo indeterminado, es consecuencia del fundamento de la estabilidad en el empleo ampliamente recomendada y protegida por la legislación, que impide despidos injustificados o, determinados por el libre albedrío de los empleadores.

Los contratos individuales no se revisten de formalidades salvo algunas excepciones, donde se exige que se hagan por escrito, como es el caso de los trabajadores que salen al extranjero. La LFT no determina contenidos obligatorios; sin embargo, sí se refiere al escrito que debe redactarse, respecto de la relación de trabajo, la cual produce efectos idénticos que el contrato mismo. Esta condición, contenida en el artículo 20, permite considerar, que el contrato individual de trabajo puede ser tácito, y que la ausencia de condiciones laborales en el mismo, se suple con las disposiciones legales.

En el escrito a que se hace referencia, se marcan condiciones generales, y entre ellas, debe señalarse la duración de la relación o del contrato, y en caso de omisión, se considerará que opera por tiempo indeterminado.[13]

De conformidad con el artículo 35 de la LFT, los contratos pueden ser por tiempo determinado, sólo en aquellas hipótesis que especifica la misma ley, de la que se desprenden las siguientes modalidades:

a) Para obra determinada, cuando así lo exija la naturaleza. Uno de los casos puede ser, la restauración de minas abandonadas o paralizadas.
b) Para tiempo determinado, cuando lo exija la naturaleza del trabajo que se va a prestar; cuando tenga por objeto substituir

[13] Artículo 25, II. Si la relación de trabajo es para obra o tiempo determinado, por temporada, de capacitación inicial o por tiempo indeterminado y, en su caso, si está sujeta a un periodo de prueba.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

temporalmente a otro trabajador y, en los demás casos previstos por esta ley. Uno de esos casos se refiere a las relaciones de trabajo para la explotación de minas que carezcan de minerales costeables, o para la restauración de minas abandonadas o paralizadas; igualmente, estas relaciones, en lo particular, pueden determinarse conforme a la inversión de capital determinado.

c) Sujeto a prueba que no podrá exceder de tres meses. Si las relaciones de trabajo son por tiempo indeterminado, o cuando excedan de ciento ochenta días, puede establecerse el periodo a prueba, el cual no podrá exceder de treinta días, con el único fin de verificar que el trabajador cumple con los requisitos y conocimientos necesarios para desarrollar el trabajo que se solicita. Este término no procede para contratos de tiempo determinado que sean menores de 180 días, ni para los contratos temporales.
d) Capacitación inicial, que no será por más de tres meses, o de seis, en caso de que se trate de actividades gerenciales o puestos de dirección.

Las reglas de contratación individual difieren de las de los contratos colectivos, los cuales, de la parte de los trabajadores sólo pueden celebrarse por sindicatos. Los contratos deben ser por escrito y registrarse formalmente.

La ley establece límites a los contratos a prueba, y a los de capacitación inicial, para evitar que los trabajadores sean contratados reiteradamente bajo tales condiciones, lo cual, impediría la generación de una relación de trabajo estable con los derechos correspondientes.

2. *El despido individual justificado*

En derecho laboral mexicano, a diferencia de otros sistemas, como el de Estados Unidos de Norteamérica, el despido no depende de la sola voluntad o interés del empleador, y el preaviso no se regula; la regla general en la duración del contrato —o la relación— de trabajo, es la de tiempo indeterminado salvo las excepciones que la ley misma precisa (contrato por tiempo determinado, o por obra de-

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

terminada, cuando en ambos casos la naturaleza del trabajo lo permita, así como el de contrato a prueba y el de capacitación inicial).

Por otra parte, con la renovación sistemática de contratos de corta duración se pretende interrumpir la antigüedad en el trabajo y sus beneficios; sin embargo en caso de un conflicto laboral llevado ante las autoridades jurisdiccionales; estas darán la razón al trabajador al no encontrar razón legal que demuestre la contratación intermitente. El condicionamiento que hace la ley para justificar el despido sólo frente a causas específicas ofrece un doble enfoque, por una parte, es una restricción a la autonomía empresarial que puede resultar inconveniente para los fines de la administración de su personal, o puede convertirse en una dificultad para el administrador de la empresa para lograr sus fines o sus metas productivas o de costos; en tanto que, desde la perspectiva del trabajador, tal control obedece a la protección de la estabilidad en el empleo.

La estabilidad en el empleo, se entiende como la continuidad de la relación laboral y la permanencia en el centro de trabajo, no necesariamente en la misma actividad, ya que puede realizar actividades conexas, como lo expresa la ley, o, no bajo las mismas condiciones, ya que el trabajador puede ser promovido a otros puestos, con prestaciones superiores. La legislación mexicana admite la estabilidad relativa al regular la rescisión del contrato de trabajo sin responsabilidad para el empleador, cuando exista causa justificada expresamente señalada en la ley misma. Se puede afirmar que la estabilidad es relativa, a diferencia de lo que la doctrina califica como estabilidad absoluta, que equivale a la permanencia laboral en trabajo vitalicio.

Los beneficios de la estabilidad en el empleo se proyectan en primer término, a la continuidad de las percepciones del trabajador, una seguridad para atender sus necesidades y las de sus dependientes; por otra parte, se da la continuidad en las cotizaciones para recibir las prestaciones de seguridad social e incrementa la destreza laboral. Otra consideración, es evitar que el despido perjudique la situación económica del trabajador, que se demerita en los períodos desocupados sobre todo cuando no existe seguro de desempleo, aun cuando este, tampoco suple el monto total que debiera recibir, como remuneración por el trabajo.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Otro planteamiento del problema del despido, versa sobre el respeto al indudable derecho del empleador a administrar la empresa, que se enfrenta, al derecho del trabajador, es decir, a la continuidad en sus ingresos económicos, y en consecuencia, en su bienestar, en tanto cumpla con sus obligaciones laborales; sin embargo, entre ambos derechos debe darse el equilibrio, y es de reconocerse que, en este proceso, la condición de permanencia en el trabajo puede resultar más incómoda para el empleador, por los impedimentos que la ley le impone para despedir a su libre arbitrio, sin que esta le impida ejercer sus derechos de organización y administración.

El despido se concibe en la LFT, bajo el término jurídico rescisión, tomado del léxico de derecho civil, como un acto potestativo unilateral, con el cual se da fin a un contrato o acuerdo de voluntades, como es el contrato o la relación laboral. Cuando la rescisión la ejecuta el empleador equivale al despido; cuando la realiza el trabajador, es una renuncia al trabajo, la cual puede ocurrir sin restricción alguna, ya que los trabajadores tienen derecho a no obligarse por más de un año en una relación laboral, de acuerdo a disposiciones de rango constitucional, que después se incorporan a la LFT; en efecto, el artículo 5o. de la Constitución se regula el derecho y la libertad al trabajo, la prohibición de trabajar sin remuneración, al trabajo forzoso y la limitación del compromiso laboral de los trabajadores por más de un año.

El despido justificado se puede comprender como una forma de disciplinar al trabajador, por ello, la doctrina española lo considera como un despido disciplinario,[14] el cual sanciona las faltas cometidas por el trabajador, con la extinción de su contrato y la terminación de la relación de trabajo. Ahora bien, el despido de un trabajador se justifica cuando se presenta una de las causas que aparece en alguna de las dieciséis fracciones, del artículo 47 de la LFT (entre ellas negligencia, violencia, ausencias injustificadas, etcétera), la fracción XV, que es la última porque se insertó la fracción XIV Bis), se refiere a causas no específicas y, a la analogía, esto es, causas equivalentes a las expresadas en las disposiciones

[14] Montoya Melgar, Alfredo, *Derecho del trabajo*, 11a. ed., Madrid, Tecnos, p. 448.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

anteriores, lo cual significa, que de fundamentarse una demanda laboral en una causa análoga, quedará a la interpretación del juzgador, justificar o no, un despido. El incumplimiento a las obligaciones, legales o contractuales, constituyen causa de rescisión sin responsabilidad para el empleador, pero, la fundamentación legal debe recaer principalmente en el artículo 47 (muchas de las causas análogas se fundamentan en los artículos que señalan, tanto las obligaciones de los trabajadores, como las prohibiciones que se les imponen) y, junto a ellas, estarían las obligaciones contraídas contractualmente, que nunca pueden ser en contra de la ley.

En principio, debe advertirse que el concepto de relación de trabajo, es distinto al de contrato de trabajo, aunque, ambos producen idénticos efectos jurídicos. El contrato laboral se aparta completamente del contrato civil, son dos figuras jurídicas cercanas en sus elementos de existencia y validez, pero completamente distintas, empezando por la limitación legal de la voluntad de las partes,[15] que opera en el contrato de trabajo frente a la autonomía de la voluntad, que rige en los contratos civiles, como ya se mencionó; y en el campo del derecho colectivo, el empleador, está obligado a celebrar contrato colectivo cuando se lo solicite el sindicato de trabajadores; su negativa, es causa de huelga.

La LFT reconoce idéntica equivalencia legal a ambas figuras, en la relación y el contrato laboral, de tal suerte que, la inexistencia de un contrato de trabajo no impide que el trabajador genere y mantenga sus derechos en los mismos términos, como si existiera un contrato escrito. En la práctica se presume la existencia de una relación laboral, aún sin contrato, y en caso de controversia sobre condiciones generales de trabajo, se aplicarán supletoriamente las indicadas en la LFT.

Por otra parte, excluir la responsabilidad del empleador en caso de despido justificado, significa que este no tiene obligación al-

[15] Ejemplo de limitaciones: *a*) el trabajador no puede renunciar a ninguno de sus derechos laborales. La renuncia que hiciera al respecto se afectaría de nulidad absoluta automáticamente; y *b*) el empleador queda impedido de despedir a un trabajador sin causa justificada, y de hacerlo será obligado al pago de una indemnización.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

guna de indemnizar al trabajador despedido, porque la ley admite que hay causas imputables a este, para ser separado de su trabajo; por lo tanto, el empleador sólo deberá pagarle lo que corresponda por derechos generados, como son: salarios, jornada extraordinaria, vacaciones, aguinaldo, prima de antigüedad y toda aquella otra prestación que le corresponda en derecho, como puede ser, el monto de la participación de utilidades.

3. *Causales legales de despido*

Sería difícil analizar, en este trabajo, los motivos que contienen cada una de las fracciones del artículo 47 de la LFT, por lo que, seleccionamos tres de las que generan más polémica, sin que ello signifique que se clasifiquen por orden de importancia; antes de hacer referencia a las mismas, y transcribirlas, se hacen las siguientes precisiones:

> Son causas de rescisión de la relación de trabajo, sin responsabilidad para el patrón:
> Fracción I: Engañarlo el trabajador(a) o en su caso, el sindicato que lo hubiese propuesto o recomendado con certificados falsos o referencias en los que se atribuyan al trabajador(a) capacidades, aptitudes o facultades de que carezca. Esta causa de rescisión dejará de tener efecto después de treinta días de prestar sus servicios el trabajador(a).

Esta causal puede considerarse como equivalente al período de prueba, que es diferente al contrato a prueba, que la ley admite hasta por tres meses en general; y, hasta por seis, cuando se trata de funciones gerenciales. Esta es una forma de permitirle al empleador advertir la capacidad, o las aptitudes, del trabajador, respecto de las actividades para las cuales ha sido contratado. El período transcurre en los primeros 30 días de trabajo, los cuales, contarán a partir del primer día de vigencia del contrato, si se considera que, en ese tiempo puede haber días inhábiles, como son los descansos semanales, el tiempo en que el empleador puede advertir el error o el engaño en la contratación se reduce.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Por otra parte, el empleador en todo caso, debe cumplir con otros requisitos para justificar el despido, y que son: *a*) dar aviso al trabajador, *b*) que el aviso sea por escrito, *c*) que el aviso incluya expresamente la causa o causas de la rescisión (despido); y, *d*) la expresión de la fecha de dicha terminación. El incumplimiento de alguno de estos requisitos invalida la justificación del despido.[16]

La razón legal del despido bajo esta hipótesis puede ocurrir, tanto por el error que pudiera cometer el empleador al seleccionar al trabajador, como en el engaño que este o el sindicato, propicien acerca de sus aptitudes o conocimientos. Al no ser un contrato de prueba, el empleador no puede rescindir libremente la relación de trabajo, sino que, debe justificar que el trabajador(a) no posee la capacitación necesaria para el puesto por el que fue contratado; en este sentido, puede interpretarse que, de no comprobarse la causa marcada en la fracción I, la relación de trabajo —o el contrato—, deberá subsistir.[17]

En la fracción VIII, dice: "Cometer el trabajador(a) actos inmorales en el establecimiento o lugar de trabajo". Esta disposición puede ser objeto de diversas interpretaciones; en primer término, habría que considerar el concepto de inmoralidad, que podría tener distintos signos y manifestaciones. La amplitud que tiene el concepto del valor moral obliga a acotar las conductas que puedan tacharse como morales o inmorales; estas últimas, pueden entenderse como actos deshonestos, y a la vez, pueden tomarse como faltas de probidad u honradez, que constituyen otras causales de justificación del despido, marcadas en la fracción II, del artículo 47, lo que aparenta ser una repetición o duplicidad normativa, aún cuando con rigor jurídico, no lo es en el desarrollo procesal.[18]

16 Tesis: 2a./J. 68/2001, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XIV*, Novena Época, diciembre de 2001, p. 222. Aviso de rescisión de la relación laboral. Constituye un presupuesto procesal de la justificación del despido, que debe ser analizado oficiosamente por la Junta de Conciliación y Arbitraje.

17 A.D. 867/79, Bernabé Terán, Román, 17 marzo 1980; Climent Beltrán, Juan B., *Ley Federal del Trabajo. Comentarios y jurisprudencia*, México, Esfinge, pp. 114 y 115.

18 La SCJN resolvió que: ...Por falta de probidad u honradez se entiende el no proceder rectamente en las funciones encomendadas con mengua de rectitud de ánimo, o sea, apartarse de las obligaciones que se tienen a cargo procediendo en

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Los actos inmorales pueden ser actos obscenos, pornográficos, indecentes o indignos; hostigamiento u acoso laboral, sea psicológico o sexual; que pueden quedar encuadrados en estos conceptos, y en otros más, de acuerdo a la interpretación que se haga. El hostigamiento, además de ser una forma de maltrato, constituye un acto inmoral, puede ser cometido en contra de compañeros en el trabajo, entre miembros del sindicato, del personal directivo o administrativo o sus familiares; o bien, en contra de terceros vinculados con el centro de trabajo, como podría ser el caso de clientes o proveedores. En el primer caso podría entenderse que el hostigamiento es una causa análoga al maltrato,[19] o a actos inmorales, pero la ley condiciona la justificación de este despido, a que se altere la disciplina del lugar de trabajo. Al parecer, el legislador no consideró tanto la moralidad, sino el relajamiento del orden interno del centro de trabajo.

En este caso, al circunscribir los actos inmorales al centro de trabajo, resulta incongruente con la fracción IV, que se refiere al mismo comportamiento del trabajador, cometido... "fuera del servicio"... (fuera del centro de trabajo); y que condiciona la sanción a que sean actos, "...de tal manera graves que hagan imposible el cumplimiento de la relación de trabajo".[20]

En cualquier caso, al no haber precisiones legales en la terminología y en las formas, la calificación de moralidad o inmoralidad, se somete a criterios subjetivos; primero del empleador, y después,

contra de las mismas, dejando de hacer lo que se tiene encomendado, o haciéndolo en contra: debe estimarse que no es necesario para que se integre la falta de probidad u honradez que exista un daño patrimonial o un lucro indebido, sino sólo que se observe una conducta ajena a un recto proceder. A. D. 4009/75. Ferrocarriles Nacionales de México, 2 de febrero de 1976, Climent, B., *op. cit.*, p. 115.

19 Maltrato es una acción que indica tratar mal a alguien, puede ser de palabra o de hecho., material o psicológico. El maltrato lastima; sus efectos causan dolor, molestia, indignación; y puede causarse mediante ofensa, injuria, insulto, agravio, molestia, desprecio, desdén, vilipendio, y en general, todo aquello que denigre a una persona.

20 Véase la fracción IV: Cometer el trabajador, fuera del servicio, contra el patrón, sus familiares o personal directivo o administrativo, alguno de los actos a que se refiere la fracción II, si son de tal manera graves que hagan imposibles el cumplimiento de la relación de trabajo.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

en el supuesto de un proceso jurisdiccional, a la del juzgador, con lo cual, se puede personalizar una norma y derivar en problemas de interpretación que prolongan los juicios.

El comportamiento violento de un trabajador dentro del centro de trabajo podría ser un acto inmoral, y para este caso, el mismo artículo 47, lo expresa: "Fracción II. Faltas de probidad u honradez, actos de violencia, amagos, injurias o malos tratamientos en contra del patrón, sus familiares o del personal directivo o administrativo de la empresa o establecimiento".[21]

La conceptualización de las diversas fracciones, tanto en la ley, como en la jurisprudencia, resulta confuso mezclar conceptos como el de honradez, probidad e inmoralidad, y que distingue entre malos tratos, injurias, violencia y amagos cuando todos estos actos constituyen faltas de probidad, y por lo tanto son inmorales.

La fracción X, dice: "Tener el trabajador(a) más de tres faltas de asistencia en un período de treinta días, sin permiso del patrón o sin causa justificada".

Las ausencias del trabajador al cumplimiento de sus actividades, se pueden regular por el reglamento interno de trabajo, en el que, por lo general, se marca la tolerancia en los retardos; los procedimientos y requisitos para solicitar permisos del empleador para ausentarse, o bien, para presentar la justificación de inasistencia; igualmente en el proceso, se determinan las sanciones por las faltas no justificadas. Las inasistencias pueden justificarse de forma variada, por ejemplo, la existencia de un certificado médico que acredite la incapacidad del trabajador para presentarse a laborar, lo cual debe provenir del médico autorizado por el Instituto Mexicano del Seguro Social, o la institución que corresponda, al que deben estar afiliados obligatoriamente todos los trabajadores subordinados, eventuales o permanentes y en caso de no estarlo, la justificación puede otorgarse por cualquier médico.

Puede haber otras justificaciones de causa o fuerza mayor, que el empleador deba admitir, tal sería el caso de un desastre causado por un fenómeno meteorológico, la interrupción del servicio pú-

[21] Cuando se habla de empresa o establecimiento, se puede interpretar siempre como centro de trabajo; se refiere al lugar o centro de trabajo.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

blico de transporte u otros, aun cuando estas circunstancias no se contemplan en la ley, y quedan al arbitrio del empleador, o a la negociación entre este y el trabajador o sindicato, si lo hubiere (caso fortuito o causa de fuerza mayor); tal sería el caso de la influenza H1N1, que obligó a fábricas, comercios y otros centros de trabajo a suspender labores, como un requerimiento de las autoridades por razones de salud pública. En estos casos, por falta de regulación y claridad en el acuerdo respectivo, se cometieron muchos abusos; entre ellos está, el haber obligado a los trabajadores a firmar solicitudes de ausencias a cuenta de vacaciones por esos días, o bien, la solicitud de licencia sin goce de sueldo. En otros casos, los trabajadores que faltaron no siempre contaron con el apoyo y comprensión de los empleadores, quienes procedieron a descontar el salario por las ausencias.

De acuerdo con la ley mexicana, la acumulación de más de tres ausencias en un período de 30 días, contados a partir de la primera falta, justifica el despido.[22] Más de tres, significa cuatro ausencias por lo menos, sin que necesariamente deban ser continúas; el hecho de sancionar las faltas con el descuento correspondiente, no debiera inhibir la sanción de despido; sin embargo, existe el criterio jurisprudencial de que el descuento corresponde a una sanción administrativa que implica el perdón de la inasistencia.[23]

La inasistencia injustificada al trabajo, no debe confundirse con el abandono de empleo; en este caso, no se requiere acumulación alguna, pues no constituye una causa específica en el texto del artículo 47; sin embargo, abandonar el empleo puede tener una connotación grave que justifique el despido, o bien, sólo sancionarse con medidas disciplinarias leves, lo que puede contemplarse en el reglamento interior de trabajo. Por abandono de trabajo se entiende, que una vez que se ha iniciado la jornada de trabajo, o se haya hecho el registro de asistencia, de acuerdo a los métodos que apliquen en el centro de

22 Despido. La prescripción de las acciones que de él derivan, debe contarse a partir del día siguiente al de la separación; no obstante, la falta del aviso rescisorio. Tesis: 2a./J. 119/2003, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XIX*, Novena Época, enero de 2004, p. 131.

23 Véase, Climent, B., *op. cit.*

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

trabajo, el trabajador se retire de este o de sus actividades sin permiso o aviso alguno antes de que finalice la jornada laboral.

El abandono del empleo puede tener dos bases para que se le considere causa del despido justificado: *a*) falta de probidad al tratar de engañar al empleador, y *b*) pretender recibir la remuneración por servicios no prestados, o bien, puede ser entendida como una de las causas análogas a que se refiere la fracción XV, del artículo 47.

Al igual que en los demás casos, como lo marca el artículo 47 en su parte final, es requisito dar aviso por escrito al trabajador de la rescisión, y de su causa o causas, así como señalar las fechas en que se marcaron las faltas, lo cual es fundamental en la justificación legal.

4. *Suspensión de la relación de trabajo*

Por otra parte, la LFT contempla la figura de la suspensión de la relación de trabajo, como la interrupción que ocurre por parte del trabajador; en consecuencia, al dejar de cumplir con la obligación principal de prestar los servicios, se suspende la obligación principal del empleador de pagar la remuneración; pero, temporalmente, se mantiene la vigencia de la relación laboral. La imposibilidad de trabajar proviene del trabajador, que por lo general, se debe a alguna causa ajena a su voluntad; algunas de esas hipótesis de suspensión temporal son: la enfermedad contagiosa del trabajador, la falta de documentación necesaria para desempeñar sus actividades (cédula profesional o la licencia de manejo), el arresto del trabajador o la prisión preventiva —hasta en tanto cuando se obtenga sentencia—.

El beneficio de una suspensión temporal es que el trabajador imposibilitado para desempeñar sus actividades, no pierda el trabajo en forma definitiva; esta condición de interrupción de la prestación de servicios no sancionable con la terminación de la relación de trabajo, es congruente con el principio de estabilidad en el empleo que la legislación mexicana resguarda y patrocina, de tal suerte que, no obstante las faltas, el trabajador conservará su puesto hasta la fecha en que se encuentre en aptitud de volver al mismo (términos que la ley delimita en cada caso).

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Suspendido el trabajo, y la remuneración, se interrumpen también las prestaciones correlativas. En este caso, por ejemplo, el trabajador no acumula tiempo para acreditar antigüedad, que afecta el derecho al aumento de vacaciones pagadas, la jubilación, reparto de utilidades u otras prestaciones que se basen en el tiempo de trabajo.[24]

En cualquiera de los casos de suspensión temporal no hay sanciones aplicables al trabajador;[25] la ley determina en cada caso, el número de días en que pueda extenderse la suspensión, y fija los términos para que el trabajador se reincorpore a sus actividades una vez terminada la causa del impedimento para trabajar; por ejemplo, si se trata del arresto del trabajador, la suspensión se inicia a partir de que el trabajador acredite haber estado a disposición de la autoridad competente (judicial o administrativa) que le haya impedido presentarse a trabajar y termina con el fin del arresto, debiendo presentarse a trabajar al día siguiente. Si el caso es la prisión del trabajador, será a partir de que el trabajador acredite haber estado a disposición de la autoridad competente que le haya impedido presentarse a sus actividades y hasta cuando se dicte sentencia absolutoria; y, si el caso fuera el sufrimiento de una enfermedad contagiosa por el trabajador, la suspensión se justifica en cuanto el empleador tenga conocimiento de que el trabajador la padece; y termina, cuando el contagio, o la enfermedad misma desaparece, de acuerdo con la certificación médica correspondiente.

5. *Acciones procesales*

El despido justificado, de acuerdo a las hipótesis que marca la LFT, así como aquellos incumplimientos a las obligaciones laborales por parte del trabajador, que se explican en la misma ley, o que

24 Existen excepciones, como en el caso de las incapacidades por riesgos de trabajo en que las prestaciones se mantienen vigentes, sustituyendo el pago del salario por la subvención que paga el IMSS.

25 Es claro que suspende*r* es interrumpir y el adverbio temporal no es necesario incluirlo, pero, la LFT lo hace, probablemente para una interpretación más clara, en beneficio del trabajador.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

aparecieran en los contratos de trabajo, sólo generan el derecho del trabajador a recibir los salarios y demás prestaciones económicas o sociales devengadas, hasta el momento de la rescisión (salarios, en cualquier modalidad que corresponda; participación de utilidades, aguinaldo, pago de vacaciones y las que se consigne en cada contrato).

Por su parte, el despido sin justificación o despido arbitrario; o, que no se justifica de acuerdo a los términos de ley o del contrato respectivo, y que tal vez deba fundamentarse con evidencias suficientes en caso de llevar el caso a juicio ante la Junta de Conciliación y Arbitraje que corresponda, genera una de dos acciones procesales: *a*) la exigencia de la reinstalación en el empleo o puesto de trabajo; o, *b*) el pago de la indemnización que deba cubrirse en los términos de la misma ley, y que esta especifica, según se trate de una relación de trabajo por tiempo u obra definidos, o por tiempo indefinido.

La acción de pago de indemnización también procede cuando el trabajador se ve obligado a rescindir la relación de trabajo, por incumplimiento del empleador en alguna de las obligaciones que le incumben a este, como podría ser, la falta de pago de salario o prestaciones, incumplimiento con las medidas de higiene, seguridad y medio ambiente en el trabajo, hostigamiento, o cualquiera de las que se especifican en la ley como obligaciones del empleador.

III. China y el marco legal de la contratación

La Constitución de China regula el derecho y el deber al trabajo (artículo 42). A partir de enero de 2008, entró en vigor una nueva Ley de Contrato de Trabajo (LCT);[26] y, no obstante, que en 2007

[26] Véase Esteban Rodríguez, Mario, "Los esfuerzos gubernamentales por garantizar los derechos de los trabajadores han sido mayores bajo el mandato de Hu Jintao y Wen Jiabao", *Situación de los derechos laborales en China: implicaciones políticas y económicas. Documento de trabajo*, Observatorio de Política Exterior Española. Fundación Alternativas, *http://www.falternativas.org/opex/documentos/documentos-de-trabajo/situacion-de-los-derechos-laborales-en-china-implicaciones-politicas-y-economicas* consultada en revisión, 8 de abril de 2013.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

hubo un escándalo acerca de la esclavitud que se vivía en ese país, en donde se involucraba trabajo infantil en ladrilleras;[27] esta nueva ley no se considera como respuesta a esa conflictiva en virtud de que se había propuesto antes de esa fecha (diciembre de 2005), y fue hasta 2006, cuando se presentó un segundo borrador que fue aprobado por el Congreso Nacional Popular, el 29 de junio de 2007, para por fin entrar en vigor en enero de 2008.

Junto con esta LCT, se promulgaron, la Ley de Promoción del Empleo, y la Ley de Mediación y Arbitraje, con las cuales, se forma un trío que se complementa con un Reglamento de Desarrollo de la Ley de Contratos de Trabajo, emitido en septiembre de 2008; con este último se cubren algunas lagunas que contiene la ley principal; una de estas, obedece a que no prevé las consecuencias ante la negativa de un trabajador a firmar un contrato de trabajo, otra, es que no se señala la forma de calcular el monto de la indemnización por despido.[28] Lo que sí previene, es que, ante la negativa del empleador de firmar el contrato de trabajo, se considerará que este es por tiempo indeterminado y conforme al artículo 82 de la LCT, el empleador deberá compensar al trabajador con una cantidad equivalente al doble de su salario. No obstante, la apariencia de la ley, de proteger los derechos de los trabajadores, las referencias parece contrariar este sentido y marcan un abismo entre lo legal y lo real o práctico.

Con la intención de cubrir las lagunas de la ley, las provincias han empezado a regular sobre otras consideraciones; tal es el caso de la provincia de Guandong, que aprobó una guía de opinión (*Guiding Opinion on Law on the Mediation and Arbitration of Employment Disputes and the Employment Contract Law)*, la cual, entre otros puntos, se refiere a la obligación que concierne a los empleadores para formalizar los contratos laborales,[29] ya que

27 "Going it Alone. The Workers' Movement in China (2007-2008)", *Labour Bulletin. Research Reports*, *www.clb.org.hk* 9 de julio de 2009, p. 10.

28 Soler Caballero, Francisco, *La ley china de contratos de trabajo un año después de su entrada en vigor*, Observatorio Iberoamericano de Asia-Pacífico, *www.iberoasia.org.garrigues/reforma_laboral_china.pdf* marzo de 2009.

29 *Ibidem*, p. 3.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

aproximadamente 15 millones de trabajadores chinos no tenían contratos de trabajo.

Esta LCT, de cualquier manera, marca una era distinta en el sistema laboral chino; fue impuesta no obstante ser contraria a los intereses de muchas empresas transnacionales de importante renombre a nivel mundial, que buscaron que la ley no fuera aprobada, como ocurrió con Wal-Mart, Google, UPS, Microsoft, Nike, AT&T e Intel, que actuaron por intermedio de organizaciones empresariales de las que forman parte, como la Cámara de Comercio en Shangai y el Consejo Empresarial EUA-China.[30]

Es claro considerar que la deficiente regulación, permite a las empresas beneficiarse de bajos costos, con lo cual se genera una competencia desleal (*social dumping)* con otros países que compiten por la mano de obra barata, como sería el caso de algunos países latinoamericanos, entre ellos México que mantiene una legislación laboral rígida, sobre todo, respecto de los despidos injustificados; aunque no se cumple cabalmente. Por ello, se dice que las empresas transnacionales se benefician de la promoción de una "competencia que nivela hacia abajo";[31] y también es factor de proliferación de actividades *off shore* bajo condiciones no reglamentadas y la presencia de un vacío legislativo.

Los objetivos de la nueva ley consideran, de acuerdo con su artículo 1o. que fue,

> ...creada y formulada para mejorar el sistema de contratación laboral, especificar los derechos y las obligaciones de ambas partes de los contratos de trabajo, proteger los legítimos derechos e intereses de los trabajador(a)es y construir y desarrollar relaciones laborales armoniosas y estables.[32]

30 *Detrás de la gran muralla china*, *http://ebookbrowse.com/behind-the-great-wall-of-china-spanish-version-pdf-d57253654* consultado el 25 de marzo de 2013.

31 Véase Stephen Roach, "Global: China and Global Labor Arbitrage", *Global Economic Forum,* 7 de abril de 2006, *http//www.morganstanley.com/GEFdata/digests/20060407fri.html#anchor0.*

32 *Going it Alone*, p. 10 (traducido por Patricia Kurczyn).

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Resaltan dos objetivos más que marca el artículo 2o. de la misma ley: "Regular los contratos y normalizar el pago por la terminación de los mismos".

De acuerdo con la nueva ley, los trabajadores tienen derecho a negociar sus contratos, a que se celebren por escrito, y entre otras condiciones, el derecho a establecer períodos fijos en los contratos y exigir el pago al término de los mismos. Se entiende que, de manera general, la ley limita los poderes de los empleadores a dar por terminados los contratos, sobre todo, cuando se trata de trabajadores con antigüedad en el servicio;[33] en esta forma, la regularización de la contratación laboral no parecía acorde con los intereses de los empleadores.

En la víspera de la entrada en vigor de la nueva ley, las empresas tomaron algunas medidas, como fue despedir a los trabajadores, que tenían mayor antigüedad, o bien, renovaron sus contratos por periodos de uno a tres años;[34] en otros casos se les obligó a firmar doble contrato, y algunos de ellos, se redactaron en inglés, no obstante que el trabajador ignoraba la lengua. Se aumentaron los costos de dormitorios y alimentos con que los empleadores proveen a los trabajadores, y por los cuales, les hacían cargos, y en general, se establecieron medidas disciplinarias. Una encuesta demostró, que el 26.6% de los trabajadores no tenían contratos de trabajo y que el 28% percibía salarios inferiores al mínimo. Según datos oficiales del Ministerio de Recursos Humanos, en 2008, cerca de 15.6 millones de trabajadores, no tenían contrato de trabajo,[35] y alrededor de 150 millones de trabajadores, urbanos y rurales, estaban desempleados.[36]

33 *Idem*.

34 Es el caso de la gran compañía de telecomunicaciones Huawei; "ACFTU: Huawei agrees to suspend controversial employment scheme after union talks People's Daily Online", 11 de noviembre de 2007. G*oing it Alone, cit...*, p. 11.

35 "China's Labor Departments Help 6.98 mln Workers Get Back Wages in 2008", *China Daily,* 19 de mayo de 2009, *Going it Alone*, p. 11.

36 Guerrero, Dorothy, "Yale Global Ou-Line", 2 de junio de 2006, en *http://yaleglobal.yale.edu/display.article?id=6929 Detrás de la muralla...*, *cit.*, p. 2.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

1. *Contrato a prueba*

Bajo la nueva ley china, los contratos de trabajo ya no pueden quedar sujetos a la duración que establezca el empleador; y su duración, puede ser de uno a seis meses, según el tipo de trabajo de que se trate, a diferencia de los anteriores contratos cuya duración podría ser hasta de un año.[37] Por otra parte, la ley no prevé si se pueden establecer períodos probatorios en los contratos por obra o por servicio determinado, de tal suerte, los empleadores deben asegurarse de que los trabajadores contratados sean capaces de desempeñar las funciones para las cuales son requeridos.

La contratación a prueba puede ser utilizada también para capacitar a los trabajadores —aunque no se trate de la misma finalidad—; el entrenamiento tiene un costo y en China se ha establecido que la separación del trabajador genera un pago al empleador, por esta razón se celebraba un contrato por separado; de acuerdo a la nueva Ley de Contrato Laboral China (LCL), la relación de trabajo puede establecerse sin un contrato inmediato, pero, la finalidad de la ley, es que todos los trabajadores tengan un contrato por escrito. En caso de que el empleador no lo provea, como se dijo antes, será merecedor de una sanción.

En ocasiones, el trabajador quedaba endeudado con el empleador y debía permanecer en el trabajo, si no tenía capacidad para pagar su entrenamiento; esta condición también era utilizada por los empleadores para evitar la movilidad de los trabajadores, defender su propia confidencialidad[38] y beneficiarse de la capacitación lo que además ayuda a reducir la piratería de personal. Actualmente los trabajadores pueden dejar sus empleos, pero, la renuncia debe presentarse con 30 días de anticipación, salvo que haya algún incumplimiento contractual por parte del empleador caso en que pueden separarse de inmediato.[39]

37 "Comments & Suggestions on Revision to Labour Contract Law. American Chamber of Commerce in Shangai", p. 35, *Behind the Great Wall...*, *cit.*

38 "Comments on the Draft Labor Contract Law of the People's Republic of China (Draft of march 20, 2006)", *Detrás de la gran muralla...*, *cit.*, p. 7.

39 Sánchez Sierra, Eduardo José, *La reforma a la ley de contratación laboral china,* Instituto de Ciencia Política.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

La intención de la nueva ley de estabilizar las relaciones de trabajo queda clara, se sabe que, no obstante el importante crecimiento económico de China en los últimos años, la mayoría de los trabajadores(as) viven en pobreza y que, cerca de 150 millones de ellos, urbanos, se encuentran desempleados. Hay disposiciones concretas, como el artículo 14 de la LCL, que estipula que, en el caso de los trabajadores que hayan prestado sus servicios por más de 10 años, o hayan estado bajo dos contratos de tiempo fijo, el empleador está obligado a celebrar con ellos un contrato por tiempo indeterminado con el fin de crear estabilidad en el empleo.

2. *Despido injustificado*

El despido ilegal genera el derecho al pago de indemnización, equivalente al salario de un mes por cada año trabajado, sea por terminación del contrato o por terminarlo durante su vigencia; en aquellos casos en que el empleador pretenda despedir a más de veinte trabajadores, o al 10% de su personal, debe escuchar las opiniones de todo el personal, de acuerdo al artículo 41 de la LCL.[40]

La reglamentación de los despidos resulta importante para efectos de crear estabilidad en el empleo, como es bien entendido, conjuntamente con la previsión de ejecutar despidos injustificados. En el caso de China, se suponía que todos los trabajadores formaban parte del sector formal, pero ello, no corresponde a la realidad. La inestabilidad laboral puede comprobarse con algunos ejemplos que se obtienen de un conjunto de protestas de trabajadores, presentadas entre 2007 y 2008, de las cuales, algunas refieren la presencia de conflictos por despido injustificado en contra de diversas empresas y, que en ocasiones, involucran a cientos de trabajadores, y en otras, miles.[41]

[40] Véase, *Workers' View on New Labour Contract Law & Research on Furniture Industry in Pearl Delta Area*, 12 de junio de 2009 en *www.workerempowerment.org.*

[41] *Baolishun Metal and Plastic Products (Shenzhen) Co. Guangdong* que, ante la expectativa del cierre de la empresa y los despidos, los trabajadores demandaron el pago anticipado de la compensación económica, por lo que, se fue-

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

La indemnización por despido, debe calcularse en base a la antigüedad en el empleo, y en los términos del artículo 27 del reglamento para el desarrollo de la LCL; en cuanto al cálculo del monto de la indemnización, se deberá considerar el salario base y deben incluirse otros complementos salariales.

IV. Conclusiones

La estabilidad en el empleo es una condición importante para salvaguardar el equilibrio en las relaciones laborales, como lo debe ser también la seguridad social. Las condiciones económico-sociales mundiales, cruzan desde hace varios años, por una de las crisis más agudas que registra la historia contemporánea que también afecta a países de la Unión Europea —hoy, de manera escandalosa, a España y Grecia—. Estas circunstancias no son un secreto, como tampoco lo es, que China ha tenido, y tiene, un crecimiento económico mucho más importante que el registrado por México en los últimos años, con lo cual, es de esperarse el incremento en los montos salariales; también es claro que, entre ambos países se ha establecido una competencia comercial con la mano de obra; y para México se presenta una fuerte competencia con los países del BRIC.

Uno de los ejemplos de competencia puede ser con Volkswagen en su proceso de globalización, que ahora analiza las conveniencias de producir coches eléctricos, y la energía misma. La productividad de China, es más alta que la de México, cuyos costos de mano de obra están compitiendo entre los últimos tres lugares, los dos últimos quedan en las plantas de Shangai y otra más, el tercer lugar lo ocupa México, por debajo de Brasil.[42]

Hay muchos elementos para competir; sin embargo, el trabajo no es mercancía, y sería ilegal e inmoral comerciar con la mano de

ron a la huelga. La policía intervino en este asunto. La fuente de información, *Radio Free Asia, Wen Wei Po*; en este asunto, los afectados fueron más de dos mil trabajadores, *Going It Alone*, *cit.*

42 El aumento de ventas de Volkswagen en China ha sido del 300%. Wannöeffel, Manfred, "Regulación laboral transnacional", conferencia dictada en México, D. F., septiembre de 2009.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

obra, que atentaría en contra de los derechos humanos laborales; va en contra del concepto de trabajo decente que pregona la Organización Internacional del Trabajo (OIT), porque lastima la dignidad del individuo. México y China forman parte de esta organización, y aún, cuando no coincidan sus ratificaciones respecto de los convenios fundamentales, o algunos de ellos, están obligados a cumplir con los deberes y principios que la Constitución de la OIT consagra, y que es obligatoria para sus miembros. México no ha ratificado seis de los ocho convenios fundamentales: el 98, sobre el derecho de sindicación y negociación colectiva, y el 138, sobre la edad mínima para trabajar; en tanto que, China no ha ratificado cuatro: el 87, sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación; el 98, sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva; el 29, sobre el trabajo forzoso; y, el 105, sobre la abolición del trabajo forzoso.

El trabajo es un derecho humano, y por lo tanto, debe haber garantías para ejercerlo con libertad. El respeto al trabajo comprende el derecho a una justa remuneración, y a condiciones dignas para desempeñarlo como son las medidas de higiene y seguridad, medios de capacitación, protección social en general e igualdad de derechos, lo que en esencia, corresponde al perfil del trabajo decente.

Uno de los problemas que más aqueja a los trabajadores es la inseguridad en sus puestos de trabajo, la inestabilidad que genera incertidumbre y quebrantos económicos, y la ausencia de seguridad social; la inseguridad e inestabilidad, adicionada a la condición económica, convierte a la mayoría de los trabajadores del mundo, asalariados y no asalariados, en una clase vulnerable.

En China y México, como en el resto del mundo, los trabajadores son personas, cuyos derechos humanos, merecen respeto y garantía, y parte de ello se refiere a su condición en el trabajo. Los derechos que les corresponden, suelen clasificarse para su ejercicio y aplicación en derechos individuales y colectivos, aún cuando hoy se incorpora, con fuerza, el término y concepto de derechos humanos laborales o del trabajo, que abarca ambas categorías. En el segundo de estos ámbitos, como se sabe, se desarrolla el derecho a la sindicalización, lo que representa la unión y solidaridad de los trabajadores, para negociar con los empleadores que, por una parte

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

se representan por una mayoría de pequeñas y medianas empresas; y, que por la otra, surgen enormes consorcios transnacionales de gran potencia económica, que logran ejercer poder político, a través de su poder económico; se trata de *holdings* con nombre comercial conocido, logos famosos y capitales enormes, que les permite contratar a los mejores despachos profesionales para sus manejos legales (sindicalización, contratación, despidos), y sobre todo para el manejo de las prestaciones económicas y sociales (en el ámbito de las relaciones laborales pues habría que considerar sus manejos en otras áreas, como la fiscal).

Las empresas representan a personas jurídicas con alto valor en inversiones económicas, con gran significancia en el mundo de los negocios, pero en las cuales, difícilmente se conocen los rostros de sus accionistas y principales receptores de ganancias, las cuales, en muchos casos, son trasladadas al extranjero. Por otro lado, los sindicatos logran conseguir una representación importante cuando se internacionalizan, pero no siempre alcanzan el mismo nivel de influencia que la contraparte empresarial; como sindicatos internacionales de importante actividad se puede mencionar a la Federación Internacional de Trabajadores Metalúrgicos y la *Union Network International* (UNI), y en general, baste mencionar a la Confederación Sindical Internacional.[43]

Su presencia no ocupa los mismos grados que las empresas, y en ocasiones, representan empresas de distinto valor económico. No es necesario ir muy lejos por un ejemplo, y podríamos pensar en empresas de nombre internacional como WalMart, y analizar sus relaciones laborales en las que, en principio, resulta complicado y confuso, ya que a los trabajadores los manejan con la simulación de asociados, situación que los limita, o por lo menos los inhibe a ejercer sus derechos sindicales. También puede pensarse en bancos que ocupan la mayor fuerza de trabajo, mediante la tercerización (*outsourcing*).

43 Véase Traub-Merz, Rudolf y Eckl, Jürgen, *El movimiento sindical internacional: fusiones y contradicciones. Análisis y propuestas*. Friederich Ebert Stiftung, 2007, *http://www.fesmex.org/common/Documentos/Ponencias/Paper%20Mov%20Sindical%20Int%20Traub%20y%20Eckl.pdf*.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Por otra parte debe tomarse en cuenta que, la tasa de sindicalización en el mundo ha ido en descenso, y que los trabajadores han perdido representatividad. Este tema se menciona para atraer la atención sobre la importancia de voltear la mirada a la protección legal de los trabajadores que no cuentan con organizaciones sindicales que les proteja, o fortalezca.

La estabilidad en el empleo representa la continuidad en la obtención de satisfactores para el trabajador y para su familia; lo cual, justifica sobradamente la importancia por protegerla legalmente. El despido injustificado es el arma temible con que se sanciona injustamente a los trabajadores y es el instrumento que utilizan muchos empleadores para disminuir costos de producción, sin ser sancionados por ello.

Es importante sacar de la competitividad comercial el costo de la prestación de servicios —la mano de obra—, e impedir que, en el trato comercial mundial, hoy en día común e indispensable, se practique el *dumping* social al que se le mira como algo normal, a diferencia del *dumping* comercial. Es urgente que en los tratados comerciales internacionales se incluyan cláusulas sociales. Es también de importancia reconocer, y poner en práctica, los acuerdos marco y la responsabilidad solidaria entre empresas contrapartes. La regulación transnacional cada vez se hace más necesaria, y para ello se requieren cambios en las estructuras laborales. Hay que pensar que la movilidad de los capitales no es exclusiva, y que los sindicatos deben también tener movilidad, es decir, hacerse transnacionales, para que la defensa de los derechos laborales sea equitativa y se evite comerciar con la mano de obra.

En el caso de China, la mano de obra debe gozar de los mismos derechos y estándares que en otros países. Los trabajadores de China y México son seres humanos sin distinciones, y sus derechos laborales y de seguridad social deben respetarse; sin embargo, junto con esta preocupación debe levantarse la de no hacer competencia comercial con los derechos fundamentales, en este caso, en el ámbito del trabajo, y evitar que sea la disminución del pago de salarios, y de prestaciones, la fórmula de las empresas transnacionales de bajar costos para competir a nivel mundial.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Hay, entre las legislaciones constitucionales de China y México coincidencias afortunadas; en ambas se consagran los derechos al trabajo y las condiciones propias de la dignidad humana. En lo particular, coinciden en señalar que el trabajo, es un derecho y un deber.

En cuanto a la normatividad sobre los despidos, hay diferencias que habrán de ir coincidiendo, toda vez que la legislación china va entrando en el ámbito de la occidentalización, con apertura a la democratización. En la medida en que las condiciones de contratación individual, despidos e indemnizaciones vayan fundamentándose en los mismos principios, se permitirá una competencia más leal en el mercado laboral y en las balanzas de exportación e importación.

Por lo pronto, China ha limitado los despidos injustificados, ha definido la línea contractual para iniciar las relaciones laborales individuales, y ha creado un sistema de promoción de empleo; sin embargo, no obstante la regla de celebrar contrato de trabajo en el plazo de un mes de iniciadas las actividades, y de sancionar con pago doble del salario, el incumplimiento, cuando ha transcurrido un año; y,

> ...de que el contratado tenga derecho a un contrato indefinido si trascurrido un año no se ha firmado un contrato. También se limita el uso de contratos temporales hasta un máximo de dos contratos consecutivos, con una duración total máxima de 10 años, tras los cuales el trabajador tiene automáticamente derecho a un contrato indefinido. Lamentablemente, siguen siendo muchos los trabajadores chinos que no han suscrito un contrato con sus empleadores, o cuyo contrato no incluye toda la información que exige la ley.[44]

En México se desarrollan programas de apoyo al empleo, capacitación e inserción laboral como políticas públicas, y se espera que, con la reciente reforma laboral mexicana del 30 de noviembre de 2012, se atiendan más contratos de capacitación inicial; esta reforma, se ha manejado como auténtica promoción al empleo; y eso, espera la sociedad mexicana.

Los dos sistemas legales a que hacemos referencia, cuentan con legislación federal en México, y nacional en China; rigen leyes

[44] Véase Rodríguez, Esteban, *op. cit.*

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

reglamentarias estatales o de provincias, respectivamente. Son dos países con poblaciones mayores; si bien, hay una gran diferencia con la demografía de China, como la hay respecto de su forma de gobierno, distinta a la republicana democrática; la importancia de su análisis conjunto y la comparación, contribuyen a informar sobre las condiciones distintas que pueden causar competencia desleal, pero al mismo tiempo, a fortalecer el respeto a los derechos humanos laborales y además, promover el ambiente propicio para evitar la competencia comercial sin la mencionada competencia desleal.

Finalizamos este trabajo con el más fuerte reconocimiento del derecho humano al trabajo, que exige respeto y garantías para su pleno desarrollo, con el convencimiento de que, sólo con el respeto y justiciabilidad para los derechos humanos, la sociedad global puede conseguir mejores índices de justicia y equidad social.

V. Bibliografía

Climent Beltrán, Juan B., *Ley Federal del Trabajo. Comentarios y jurisprudencia*, México, Esfinge.

Kurczyn Villalobos, Patricia, "Dispraxis en el ejercicio laboral", en Cano Valle *et al*. (coords), *Dispraxis*, 2011.

Montoya Melgar, Alfredo, *Derecho del trabajo*, Madrid, Tecnos.

Sánchez Castañeda, Alfredo, *La subcontratación: un fenómeno global*, México, IIJ-UNAM, 2012.

Sánchez Sierra, Eduardo José, *La reforma a la ley de contratación laboral china*, Instituto de Ciencia Política.

Soler Caballero, Francisco, *La ley china de contratos de trabajo un año después de su entrada en vigor*, Observatorio Iberoamericano de Asia-Pacífico.

Traub-Merz, Rudolf y Eckl, Jürgen, "El movimiento sindical internacional: fusiones y contradicciones. Análisis y propuestas", Friederich Ebert Stiftung, 2007.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

EL PROCESO LABORAL EN MÉXICO. VISIÓN JURISPRUDENCIAL

María Aurora Lacavex Berumen*
Yolanda Sosa y Silva García**
Jesús Rodríguez Cebreros***

Sumario: I. *Introducción*. II. *Interpretación más favorable al trabajador*. III. *Inversión de la carga de la prueba*. IV. *Suplencia de la queja*. V. *Conclusiones*. VI. *Bibliografía*.

I. Introducción

El derecho procesal del trabajo es un "conjunto de reglas jurídicas que regulan la actividad jurisdiccional de los tribunales y el proceso del trabajo, para el mantenimiento del orden jurídicoy económico en las relaciones obrero-patronales, interobreras e interpatronales";[1] también, se le define como la,

* Doctora en derecho, profesora de tiempo completo, adscrita a la facultad de derecho, de la Universidad Autónoma de Baja California, Mexicalli, SNI, nivel 1, *axevacal@hotmail.com.*

** Doctora en derecho, profesora de tiempo completo, adscrita a la facultad de derecho, de la Universidad Autónoma de Baja California, Mexicalli, SNI, nivel 1, *ysosaysilva@gmail.com.*

*** Doctor en derecho, profesor de tiempo completo, adscrito a la facultad de derecho de la Universidad Autónoma de Baja California, Mexicalli, SNI, nivel 1, *rocej@hotmail.com.*

1 Trueba Urbina, Alberto, *Nuevo derecho procesal del trabajo*, México, Porrúa, 1973, p. 74; el autor señala que esta decisión data de 1941, y que la misma es inconmovible a través del tiempo, seguida por unos, los más, e incomprendida por los menos.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

> ...rama del Derecho que conoce de la actividad jurisdiccional del Estado respecto de las normas que regulan las relaciones laborales desde los puntos de vista jurídico y económico.[2] (Y, como) la rama del Derecho que conoce de la actividad jurisdiccional del estado, respecto de la aplicación de las normas con motivo, en ocasión o a consecuencia de las relaciones obrero-patronales.[3]

El fundamento constitucional del derecho procesal del trabajo se encuentra en el apartado A, del Artículo 123, en las fracciones XX, XXI y XXII.

Venustiano Carranza había propuesto al Constituyente de Querétaro que se estableciera, que la facultad de legislar en materia de trabajo, correspondería al Congreso de la Unión; pero, se decidió que, dada las diferencias económicas, sociales y de vocación laboral de las entidades del país, esta facultad debería corresponder a los congresos locales. Así, de 1917 a 1928, se expidieron en prácticamente todos los estados de la República, leyes del trabajo, estableciendo órganos jurisdiccionales, creando Juntas de Conciliación y Arbitraje, y regulando los procesos laborales.

En 1929 se reforma el texto constitucional, y se establece en la fracción X, del artículo 73 que, sería facultad del Congreso, expedir las leyes del trabajo. Se reforma también el artículo 123; y en la fracción XXXI, se establece la jurisdicción federal y local del trabajo, por lo que hace a la aplicación de las leyes del trabajo.

El 18 de agosto de 1931, se expide la Ley Federal del Trabajo, en la que se incluye una amplia regulación de los procedimientos laborales, en los artículos 440 a 685.[4]

En 1970 se expide la Ley Federal del Trabajo que abroga la de 1931. La parte procesal comprendía del artículo 685 al 890.

En 1980 se reforma la Ley Federal del Trabajo; y "El nuevo Título Catorce de la Ley ha puesto de manifiesto una nueva política

2 Armando Porras López citado por Córdova Romero, Francisco, *Derecho Procesal del Trabajo. Práctica Laboral Forense,* México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1991, p. 4

3 Francisco Ross Gámez citado por De Buen, Néstor, *Derecho procesal del trabajo,* México, Porrúa, 1988, p. 40.

4 Trueba Urbina, Alberto, *op. cit.*, pp. 98 y ss.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

procesal que destaca a los principios y rompe en forma dramática con la tesis de la igualdad...".[5]

Del artículo 685 al 688, se regulan los principios procesales de publicidad; gratuidad; inmediatez; oralidad predominante; instancia de parte; tutela en beneficio del trabajador; inmutabilidad del proceso; facultamiento a las juntas para regularizar el procedimiento, sin revocar sus propias resoluciones; informalidad, con la sola exigencia de que se precisen los puntos petitorios, y, auxilio de las demás autoridades administrativas y judiciales.[6]

Adicionalmente se deben considerar los principios implícitos, que son: la desigualdad procesal; libre elección del foro para el trabajador; preclusión durante el proceso; impulso procesal de la autoridad en beneficio del actor trabajador; admisión de todos los medios de prueba; libertad de interrogatorio; libertad probatoria del tribunal; resolución en conciencia; claridad y congruencia de los laudos; fijación de la condena en cantidad líquida; irrevocabilidad de las propias resoluciones y recisión de los actos de ejecución.[7]

Los gobernados tienen el derecho, que el Estado, a través del proceso legislativo, reconoce, determina, establece o regula. Pero para el caso de omisión o deficiencia de quien tiene la obligación, solamente podrán disfrutar del derecho de que se trate, si cuentan con la oportunidad de hacerlo valer ante el órgano jurisdiccional competente, y este, aplicando la normatividad vigente, obliga al incumplido, a acatarla. En materia laboral son órganos jurisdiccionales, primero, las juntas locales y la Federal de Conciliación y Arbitraje y, después, los tribunales de amparo; por lo anterior, las normas procesales, tanto las contenidas en la Ley Federal del Trabajo, como en la Ley de Amparo, son definitivas, para que se pueda sostener que existe un Estado de derecho.

El derecho procesal del trabajo cumple con la premisa de dar un trato desigual a los desiguales, a efecto de lograr el equilibrio entre los factores de la producción. Por ello, tres instituciones de esta

5 De Buen L., Néstor, *Derecho procesal del trabajo*, México, Porrúa, 1988, p. 69.

6 *Ibidem*, pp. 74 y 75.

7 *Ibidem*, pp. 75 y 76.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

normatividad se destacan: la interpretación más favorable al trabajador; la inversión de la carga de la prueba y la suplencia de la queja.

II. Interpretación más favorable al trabajador

El artículo 18 de la Ley Federal del Trabajo, contiene la regla para la interpretación de las normas laborales, al disponer que, en la interpretación de las normas de trabajo, se tomarán en consideración sus finalidades señaladas en los artículos 2o. y 3o.; en caso de duda, prevalecerá la interpretación más favorable al trabajador.

Se entiende que, la interpretación jurídica por excelencia, es aquella que pretende descubrirse a sí misma; esto es, comprender a los demás, es decir, revelar el verdadero pensamiento del legislador o, explicar el sentido de una disposición.[8]

> La interpretación gramatical es la declaración del sentido de un texto atendiéndose al significado estricto de las palabras, a la letra de la ley; en ocasiones, el propio legislador coadyuva incluyendo una especie de vocabulario técnico,[9] aclaratorio de ciertas voces.
>
> La interpretación histórica consiste en la posición exegética que, para precisar el pensamiento del legislador o de la norma, se sitúa en el tiempo en que fue dictada, para indagar con mayor seguridad el sentido de las palabras y de las instituciones en tal época, en armonía con el panorama de la vida jurídica y general de entonces.
>
> La interpretación lógica no se limita a la inteligencia de un texto en su apariencia más natural, sino que ocurre a su aplicación armónica dentro del precepto, de la institución a que se refiere, de la ley de que se trate o, incluso, del ordenamiento jurídico general y tradición legislativa o consuetudinaria de un pueblo.[10]
>
> La interpretación sistémica se basa en la consideración orgánica del pensamiento del texto legal u otro precepto positivo con rela-

8 Alcalá-Zamora y Castillo, Luis y Cabanellas de Torres, Guillermo, *Tratado de política laboral y social,* Buenos Aires, Heliastra, 1972, p. 607, t. II.

9 Es, en ordenamientos jurídicos, relativamente reciente que se incluye una disposición en la que se establece: artículo X. Para los efectos de este ordenamiento, se entiende por: I....

10 Alcalá Zamora y Castillo, Luis y Cabanellas de Torres, Guillermo, *op. cit.,* p. 607.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

> ción al caso planteado, a la dificultad surgida. También investiga la finalidad de otras leyes, para comprobar que hay identidad de criterio en una actitud, o tendencia del legislador, dentro de una materia y de una época. Resume los elementos aportados por las tres especies precedentes.

Se considera que, por la índole del intérprete, se distingue la interpretación auténtica, la del legislador, de la usual, que corresponde a los jueces o magistrados y de la doctrinal, desarrollada por los autores o jurisconsultos. Por el desenvolvimiento que al precepto se le atribuye, se habla de interpretación estricta, la literal o limitada a los casos previstos en la ley; y, la extensiva, la que se aplica a supuestos análogos, más o menos previsibles por el autor del texto.[11]

> La interpretación de las leyes procesales no se agota en la operación de desentrañar el significado del texto particular que provoca la duda interpretativa. Ese texto no es normalmente otra cosa que la revelación de un principio de carácter general vigente a lo largo de toda la legislación procesal, interpretar el texto es pues, determinar la medida del principio frente a cada caso particular. Esos principios que rigen la codificación son, a su vez, desenvolvimientos particulares de grandes mandamientos básicos consignados en la Constitución para asegurar la justicia, la igualdad, la dignidad de la persona humana, etc., interpretar la ley procesal es por tanto interpretar todo el derecho procesal en su plenitud, a partir de los mandamientos o preceptos básicos de orden constitucional. Se interpreta el derecho y no la ley.[12]

El primer Tribunal Colegiado en materia de Trabajo, del primer circuito, resolvió que, de conformidad con el artículo 18, de la Ley Federal del Trabajo, sobre la interpretación de las normas de trabajo, se tomará en consideración sus finalidades señaladas en los artículos 2o. y 3o.; y si existe duda, prevalecerá la interpretación más favora-

11 *Ibidem*, p. 608.

12 Córdova Romero, Francisco, *Derecho procesal del trabajo*, México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1991, p. 21.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

ble al trabajador. De la interpretación teleológica del citado precepto, se obtiene que la duda es en relación con lo que la ley dispone y no en cuanto a la apreciación de las pruebas que las partes aportan al juicio, ya que, en lo referente a su eficacia, se rigen por normas específicas.[13]

El tercer Tribunal Colegiado en materia de Trabajo del cuarto circuito resolvió que, si bien, conforme al artículo 18, última parte, de la Ley Federal del Trabajo, en caso de duda en la interpretación de las normas de trabajo, prevalecerá la más favorable al trabajador; regla que acepta universalmente la doctrina, y que se conoce como principio *in dubio pro operario*; sin embargo, de su interpretación teleológica se deduce que no constituye una técnica de investigación para interpretar las normas laborales, sino que supone que, de un análisis pueda obtenerse más de una interpretación, y frente a estas, debe aplicarse la más favorable al trabajador. Empero, la interpretación más favorable al trabajador no implica la creación de prestaciones o derechos inexistentes en la ley, ya que ello significaría una invasión de esferas reservadas al legislador y, por ende, es improcedente, pues de permitirse se estaría facultando al juzgador a desempeñar el papel de legislador creando nuevas normas, so pretexto de interpretar las existentes.[14]

El artículo 18 de la Ley Federal del Trabajo, el cual establece que, en la interpretación de las normas laborales deben tomarse en consideración las finalidades señaladas en los artículos 2o. y 3o. del citado ordenamiento legal, y que en caso de duda, prevalecerá la interpretación más favorable al trabajador; lo que se refiere a la aplicación de las normas laborales ante la duda sobre su interpretación por los tribunales del trabajo en beneficio del trabajador, mas no sobre la valoración de pruebas. En consecuencia, el principio *in dubio pro operario*, previsto en el artículo citado, no opera cuando

13 Tesis I. Io. T.J/54, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Novena Época, t. XXIV, noviembre de 2006, p. 943.

14 Tesis IV.3º.T.224L, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Novena Época, t. XXIII, febrero de 2006, p. 1826.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

se refiere a la existencia de duda respecto a cuestiones de fondo, sino a la interpretación de un precepto de la ley laboral.[15]

A lo anterior, se suma el que, en la valoración de la prueba no predominan los principios de la aplicación inmediata de las normas laborales que beneficien al trabajador y el de *in dubio pro operario*, establecidos en los artículos 6o. y 18, de la Ley Federal del Trabajo, ni el de la mayoría, sino el de la lógica y equidad procesal que tutela este ordenamiento, pues el primero de los dispositivos prevé el principio de la aplicación de las normas laborales que benefician al trabajador al establecer que,

Las leyes respectivas y los tratados celebrados y aprobados en los términos del artículo 133 de la Constitución serán aplicables a las relaciones de trabajo en todo lo que beneficien al trabajador, a partir de la fecha de la vigencia".

El segundo contiene el reconocido principio de *in dubio pro operario*, al prever que en la interpretación de las normas de trabajo se tomarán en consideración sus finalidades señaladas en los artículos 2o. y 3o., y en caso de duda prevalecerá la interpretación más favorable al trabajador.

Los preceptos indicados se refieren a la aplicación de las normas laborales y que en caso de duda, sobre su interpretación, debe estarse a lo que beneficie al trabajador, mas no a la valoración de las pruebas; así, tratándose de la confesión expresa, vertida por la demandada al contestar el libelo inicial en el sentido de que adeuda las prestaciones reclamadas, implica que no existió *litis* en cuanto a su procedencia, por lo tanto, si conforme a los artículos 777 y 779 del código obrero las pruebas deben referirse a los hechos controvertidos cuando no hayan sido confesados por las partes, debiéndose desechar aquéllas que no tengan relación con la *litis* planteada, o resulten inútiles o intrascendentes, al existir la confesión, expresa de qué se adeudan las prestaciones reclamadas, es contrario a derecho que la autoridad tome en cuenta la confesión expresa del trabajador advertida en las actuaciones del juicio, en términos del artículo 794 de la ley citada, para refutar la acción, y tener por demostrado que fueron pagados

15 Tesis IV.3º.T.190 l, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.* Novena Época, t. XX, diciembre de 2004, p. 1407.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

esos conceptos; porque, si se atiende al principio *in dubio pro operario*, al contraponerse las confesiones expresas de las partes, debe estarse a lo que beneficie al trabajador.[16]

El derecho de la seguridad social en México, en particular la Ley del Seguro Social, no regula órganos jurisdiccionales ni procesos, por lo que, los conflictos entre los derechohabientes o los patrones con el Instituto Mexicano del Seguro Social se resuelven ante los órganos jurisdiccionales, y de conformidad con las normas procedimentales reguladas en la Ley Federal del Trabajo, son aplicables los mismos principios procesales que en materia laboral.

El tercer Tribunal Colegiado en materia de Trabajo del cuarto circuito, resolvió que el artículo 18 de la Ley Federal del Trabajo establece dos condiciones que deben observarse en la interpretación de las normas laborales: *1*) tomar en consideración las finalidades precisadas en los artículos 2o. y 3o.; y, *2*) en caso de duda, debe prevalecer la interpretación más favorable al trabajador. Cabe señalar, que para la aplicación de esta última, es menester que exista duda en el sentido de la norma, es decir, que su texto pueda admitir, por lo menos dos significados o sentidos. Ahora bien, el artículo décimo cuarto transitorio del decreto por el que se reforman diversas disposiciones de la Ley del Seguro Social, publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, el 20 de diciembre de 2001, claramente define en qué casos se aplicarán los factores ahí establecidos para el cálculo del incremento de las pensiones precisadas en él; esto es, que esos factores serán aplicables únicamente a las pensiones otorgadas, conforme al título segundo, capítulo V, secciones tercera y cuarta, de la Ley del Seguro Social de 1973; y conforme al título segundo, capítulo VI, secciones segunda y tercera, de la ley en vigor al publicarse la reforma. Consecuentemente, si el referido artículo décimo cuarto transitorio no presenta ambigüedad, y no existe duda en relación con su interpretación, no procede aplicar la interpretación más favorable al trabajador en términos del citado artículo 18.[17]

16 Tesis I.13º.T.57L, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Novena Época, t. XIX, abril de 2004, p. 1404.

17 Tesis IV.3º.T.J/63, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Novena Época, t. XXV, febrero de 2007, p. 1481.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

La libertad sindical solamente puede ejercerse a través de las organizaciones sindicales, de ahí que la toma de nota, con la cual, los dirigentes sindicales acreditan su personalidad para todos los efectos legales a que hubiese lugar, es indispensable. El tercer Tribunal Colegiado en materia de Trabajo del primer circuito, resolvió que la Ley Federal del Trabajo no establece procedimiento específico mediante el cual, tanto la autoridad como los sindicatos, realicen el trámite relativo hasta concluir con la toma de nota; sin embargo, siendo la regla que, ante este tipo de legislación debe prevalecer la norma especial (ley laboral), se tiene que estar a esta. Así, es conveniente acudir a los dos principios de la hermenéutica de las normas laborales consignados: el primero, en el artículo 2o. de la Ley Federal del Trabajo, en cuanto establece que las normas de trabajo tienden a conseguir el equilibrio y justicia social en las relaciones entre trabajadores y patrones; y, el segundo, en el artículo 18 de la ley en cita, relativo a que, en la interpretación de las normas de trabajo, además de considerarse la finalidad señalada en el anterior precepto (2o.), prevalecerá la interpretación más favorable para el trabajador.

En ese sentido, el artículo 735, de la Ley Federal del Trabajo, establece que cuando la realización o práctica de algún acto procesal o el ejercicio de un derecho no tenga fijado un término, este será de tres días hábiles; bajo esta perspectiva, la expedición de la toma de nota, además de ser un acto dentro de un procedimiento formalmente administrativo, pero materialmente laboral que debe realizar la autoridad registradora del conocimiento; es también un derecho de las partes, máxime si se toma en consideración la gran importancia de la toma de nota, ya que la certificación correspondiente pone en manos de quien, o quienes, en su beneficio la reciben, no sólo el patrimonio del sindicato, sino también la defensa de sus agremiados y aún más, la suerte de los intereses sindicales.

Ahora bien, dicho precepto no prevé consecuencia alguna si no se lleva a cabo el acto procesal o el ejercicio del derecho en el plazo de tres días, lo que motiva a tener en cuenta, en esta parte, el artículo 366, en cuanto a que, si la autoridad ante la que se presentó la solicitud de registro, no resuelve dentro del término que ahí se establece, los solicitantes podrán requerirla para que dicte resolución, y si no lo hace dentro de los tres días siguientes a la presentación de la soli-

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

citud, se tendrá por hecho el registro para todos los efectos legales, quedando obligada la autoridad, dentro de los tres días siguientes, a expedir la constancia respectiva, lo cual encuentra justificación en el Convenio 87, de la Organización Internacional del Trabajo, acorde con el espíritu del artículo 123, apartado A, fracción XVI, de la Constitución Federal, que consagra la libertad sindical de los trabajadores a asociarse de acuerdo a sus intereses, y en el que se indica que las autoridades públicas deben abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este derecho o a entorpecer su ejercicio.

En consecuencia, si la autoridad ante la que se presentó la solicitud de toma de nota, no resuelve dentro del término de tres días, los solicitantes podrán requerirla para que dicte resolución, y si no lo hace dentro de los tres días siguientes a la presentación de la solicitud, se tendrá por hecho el registro para todos los efectos legales, quedando obligada la autoridad dentro de los tres días siguientes, a expedirla.[18]

III. Inversión de la carga de la prueba

El instrumento al alcance del juzgador, en el caso de la materia laboral de las juntas de conciliación y arbitraje para resolver los conflictos que les son planteados por las partes, es precisamente la carga de la prueba, o expresado de otra forma, la distribución de esta.[19]

El principio de adquisición procesal está directamente relacionado con la temática de la carga de la prueba; este principio se actualiza en el artículo 792, de la Ley Federal del Trabajo, que establece que se tendrán por confesión expresa y espontánea, las afirmaciones contenidas en las posiciones que formule el articulante, es decir, cuando una de las partes queda relevada de la carga de la prueba, en virtud de que la contraria, de forma voluntaria o casual, aporta elementos suficientes para acreditar un hecho determinado.

18 Tesis 1.3º.T. 232 L, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Novena Época, t. XXXIII, mayo de 2011, p. 1300.

19 De Buen, L., Néstor, *op.cit.*, p. 413.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

El concepto de la carga de la prueba, adquiere con la reforma procesal de 1980[20] su propia identidad, recogiendo mucho de lo que la jurisprudencia, en más de cincuenta años había venido resolviendo, pero también superando muchos de los criterios sostenidos.

> En el proceso laboral se resquebraja el principio burgués consagrado por el Derecho Procesal Civil, relativo a que el actor debe probar los hechos constitutivos de su acción y el reo las de sus excepciones... la inversión de la carga de la prueba cumple en el proceso del trabajo una función tutelar del trabajador que constituye, por otra parte, la finalidad de toda la legislación social, la que sin perjuicio de garantizar los derechos de los factores activos de la producción en el proceso, mira con especial atención cuanto se refiere al elemento obrero y a su protección. Una solución contraria llevaría a dejar al demandante obrero en una completa indefensión.[21]

El artículo 784, en particular, pero también los numerales 804 y 805, contienen una de las disposiciones más importantes en materia de Derecho Procesal del Trabajo que es la inversión de la carga de la prueba.

La segunda sala de la Suprema Corte de Justica de la Nación, resolvió que, del análisis sistemático de lo dispuesto en los artículos 784, 804 y 805, de la Ley Federal del Trabajo, se desprende que la carga de la prueba en materia laboral, tiene características propias, toda vez que su objeto es garantizar la igualdad procesal del trabajador frente al patrón en el juicio, para lo cual se impone a los empleadores, en mayor medida, la obligación de acreditar los hechos en litigio para eximir al trabajador de probar los que son base de su acción, en aquellos casos en los cuales, por otros medios, a juicio del tribunal, se puede llegar al conocimiento de tales hechos.

Lo anterior se traduce en que la carga de la prueba corresponde a la parte que, de acuerdo con las leyes aplicables, tiene la obligación

20 Que fue producto de la experiencia procesal de Jorge Trueba Barrera, Guillermo González López y Pedro Cervantes Campos principalmente; todos pertenecientes a la escuela de Alberto Trueba Urbina.

21 Trueba Urbina, Alberto, *op. cit.*, p. 377.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

de conservar determinados documentos vinculados con las condiciones de la relación laboral, tales como antigüedad del empleado, duración de la jornada de trabajo, monto y pago del salario, entre otros, con el apercibimiento de que, de no presentarlos se presumirán ciertos los hechos alegados por el trabajador; además, la obligación de aportar probanzas, no sólo corresponde al patrón, sino a cualquier autoridad o persona ajena al juicio laboral que tenga en su poder documentos relacionados con los hechos controvertidos que puedan contribuir a esclarecerlos, según lo dispone el artículo 783 de la ley invocada.[22]

El noveno Tribunal Colegiado en materia de Trabajo del primer circuito, resolvió, según establece el artículo 748, fracción X, de la Ley Federal del Trabajo, que la Junta de Conciliación y Arbitraje que conozca de un asunto laboral, eximirá de la carga de la prueba al trabajador, en materia de disfrute y pago de vacaciones. Los trabajadores tienen derecho a disfrutar de un número de días de vacaciones, que son pagados, y que se relacionan con su antigüedad. Las vacaciones deben concederse a los trabajadores dentro de los seis meses siguientes al cumplimiento del año de servicios; por el primer año disfrutan de seis días laborables de vacaciones, que aumentan en dos días laborables, hasta llegar a doce, por cada año subsecuente de servicio. Después del cuarto año, el periodo vacacional se incrementa en dos días por cada cinco años de servicios prestados. De conformidad con lo dispuesto en la fracción IV del numeral 804 del mismo ordenamiento jurídico, el patrón tiene obligación de conservar y exhibir en juicio diversos documentos, entre los que se pueden señalar los contratos de trabajo, comprobantes de pagos de salarios, vacaciones y días de descanso; de lo anterior, se desprende que recae en el patrón la carga de la prueba de que el trabajador disfrutó y recibió el pago de vacaciones, pues al ser esta una obligación legal a su cargo, le corresponde acreditar que la cumplió, tanto por lo que toca al periodo vacacional, como por lo que se refiere al monto cubierto al trabajador por tal concepto, en el entendido de que, si no lo acredita, deben tenerse por ciertos los

22 Tesis 2ª. LX/2002, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Novena Época, t. XV, mayo de 2002, p. 300.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

hechos expresados por el trabajador en su demanda con fundamento en lo señalado en el artículo 805 de la ley laboral.[23]

Esta comprobación debe ser fehaciente, es decir, no basta con que los periodos vacacionales hubieran sido establecidos y autorizados por el patrón, sino que resulta indispensable acreditar que el trabajador tuvo conocimiento de ello, ya que, ante la falta de certeza de que el patrón consintió el disfrute y pago de las vacaciones, el trabajador no puede dejar de asistir a su centro de trabajo ante la posibilidad de incurrir en responsabilidad por ausentarse del servicio sin motivo justificado ni permiso del patrón; en tal virtud, no basta probar que las vacaciones fueron autorizadas, sino que es menester acreditar en juicio, que de ello se enteró al trabajador para tener por satisfecho el débito procesal correspondiente.[24]

El artículo 784 de la Ley Federal del Trabajo establece en la fracción VIII, que corresponde al patrón acreditar la duración de la jornada de trabajo; por lo anterior, cuando existe controversia al respecto en relación a la jornada efectivamente laborada, es decir, que se laboró jornada extraordinaria; si el demandado no aporta ninguna prueba para controvertir este hecho afirmado por el trabajador, quien aún sin tener la carga der la prueba, ofrece la de inspección para comprobar el tiempo extraordinario trabajado, considerando que es obligación del patrón conservar la documentación correspondiente, y al no haberse exhibido comprobante alguno, deberá la junta condenar por este concepto.[25] Pero cuando la reclamación del trabajador es inverosímil, al manifestar que trabajaba dieciocho horas diarias, siete días a la semana, durante once meses, procede el estudio correspondiente en la vía constitucional; si el patrón opone defensa en relación a la duración de la jornada, por considerar de imposible realización material y temporal, el tiempo que el trabajador afirma haber laborado en forma extraordinaria, a efecto de que

23 Tesis I.9º.T.175L, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Novena Época, t . XX, agosto de 2004, p. 1707.

24 Tesis III. 2º.T.178L, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Novena Época, t. XXIII, junio de 2006, p. 1231.

25 Tesis I.5o.T. J/35, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Novena Época, marzo de 2002, p. 1204.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

el tribunal se encuentre en aptitud de analizar, con apego a la verdad material deducida de la razón si la jornada alegada es susceptible de realizarse por una persona; o, si resulta inverosímil por no ser acorde a la naturaleza humana.[26] Esas resoluciones corresponden, la primera al quinto Tribunal Colegiado en materia de Trabajo del primer circuito; y, la segunda, al décimo tercer tribunal en materia de trabajo del primer circuito.

La Ley Federal del Trabajo establece en el artículo 60, los conceptos legales de jornada diurna, nocturna y mixta; y en el numeral 61, la duración máxima de cada una de estas. En el artículo 69 señala que, por cada seis días de trabajo, se disfrutará de un día de descanso por lo menos, con goce de salario íntegro. En el supuesto de que el trabajador labore en su día de descanso, el patrón deberá pagarle, independientemente del salario que por ser día de descanso le corresponde, un salario doble por el servicio prestado. El numeral 74 regula los días de descanso obligatorio, señalando la no obligatoriedad de los trabajadores de laborar en estos días, pero en el caso de hacerlo, el patrón deberá, independientemente del pago del día de descanso obligatorio, cubrir un salario doble por tal concepto.

De conformidad con la fracción IX, del artículo 784 de la ley citada, corresponde al patrón demostrar el pago de los días de descanso, tanto semanal, como obligatorio; también le corresponde, según determina la fracción VIII, acreditar la duración de la jornada de trabajo. Esta hipótesis se actualiza cuando la controversia estriba en relación al pago ordinario correspondiente; pero si el trabajador afirma haber laborado de lunes a domingo, atañe a este acreditar su dicho, es decir, haber laborado los domingos al reclamar la prestación extraordinaria que se contiene en el artículo 73 de la ley invocada, salvo que el patrón señale que la jornada era de lunes a sábado y no lo pruebe, porque en este caso deberá tenerse como jornada, la indicada por el trabajador.[27] En relación a la hipótesis de la reclamación de un trabajador de haber trabajado los coloquialmente

26 Tesis I.13o.T.J./4, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Novena Época, mayo de 2004, p. 1513.

27 *Cfr*. Tesis: IX.Io.15L, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Novena Época, t. XIII, marzo de 2011, p. 1817; tesis: II.T.281 L. *Semanario*

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

denominados, dobles turnos o dobletes, corresponde al trabajador acreditar que laboró dos turnos continuos en aplicación del principio general del derecho, al que remite el numeral 17 de la ley laboral, consistente en que, el que afirma está obligado a probar; y, en el caso en comento no se trata de un exceso en la jornada de trabajo, sino de una duplicación de la misma.[28]

Una relación individual de trabajo nace a la vida jurídica con la mera prestación del servicio; y la falta de documento no afecta este vínculo; por lo anterior, si el artículo 25 de la ley laboral establece que, en su caso, en el escrito en el que consten las condiciones de trabajo deben establecerse, según la fracción III, el servicio o servicios que deben prestarse, los que se determinarán con la mayor precisión posible, es decir, debe señalarse cuál es la categoría del trabajador y describirse en qué consistirán las actividades que habrá de desempeñar. En el supuesto de controversia, en relación a la categoría del trabajador, en una demanda en la cual, este hubiera demandado la reinstalación en el puesto que venía desempeñando; reinstalación, a la que el patrón se allana, y que debe efectuarse en los mismos términos y condiciones en que se prestaba el servicio, si se alega que la categoría del trabajador fue modificada después de su contratación inicial por diversos ascensos, no da lugar a revertir la carga probatoria de este hecho al trabajador, pues no se trata de una modalidad que rebase el supuesto previsto en la fracción VII, del artículo 784 de la Ley Federal del Trabajo, por lo que corresponde probar al patrón la categoría del trabajador, al momento del despido.[29] Esta resolución corresponde al noveno Tribunal Colegiado en materia de Trabajo del primer circuito.

La carga de la prueba respecto de las condiciones generales de trabajo, como el pago del salario, de la prima dominical, de los días de descanso semanal y conmemorativos, jornada extraordinaria,

Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXIV, agosto de 2006, p. 2341.

28 Tesis XVII.1º.12L, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Novena Época, t. XIII, febrero de 2001, p. 1755.

29 Tesis I.9º.T.129L, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Novena Época, t. XIII, marzo de 2001, p. 1730.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

aguinaldo y otras prestaciones que pudieran ser procedentes, corre a cargo de la patronal, pues es esta quien tiene la obligación de conservar en el centro de trabajo los documentos respectivos; esto, independientemente de la existencia de un contrato colectivo de trabajo, ya que de considerar la reversión de la carga de la prueba a partir de condiciones de trabajo especiales no previstas en la Ley Federal del Trabajo, sino en un contrato colectivo de trabajo, llevaría al absurdo de considerar improcedentes las prestaciones relacionadas con esas condiciones generales de trabajo, respecto de patrones cuyos trabajadores no tengan celebrado con aquéllos un contrato colectivo de trabajo, lo que de suyo es contrario al espíritu de la legislación laboral enderezada a la protección del trabajo.[30]

La antigüedad que un trabajador genera en su empleo y que indiscutiblemente se vincula a la relación individual de trabajo, está asociada al derecho a recibir diversas prestaciones derivadas de la Ley Federal el Trabajo como son: la participación de los trabajadores en las utilidades del patrón; el pago y disfrute de vacaciones y prima vacacional; del aguinaldo, antigüedad, prima de antigüedad, y prestaciones derivadas de los contratos colectivos de trabajo, como pueden ser los incrementos salariales en reconocimiento a la antigüedad, disfrute de años sabáticos y otras.

Por lo anterior resulta de interés primordial para los trabajadores la determinación de su antigüedad. De conformidad con lo señalado en el artículo 158 de la Ley Federal del Trabajo, los trabajadores de planta y los eventuales tienen derecho a que se determine su antigüedad, lo que debe hacerse por una comisión integrada por representantes de los trabajadores y del patrón, que formulará el cuadro de antigüedades, distribuido por categorías, al que deberá dársele publicidad. Los trabajadores inconformes, pueden hacer valer sus objeciones ante la propia comisión y, en su caso, recurrir la resolución ante la Junta de Conciliación y Arbitraje competente.

El artículo 784 de la Ley Federal del Trabajo, fracción II, establece que, corresponde al patrón acreditar la antigüedad del trabajador. A pesar de lo anterior, los tribunales de amparo, en particular el pri-

30 Tesis XXXI.18L, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Novena Época, t. XXXII, octubre de 2010, p. 2972.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

mer Tribunal Colegiado en materias, Administrativa y del Trabajo del séptimo circuito han dictado resoluciones que pueden considerarse contrarias a esta disposición. Han sostenido que la antigüedad genérica laboral de un trabajador es de naturaleza extralegal, por lo que en principio quien debiera probar, sería el trabajador. Pero que en determinados casos concretos debe considerarse que la carga de la prueba se encuentra dividida, pues el actor debe demostrar que tiene derecho a los beneficios que reclama; y el demandado, al tener los elementos a su alcance debe acreditar el tiempo en que el trabajador le prestó servicios.[31] Técnicamente corresponde al patrón la carga de la prueba por lo que hace a la antigüedad del trabajador y solamente corresponde al trabajador demostrar que tiene derecho a ciertas prestaciones asociadas a tal antigüedad. Esta circunstancia presenta una excepción, y es la hipótesis en la cual un trabajador alega haber sido trabajador de un patrón, y este, tratándose de una persona física, niega la relación de trabajo, porque no puede exigírsele que exhiba documentos de los cuales carece, pues sería obligarle a lo imposible, por lo que no se podrá tener por presuntivamente cierto tal extremo, según lo dispone el artículo 805, de la Ley Federal del Trabajo, si al momento de desahogarse la prueba de inspección, ofrecida por el patrón, no se muestran tales documentos.[32]

Las prestaciones a que tienen derecho los trabajadores, derivadas de la relación individual del trabajo, pueden tener su origen en las disposiciones de la Ley Federal del Trabajo, o estar establecidas en un contrato colectivo de trabajo, en un contrato ley, o pueden ser, producto de la costumbre de un centro de trabajo. Si en una controversia el demandante reclama el pago de una prestación derivada de un contrato colectivo de trabajo, prestación extralegal,

31 *Cfr.* Tesis XVII.2º.59L, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Novena Época, t. XIV, julio de 2001, p. 1106. La segunda sala declaró inexistente la contradicción de tesis 155/2002-SS, por ejecutoria del 13 de junio de 2003.

32 *Cfr.* Tesis aislada VII.1º.A.T.43L, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Novena Época, t. XVIII, diciembre de 2003, p. 1403; tesis IX.2º. J/16, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Novena Época, t. XXXI, junio de 2010, p. 817.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

si bien es cierto que, de conformidad con lo dispuesto por la fracción XII, del numeral 784, de la ley mencionada, corresponde al patrón la carga probatoria cuando esta se refiere al monto y pago del salario; la carga corresponde al reclamante para demostrar, no solamente su derecho a percibirla, sino adicionalmente el salario conforme al cual debe ser cuantificada, es decir, el trabajador deberá acreditar en juicio que es integrante del sindicato titular del contrato colectivo de trabajo vigente en el centro de trabajo de que se trata, al igual que en dicho contrato se contiene la cláusula que regula la prestación controvertida y que la misma estaba vigente en la fecha en que se reclama su cumplimiento, así como que reunir los requisitos que pudieran ser exigidos para tener derecho a tal prestación. Acreditados estos extremos, la responsable deberá analizar las probanzas exhibidas por el patrón para acreditar su pago.[33]

Salario es la retribución que debe pagar el patrón al trabajador por su trabajo, según lo dispone el numeral 82, de la ley Federal del Trabajo. Este puede fijarse por unidad de tiempo, de obra, comisión, a precio alzado o de cualquier otra manera; tratándose de salario por unidad de tiempo, debe establecerse específicamente esa naturaleza. El trabajador y el patrón podrán convenir el monto, siempre que se trate de un salario remunerador, así como el pago por cada hora de prestación de servicios, siempre y cuando no se exceda la jornada máxima legal y se respeten los derechos laborales y de seguridad social que correspondan a la plaza de que se trate. Cuando el salario se fije por unidad de obra, además de especificarse la naturaleza de este, se hará constar la cantidad y calidad del material, el estado de la herramienta y útiles que el patrón, en su caso, proporcione para ejecutar la obra, además del tiempo por el que los pondrá a disposición del trabajador, sin que pueda exigir cantidad alguna por concepto del desgaste natural que sufra la herramienta como consecuencia del trabajo, de conformidad con el artículo 83, del ordenamiento legal citado.

El numeral 86 dispone que, a trabajo igual desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales, debe correspon-

33 Tesis 1.9º.T. 270L, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Novena Época, t. XXXIII, enero de 2011, p. 3349.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

der salario igual; los artículos 97 y 110 que regulan los descuentos procedentes a los salarios mínimos y superior al mínimo respectivamente.

En el supuesto de una controversia en la cual se alegue, por el trabajador, el derecho al pago de diferencias en el monto de su salario, por considerar que desempeñaba la misma labor que otro trabajador, al que a su vez, le era cubierto un salario superior; si bien es cierto que la carga de la prueba recae en el patrón, por lo que hace a probar el monto del salario que se cubría al trabajador, en términos de los artículos 784, fracción XII y 804 de la ley laboral, en el caso concreto corresponde al trabajador, acreditar que el trabajo que realizaba lo hacía en un puesto, jornada y condiciones de eficiencia iguales a las del otro trabajador, con, cuyo salario quiere ser igualado. Esto, en aplicación al principio general de derecho de que, a quien afirma le corresponde acreditar su formación.[34] Lo anterior en una justa aplicación del principio "a trabajo igual, salario igual", consagrado en al artículo 123 constitucional, apartado A, fracción VI y en el artículo 86 de la ley laboral.

Si el salario se determina a destajo, corresponde también al patrón la carga de la prueba cuando la controversia se refiere al monto y pago del mismo; pero, si el trabajador afirma que el salario fijado a destajo fue reducido, porque el patrón cambio los términos de la producción, corresponde al promovente acreditar que esta modificación afectó su percepción salarial.[35]

De igual forma corresponde al trabajador la carga probatoria de demostrar en juicio, cuando la controversia se refiera a que, adicionalmente al salario base, recibía por el patrón una cantidad adicional por concepto de sobresueldo, en virtud de que imponer esta carga probatoria al patrón, sería antijurídico, ya que, esto sería ir más allá de lo que dispone la norma laboral en materia de carga probatoria.[36]

34 Tesis VII.1º.A.T.28 L, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Novena Época, t. XIII, mayo de 2001, p. 1127.

35 Tesis VXII.2º.67L, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Novena Época, t. XVII, febrero de 2003, p. 1149.

36 Tesis IV.3º.T.139L, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Novena Época, t. XVIII, agosto de 2003, p. 1844.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Los centros de trabajo están en el mercado, es decir, pueden fusionarse con otros, dividirse, venderse, arrendarse, por lo que puede suceder que un patrón sustituya a otro; lo anterior, no afecta las relaciones de trabajo, según lo dispone el artículo 41, de la Ley Federal del Trabajo.

Así entonces, de la interpretación sistémica de la Ley Federal del Trabajo, y en especial de sus artículos 41 y 784, se concluye, que cuando el trabajador alegue en cualquier etapa del procedimiento de trabajo la existencia de una sustitución patronal y la persona física o moral, en su calidad de patrono sustituto niegue tal carácter, a este corresponderá la carga de la prueba, en virtud de que la sustitución es una figura jurídica en la cual participan, únicamente la parte patronal sustituta y la sustituida, es decir, se realiza solamente entre el transmisor y el adquirente de la unidad económico-jurídica, sin que los trabajadores tengan participación alguna en su realización; de ahí que le corresponda a la parte patronal la carga de la prueba cuando se alegue la sustitución patronal y este la niegue en cualquier plazo, en el entendido de que el patrón sustituido será solidariamente responsable con el sustituto por las obligaciones derivadas de las relaciones de trabajo y legislación laboral, nacidas antes de la fecha de la sustitución y hasta por el término de seis meses; por lo que, concluido este lapso, subsistirá hacia el futuro únicamente la responsabilidad del patrón sustituto.[37]

La salud de los trabajadores debe ser de especial protección, por ello, la Constitución establece en el artículo 123, apartado A, que:

> Es obligación de todo patrón, además de inscribirse en el Instituto Mexicano del Seguro Social, inscribir a sus trabajadores, indicando la fecha de ingreso, el tipo de contratación, el monto del salario, la jornada y la actividad a realizar.

Si la acción de reconocimiento de una enfermedad profesional se ejerce en contra del Instituto Mexicano del Seguro Social, la prueba de las actividades, o del medio laboral en que se desarrolló

37 Tesis 2ª./J.28/2008, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Novena Época, t. XXVII, marzo de 2008, p. 261.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

el trabajo, corresponde al asegurado y no a ese instituto, con independencia de que la enfermedad que padezca, esté incluida en la tabla contenida en el artículo 513 de la Ley Federal del Trabajo, porque no puede exigírsele que cuente con los documentos inherentes a las condiciones que rigieron las actividades laborales en las diferentes épocas en que estuvo activo el asegurado, toda vez, que por un lado, dicha documentación es la proporcionada unilateralmente por el patrón al dar de alta y/o baja, o modificar el salario de sus empleados; y por el otro, la ley que lo rige no exige que conserve documentos relacionados con las condiciones laborales de sus asegurados. Lo anterior resulta inaplicable cuando el trabajador demande el reconocimiento de la enfermedad profesional a su patrón, pues de acuerdo con los artículos 784 y 804 de la Ley Federal del Trabajo, corresponde a este demostrar las condiciones en las que se desarrolló la relación laboral, entre las que se encuentran las actividades que realizó el trabajador; además, lo obligan a conservar documentos vinculados con dichas condiciones. Por lo tanto, el primer Tribunal Colegiado en materia Administrativa y de Trabajo del décimo sexto circuito, determinó que, si en su demanda el actor asevera que en su empleo realizó ciertas actividades o estuvo expuesto a un medio ambiente laboral propicio para generar la etiología propia de la enfermedad que aduce, y que está incluida en la mencionada tabla; y, el patrón demandado, no desvirtúa esa afirmación, porque no demuestra su argumento defensivo, relativo a que el demandante no laboró en esas condiciones, a pesar de que tiene la carga procesal de hacerlo, debe estimarse jurídicamente que es un hecho cierto que el trabajador realizó las actividades que mencionó en su demanda, y por eso, debe presumirse el nexo causal entre ambos elementos: la enfermedad que padece el actor y las actividades desempeñadas con la enfermedad profesional, cuyo reconocimiento se demanda, a efecto de que sea indemnizado.[38]

De conformidad con los artículos 145 de la Ley Federal del Trabajo, y 51 de la Ley del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores, los créditos que se otorguen por el citado

[38] Tesis XVI.1º.A.T.11 L, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Novena Época, t. XXVIII, diciembre de 2008, p. 1005.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

instituto de vivienda, estarán cubiertos por un seguro para los casos de incapacidad total permanente o muerte, que libere al trabajador, o a sus beneficiarios, de las obligaciones, gravámenes o limitaciones de dominio a favor del citado organismo, derivadas de esos créditos; asimismo, tratándose de incapacidad parcial permanente, cuando esta sea del cincuenta por ciento o más, o invalidez definitiva, se liberará al trabajador de las citadas cargas y obligaciones, siempre y cuando no sea sujeto de una nueva relación de trabajo por un periodo mínimo de dos años, lapso durante el cual, gozará de una prórroga sin causar intereses para el pago de su crédito; de lo anterior, se colige que la carga de la prueba para demostrar que el trabajador no fue sujeto de una nueva relación laboral durante el referido lapso, corresponde al instituto, ya que dicha exigencia no puede atribuirse al operario, pues ello no se advierte de los aludidos numerales, ya que, si bien es cierto que la existencia de cualquiera de esos supuestos deberá comprobarse ante el instituto dentro del mes siguiente a la fecha en que se determinaron, no menos lo es que esa disposición se refiere a la existencia de la incapacidad parcial permanente cuando sea del cincuenta por ciento o más, o del estado de invalidez definitiva, que son las circunstancias que pueden demostrarse ante ese organismo, y no así, acreditar que durante el periodo mínimo de dos años, el trabajador no fue sujeto de una nueva relación laboral, ya que al establecer un mínimo y no un máximo, puede acontecer que, el que no haya sido sujeto de una nueva relación de trabajo por un tiempo superior a dos años, no le impide acceder al beneficio de la liberación de las obligaciones a que tiene derecho; además de que resulta ilógico considerar que, después de ese periodo deba demostrarse tal circunstancia, lo que implicaría para el trabajador comprobar un hecho negativo; consecuentemente, es al Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores a quien corresponde demostrar esa circunstancia, al encontrarse en aptitud de ello, en términos del artículo 29, fracción I, de la ley que lo rige, que establece la obligación de los patrones de inscribir a sus trabajadores ante ese organismo.[39]

[39] Tesis VII.2º. (IV Región), 3L, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Novena Época, t. XXXIII, marzo de 2011, p. 2360.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Si el patrón ofrece el trabajo en las mismas condiciones en que lo venía desempeñando el obrero con aceptación de este, se dicta acuerdo de la junta para la diligencia de reinstalación; pero, si a esa diligencia efectuada por uno de los actuarios de la junta no comparecieron ambas partes, la aceptación del actor del trabajo y su no comparecencia a la reinstalación, no exonera a la parte patronal de la carga probatoria puesto que, para que se perfeccionara la hipótesis de reinversión de la fatiga probatoria, requería que el patrón culminara su ofrecimiento cumpliendo con lo dispuesto por la junta; esto es, que estuviera presente, o en su defecto diera las facilidades para la diligencia de reinstalación. Y si el actor no comparecía, ello implicaría su repudio al trabajo, mas si el trabajador no compareció, pero tampoco lo hizo el patrón, es claro que este no llegó a revertir en forma perfecta la carga de la prueba por su incomparecencia, dado que ello implicó que su oferta no lograra los efectos finales (inversión de la fatiga probatoria), porque tiene que sostenerse que la reinstalación constituye una diligencia bilateral, es decir, que ambas partes tienen que cumplirla, de ahí que, para que uno de ellos pretenda resultar beneficiado, tiene que cumplir con su parte en forma total; luego, bajo esa premisa, si el patrón dejó de presentarse, o asistir, a la diligencia de reinstalación, no queda satisfecha, en su justa medida, la oferta de trabajo, lo cual desemboca en que fue ofrecido de mala fe.[40]

IV. Suplencia de la queja

La palabra prueba, etimológicamente deriva del adverbio *probe*, que significa honradamente, por considerarse que obra con honradez el que prueba lo que pretende. También puede considerarse que deriva de *probandum,* que significa recomendar, aprobar, experimentar, patentizar, hacer fe.[41]

40 Tesis X.3º.7l, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Novena Época, t. IX, marzo de 1999, p. 1429.

41 Díaz de León, Marco Antonio, *La prueba en el proceso laboral*, México, Porrúa, 1990, p. 412; citando a José de Vicente y Caravantes.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Jurídicamente, se llama prueba, a todo lo que sirve para dar certeza acerca de la verdad de una proposición. La certeza está en uno; la verdad, en los hechos; aquélla nace cuando se cree que conoce a esta; mas, por la falibilidad humana, puede haber certeza donde no haya verdad, y viceversa.[42] Otra acepción de la voz prueba, es:

> Justificación de la verdad de los hechos controvertidos en un juicio, hecha por los medios que la ley autoriza y reconoce por eficaces.[43]
>
> En sentido estricto, la prueba es la obtención del cercioramiento del juzgador sobre los hechos cuyo esclarecimiento es necesario para la resolución del conflicto sometido a proceso. En este sentido, la prueba es la verificación o confirmación de las afirmaciones de hecho expresadas por las partes. En sentido amplio, también se designa prueba a todo el conjunto de actos desarrollados por las partes, los terceros y el propio juzgador con el fin de lograr el cercioramiento de éste sobre los hechos controvertidos u objeto de prueba, por último, por extensión también se suele denominar pruebas a los medios —instrumentos y conductas humanas— con las cuales se pretende logar la verificación de las afirmaciones de hecho. Así se habla de la prueba confesional, prueba testimonial, el ofrecimiento de pruebas.[44]

El Tribunal Colegiado en materia de Trabajo del tercer circuito, resolvió que los dependientes económicos de un trabajador fallecido también pueden ser favorecidos con la suplencia de la queja que establece la Ley de Amparo en el numeral 76 bis, fracción IV. Será procedente cuando el juicio de donde emanen los actos combatidos, verse sobre derechos que deriven de una relación individual de trabajo, por operar en esta hipótesis solamente una sustitución de los beneficiarios en los derechos que emergen por prestación de los servicios del trabajador finado.[45]

42 *Idem*, citando a Francisco Carrara.

43 Palomar de Miguel, Juan, *Diccionario para juristas*, México, Mayo Ediciones, 1981, p. 1100.

44 Ovalle Favela, José, *Teoría general del proceso*, México, Oxford University Press, 2007, pp. 314 y 315.

45 Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Octava Época, t. VIII, septiembre de 1991, p. 201.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Si la sentencia constitucional se recurre por un trabajador en calidad de tercero perjudicado, no procede la suplencia de la queja, en virtud de que, si así se hiciera, se desvirtuaría su objeto, que es la concesión del amparo para aplicarla a favor de la revocación de la sentencia que otorgó la protección constitucional a persona distinta;[46] lo anterior es claro, en virtud de que la suplencia de la queja beneficia únicamente a la parte obrera, en su carácter de actor, es decir, de quejoso.

Cuando en un juicio laboral son parte un trabajador y un sindicato,[47] y este acude ante el juez de amparo, no procede la suplencia de la deficiencia de la queja, según lo establece la fracción IV, del artículo 76 bis., de la Ley de Amparo, según lo resolvió el segundo Tribunal Colegiado del décimo noveno circuito, en virtud de que se prevé únicamente a favor de la parte obrera.

Es cierto que el sindicato es una organización de trabajadores, y aunque este tenga el carácter de quejoso, no puede considerarse que se encuentre en un plano de inferioridad frente al trabajador, debido a que la naturaleza propia de la organización obrera y de los derechos que representa, es diversa a la del trabajador en lo individual. El trabajador no dispone de los mismos elementos que el sindicato para la defensa de sus intereses, pues cuenta sólo con su salario y no con una asistencia jurídica integral, parte de su propia estructura.

La suplencia en materia de trabajo, establecido en la Ley de Amparo, artículo 76 bis, fracción I, a favor del trabajador, hace referencia exclusiva, tanto a la deficiencia de los conceptos de violación de la demanda, como a la de los agravios formulados en los recursos y, por ende, no puede comprender o entender a la exigencia de requerir o recabar pruebas oficiosamente,[48] lo cual, significa que el juez de amparo no debe incluir para su estudio ac-

46 Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Séptima Época, 45, sexta parte, p. 63.

47 Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Novena Época, t. XXI, marzo de 2005, p. 1244.

48 Tesis P.XXI/93, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* abril de 1993, p. 18.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

ciones o probanzas que el quejoso no hubiese ejercido u ofrecido ante la autoridad responsable, únicamente debe entrar al estudio de conceptos de violación deficientemente expresados, haciendo la corrección que para el efecto proceda.

El órgano de control constitucional está obligado a aplicar la institución de la suplencia de la deficiencia de la queja, atendiendo a la calidad del sujeto promoverte y a la naturaleza jurídica del acto reclamado.

Por disposición constitucional, el patrón tiene obligación de proveer a sus trabajadores habitaciones cómodas e higiénicas; esta obligación la cumple con las aportaciones que entrega al Fondo Nacional de la Vivienda, consistentes en el 5% sobre el salario integrado de sus trabajadores. Cumplidos los requisitos y procedimientos que la ley aplicable establece, el trabajador recibe un crédito para comprar, construir, reparar, mejorar, ampliar o liberar de gravámenes su casa habitación; una vez pagado el crédito en su totalidad, el trabajador debe proceder a realizar actos administrativos, como es la cancelación de la hipoteca ante el Registro Público de la Propiedad, para la posterior expedición de las escrituras por el notario que se asigne para el efecto. Al realizar estos actos administrativos deben cubrirse ciertos derechos, de los que, en el caso concreto, los trabajadores están exentos; en caso de que la autoridad registral haga el cobro referido, el trabajador podrá recurrirlo por la vía de amparo.

Hipótesis semejante se presenta si un trabajador impugna un acto de carácter formalmente administrativo, así como la inconstitucionalidad del precepto que sirvió de fundamento para su emisión, que afectan un bien jurídico o interés fundamental consagrado en su favor por las normas constitucionales, como lo es la gratuidad de los actos y actuaciones derivados del juicio laboral, ya que se pretende gravar, por concepto de derechos en el Registro Público de la Propiedad, la inscripción del embargo decretado en su favor en dicho juicio, no por ello debe entenderse que se está en una materia en la que no procede suplir la deficiencia de la queja.[49]

49 Tesis XXXII.2o./2001, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Novena Época, t. XIII, abril de 2001, p. 502.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

La hipótesis de que, en un juicio de amparo, tanto el quejoso como el tercero perjudicado sean trabajadores es frecuente; por ello, la segunda sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por contradicción de tesis, resolvió que en congruencia con la evolución histórica de la institución de la suplencia de la queja deficiente, se concluye que el beneficio procesal basado en el principio de justicia distributiva se instituyó en el artículo 76 bis, fracción IV, de la Ley de Amparo, exclusivamente en favor de la clase trabajadora que acude al juicio de garantías como parte quejosa o como tercero perjudicado, de manera que, cuando sean trabajadores quienes acudan con el carácter de quejoso y tercero perjudicado, y aún cuando ninguna de las partes se coloca en una situación de desigualdad jurídica que requiera equilibrarse, subsiste la desventaja técnico procesal, que tanto el poder revisor de la Constitución. como el legislador ordinario tomaron en cuenta para establecer la obligación de suplir la deficiencia de los planteamientos que la parte obrera realice dentro del juicio de garantías, dando lugar, a que en estos casos, opere respecto de ambas partes, con el fin de tutelar sus derechos laborales, lo que se traduce en que el juzgador federal resuelva la *litis* constitucional que incide en el ámbito laboral, atendiendo a los fines de la justicia distributiva, confiriendo un trato igual a los iguales que permita velar por la constitucionalidad de los actos emitidos por los órganos del Estado que afectan derechos laborales.

Es incorrecto suplir la deficiencia de la queja a favor de un trabajador, cuando el juicio de amparo es promovido por el patrón, ya que, de estimarse lo contrario, se atentaría contra el principio de parte agraviada, al grado de concederle el amparo cuando él no es el quejoso, sino el patrón, alterándose la *litis* constitucional; por ello, armonizando los principios de suplencia de la deficiencia de la queja e instancia de parte agraviada, que rigen al juicio constitucional, solamente opera el primero cuando se acata el segundo a través de la promoción del juicio de garantías, o de la interposición

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

del recurso que corresponda,[50] según resolución del tercer Tribunal Colegiado del vigésimo primer circuito.

La exposición de motivos de la iniciativa de reformas a la fracción II, del artículo 107 constitucional, de noviembre de 1985, expresa que la suplencia de la deficiencia de la queja por violación manifiesta de la ley, debe comprender todas las materias, incluida la laboral, cuando el quejoso es el patrón.

Una interpretación rigorista y gramatical del artículo 76 bis., de la Ley de Amparo, en las fracciones IV y VI, daría lugar a que el juez de amparo, a pesar de advertir que en el asunto puesto a su consideración se ha cometido una violación de la ley en perjuicio del quejoso; pero que, por tratarse de la parte patronal y deficiencia en el planteamiento de su conceptos de violación, se viere impedido para examinar tal cuestión.

Así entonces, una correcta interpretación de las disposiciones señaladas, a la luz de la exposición de motivos referida, permite sostener que la suplencia de la deficiencia de la queja debe operar de manera obligatoria, cuando del examen del problema, se hace patente que la autoridad responsable infringió las normas relativas al emplazamiento a juicio, en perjuicio del quejoso, quien, como consecuencia de ello, quedó colocado en una seria afectación de sus derechos que, de no ser corregida, equivaldría a dejarlo sin defensa legal alguna.[51]

Los tribunales de amparo, al examinar, en acatamiento del artículo 78 de la Ley de Amparo un acto reclamado, deben estudiar también los requisitos de validez del mismo.

En el caso de los laudos, la Ley Federal del Trabajo establece en los artículos 721 y 839, que deben firmarse por los integrantes de la junta, así como por el secretario de acuerdos, quien da fe y autoriza todas las actuaciones de la junta.

Por lo anterior, si el laudo reclamado en el apartado referente a la firma del secretario de acuerdos, se advierte que fue signado P. A., y

50 Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Novena Época, t. XX, agosto de 2004, p. 1688.

51 Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Novena Época, t. V, marzo de 1997, p. 796.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

no consta que, quien firmó, tenga facultades suficientes para sustituir su ausencia, tal circunstancia constituye una violación procesal que debe examinarse en suplencia de la queja, conforme al numeral 76 bis., de la Ley de Amparo, en la fracción IV.[52]

La normatividad laboral y constitucional, regula la libertad sindical para los trabajadores y patrones, es decir, para constituir sindicatos.

Los sindicatos deben registrarse en la Secretaría del Trabajo y Previsión Social en los casos de competencia federal y en las juntas de conciliación y arbitraje en los de competencia local; para este efecto, deben exhibir por duplicado, una copia autorizada del acta de la asamblea constitutiva, una lista con el número, nombres y domicilios de sus miembros y con el nombre y domicilio de los patrones, empresas o establecimientos en los que se prestan los servicios; una copia autorizada de los estatutos, y, una copia autorizada del acta de la asamblea en donde se hubiera elegido la directiva. Los documentos referidos deberán estar autorizados por el secretario general, el de organización y el de actas del sindicato solicitante del registro, salvo lo dispuesto en los estatutos.

En el caso de que el sindicato celebre con su patrón un contrato colectivo de trabajo, este debe depositarse ante la autoridad federal o local, según corresponda.

Es por eso que, la suplencia de la queja deficiente, prevista en el artículo 76 bis., de la Ley de Amparo, opera respecto de los sindicatos, cuando el acto reclamado consiste en la cancelación del registro de un contrato colectivo de trabajo, sin que previamente se hubiera seguido un juicio arbitral en donde se les brinda la oportunidad de defensa, porque trasciende directamente a sus intereses,[53] esta interpretación debe hacerse extensiva, para el caso de cancelación del registro del sindicato, sin que se hubiese respetado la garantía de audiencia.

Al expedirse la Constitución mexicana en 1917, se estableció en el artículo 123, la obligación patronal de responsabilizarse por los accidentes de trabajo que los trabajadores sufrieran, en la fracción XIV.

52 Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Novena Época, t. XVII, octubre de 2003, p. 1041.

53 Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XIV, octubre de 2001, p. 1194.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

El Instituto Mexicano del Seguro Social cumple una función de seguridad social y asistencial, comprendida entre las funciones que corresponden al Estado; pero esto no motiva a considerar el vínculo entre el instituto y un trabajador de naturaleza administrativa, sino laboral, puesto que este se da, en virtud de la inscripción que obligatoriamente hace el patrón, quien a su vez hacer el pago de las cuotas obrero-patronales surgidas de la relación individual de trabajo.

En esta hipótesis, el patrón es subrogado en sus deberes por el instituto, en cumplimiento de sus obligaciones de seguridad social y asistenciales para con el trabajador, surgidas de la relación laboral mencionada.

Por lo tanto, al subsistir las situaciones jurídicas que generaron el vínculo laboral entre el trabajador y patrón, ahora sustituido por el Instituto Mexicano del Seguro Social, por analogía, resulta procedente afirmar como lo hizo el primer Tribunal Colegiado de Circuito, que en el caso, se actualiza el supuesto de suplencia de la queja, prevista en la Ley de Amparo, en la fracción IV, del artículo 76 bis.[54]

V. Conclusiones

1. Los gobernados tienen el derecho que el Estado, a través del proceso legislativo, reconoce, determina, establece o regula; pero para el caso de omisión o deficiencia de quien tiene la obligación, solamente podrán disfrutar del derecho de que se trate, si cuentan con la oportunidad de hacerlo valer ante el órgano jurisdiccional competente, y este, aplicando la normatividad vigente, obliga al incumplido a acatarla.

2. El derecho procesal del trabajo es el conjunto de disposiciones normativas que regulan la actividad jurisdiccional tendiente a la solución de los conflictos entre trabajadores y patrones en sus diversas manifestaciones.

3. Los principios procesales del derecho procesal del trabajo son: publicidad, gratuidad, inmediatez, oralidad predominante, instancia

54 Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. X, julio de 1999, p. 896.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

de parte, tutela en beneficio del trabajador, inmutabilidad del proceso, facultamiento a las juntas para regularizar el procedimiento, sin revocar sus propias resoluciones, informalidad, con la sola exigencia de que se precisen los puntos petitorios, y auxilio de las demás autoridades administrativas y judiciales. Se deben considerar también los principios implícitos: desigualdad procesal, libre elección del foro para el trabajador, preclusión durante el proceso, impulso procesal de la autoridad en beneficio del actor trabajador, admisión de todos los medios de prueba, libertad de interrogatorio, libertad probatoria del tribunal, resolución en conciencia, claridad y congruencia de los laudos, fijación de la condena en cantidad líquida, irrevocabilidad de las propias resoluciones, y recisión de los actos de ejecución.

4. Tanto las juntas de conciliación y arbitraje, federal y local, como los tribunales de amparo, están obligados a aplicar en sus resoluciones los principios de referencia; son de destacarse: la interpretación más favorable al trabajador, la inversión de la carga de la prueba y suplencia de la queja, principios que se derivan de la premisa de dar un trato desigual a los desiguales, para alcanzar el equilibrio entre los factores de la producción.

VI. Bibliografía

Alcalá-Zamora y Castillo, Luis y Cabanellas, De Torres, Guillermo. *Tratado de política laboral y social,* Buenos Aires, Heliastra, 1972, t. II.

Buen, L., Néstor De, *Derecho procesal del trabajo*, México, Porrúa, 1988.

Córdova Romero, Francisco, *Derecho procesal del trabajo*, México, Cárdenas Editores y Distribuidor, 1991.

Díaz De León, Marco Antonio, *La prueba en el proceso laboral*, México, Porrúa, 1990.

Ovalle Favela, José, *Teoría general del proceso*, México, Oxford University Press, 2007.

Palomar De Miguel, Juan, *Diccionario para juristas*, México, Mayo Ediciones, 1981.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Ross Gámez, Francisco, *Derecho procesal del trabajo*, México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1991.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Sistema de consulta, jurisprudencia y tesis aisladas, *http://200.38.163.161*

Trueba Urbina, Alberto, *Nuevo derecho procesal del trabajo*, México, ed. Porrúa, 1973.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

LA AUTONOMÍA SINDICAL DESDE LA ÓPTICA DE LA OIT. EL CASO DE MÉXICO

Guillermo López Guízar*

Sumario: I. *Introducción*. II. *La OIT y la libertad sindical*. III. *Protección a la libertad sindical colectiva o autonomía sindical*. IV. *Protección al ejercicio de los derechos sindicales de los trabajadores y sus organizaciones frente a los empleadores*. V. *Protección especial a dirigentes sindicales o "fuero sindical"*. VI. *El caso de México*. VII. *Conclusiones*. VIII. *Anexo documental.* XI. *Bibliografía*.

I. Introducción

La autonomía sindical constituye a todas luces un componente básico e imprescindible de la libertad sindical, pues permite que el derecho de asociación, consagrado en múltiples instrumentos jurídicos, universales y regionales, así como en nuestra Constitución y en la Ley Federal del Trabajo como un derecho fundamental, pueda ejercerse y funcionar libremente para la plena consecución de los respectivos objetivos de las organizaciones de trabajadores y empleadores, sin obstáculos, ni intromisión por parte del Estado.

De ahí la importancia, tratar de precisar en qué consiste y cuál es el alcance de la autonomía sindical, teniendo como marco de referencia, los instrumentos jurídicos fundamentales, y los princi-

* Egresado de la Facultad de Derecho de la UNAM y doctor en derecho del trabajo en la Universidad Latinoamericana de Ciencias y Tecnología de Costa Rica, *glguizar@gmail.com.*

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

pios y decisiones en la materia del organismo internacional que por antonomasia ha postulado y defendido la libertad sindical como un derecho humano que propicia el desarrollo socio-laboral, la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

En este contexto nos referiremos, en particular, al primer instrumento internacional, que contempla y regula el derecho de asociación, el convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, adoptado por la OIT en 1948, así como los criterios que sobre el alcance de las disposiciones del instrumento de referencia en materia de autonomía sindical, vienen expresando los órganos de control de la OIT, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones y el Comité de Libertad Sindical.

A fin de tener una visión, un tanto más completa de otros derechos que sirven de soporte y complementan una auténtica autonomía sindical, cuyo contenido está contemplado en el artículo 3o. del Convenio 87, en el desarrollo del presente trabajo haremos mención a los artículos del Convenio 98, sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, que permite una efectiva aplicación del Convenio 87, ya que tiene como objetivo, proteger el ejercicio de los derechos sindicales de los trabajadores y sus organizaciones, frente a los empleadores contra todo acto de discriminación e injerencia, y promueve la negociación colectiva.

Mencionaremos la necesaria protección especial que un buen número de legislaciones, de varios países, brindan a los dirigentes sindicales, a fin de que puedan desempeñar adecuadamente, y con la debida protección, sus actividades vinculadas con la defensa de los derechos e intereses de sus agremiados, siempre que se realicen con apego a la legalidad.

En la última parte del presente trabajo, se pretende analizar la situación que prevalece en nuestro país, en relación a la autonomía sindical, para lo cual se realiza un ejercicio comparativo entre los componentes de la autonomía sindical previstos en el multicitado Convenio 87, ratificado por México en 1950 y que constituye un derecho humano laboral y su alcance a la luz de los principios y decisiones de los órganos de control de la OIT, en relación con las disposiciones de nuestra legislación en la materia y los problemas de

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

incumplimiento que se vienen dando por nuestra legislación, como resultado de la evaluación que los órganos de control, antes referido, han identificado y señalado.

Con el propósito de tener un panorama de las violaciones en la práctica a las exigencias de los convenios fundamentales en materia de libertad sindical 87 y 98 por parte de México, hemos anexado una relación de quejas presentadas ante el Comité de Libertad Sindical, a manera de muestreo, entre marzo de 2000 y marzo de 2012, las que hacen un total de 30 quejas, y entre los alegatos a destacar, 18 refieren actos de injerencia por parte de los empleadores, 12 de discriminación antisindical y 10 a violaciones a la autonomía sindical.

Por último, al final de las conclusiones, nos hemos permitido mencionar que, congruente con los compromisos internacionales que México ha asumido de manera soberana al ser miembro de la OIT en la reforma laboral, debería haber tomado en cuenta las incompatibilidades que existen entre los convenios fundamentales en materia de libertad sindical, números 87 y 98, con nuestra legislación laboral.

II. La OIT y la libertad sindical

En los últimos años, en diversos foros internacionales y regionales, se viene manifestando con mayor insistencia la gran preocupación por el respeto de los derechos humanos fundamentales del individuo, entre los que se encuentra la libertad sindical, en el entendido de que el respeto de las libertades y los derechos humanos, es condición fundamental para la paz y el desarrollo social.

Consciente de este problema, y congruente con su cometido, la OIT, en su calidad de organismo especializado en cuestiones laborales y sociales, dentro del sistema de las Naciones Unidas, y el único en tener la característica de ser tripartito, acorde con su objetivo de promover el progreso social, desde su creación en 1919, viene otorgando una gran importancia a la promoción de los derechos humanos en el mundo del trabajo, en particular a la libertad sindical, y en consecuencia, al derecho de sindicación de trabajadores y empleadores, como condición necesaria para un desarrollo socioeconómico armonioso.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

A este respecto, en la 85a. reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, en junio de 1997, el director general señaló, en su informe dirigido a todos los Estados miembro, que los derechos fundamentales de la OIT deberían ser reconocidos universalmente como tales, y con carácter obligatorio, ya que revisten una importancia particular en el contexto de la mundialización pues son los instrumentos que permiten a los trabajadores, reivindicar la parte que les corresponde legítimamente del crecimiento económico generado por la liberación del comercio.[1]

En la pasada Cumbre Mundial de Desarrollo Social, en Copenhague, los jefes de Estado que participaron en la misma, convinieron que era necesario promover los convenios fundamentales de la OIT, entre los que se encuentran el Convenio 87, sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación; y, el Convenio 98, sobre el derecho de sindicación y negociación colectiva.

Al respecto, Von Potobsky y Bartolomei señalan:

> el reconocimiento del derecho de sindicación como uno de los derechos fundamentales se inscribe con toda naturalidad en el contexto de una organización tripartita, cuya representación del sector empleador y trabajador se realiza a través de las respectivas organizaciones profesionales.[2]

Como señala acertadamente Morgado:

> El principio de libertad sindical y los derechos de asociación y de negociación colectiva, así como la cooperación, la colaboración y la participación están expresamente incorporados a la Constitución de la OIT, forman parte de los fines y objetivos de la Organización y

1 Organización Internacional del Trabajo, *La actividad normativa de la OIT en la era de la mundialización. Memoria del director general a la 85ª reunión de la CIT*, Ginebra, 1997, p. 14.

2 Von Potobsky, Geraldo W., y Bartolomei de la Cruz, Héctor G., *La Organización Internacional del Trabajo*, Buenos Aires, Astrea, 1990, p. 211.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

constituyen principios fundamentales que deben inspirar la política de sus Estados Miembros.[3]

Si bien la Constitución de la OIT de 1919, consagra el principio de libertad sindical y la Declaración de Filadelfia de 1944, incorporada a la mencionada Constitución, se refiere al derecho de asociación y negociación colectiva, no fue, sino hasta 1948, hace más de 60 años, que se adoptó el Convenio sobre la Libertad Sindical y la Protección del Derecho de Sindicación número 87 (1948), y un año después, en 1949, el Convenio sobre el Derecho de Sindicación y de Negociación Colectiva número 98.

Casi 30 años después de la creación de la OIT, después de la Segunda Guerra Mundial, y una vez que se dieron circunstancias favorables para su adopción, la Conferencia Internacional del Trabajo aprobó estos dos instrumentos fundamentales en materia de libertad sindical, que vienen a precisar el sentido y alcance de los principios consagrados en la Constitución antes señalados.

La acción normativa ha constituido, desde la creación de la OIT, en 1919, el medio privilegiado de promoción de la justicia social. La labor de la OIT en materia de adopción y aplicación de convenios y recomendaciones, implica para los Estados miembro una serie de procedimientos establecidos en la Constitución, o relacionados con ella; finalmente, es la Conferencia Internacional del Trabajo (CIT), a quien le corresponde adoptar los instrumentos, bajo la forma de convenio y/o recomendación, por una mayoría de dos tercios de los votos emitidos por los delegados.

En relación con la naturaleza de las NIT, es de señalarse que, mientras los convenios crean obligaciones jurídicas una vez que son ratificados, las recomendaciones no están abiertas a ratificación, sino que complementan las disposiciones de los convenios y son pautas para orientar la acción legislativa, y las prácticas nacionales.

Conviene precisar que los convenios no tienen automáticamente fuerza para obligar, y sólo entran en vigor para un Estado mediante

[3] Morgado, Emilio, "El derecho de sindicación en América Latina", en Ermida Uriarte, Óscar y Ojeda Avilés, Antonio (coords.), *El derecho sindical en América Latina*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1995, p. 317.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

el acto soberano de ratificaciones que conlleva para el país interesado dos obligaciones básicas, proceder a su aplicación y someterse a los procedimientos destinados a verificar la forma como se cumple con las disposiciones previstas en el convenio ratificado.

En cuanto a la primera obligación, en virtud del artículo 19, quinto párrafo, inciso d, de la Constitución de la OIT, el Estado que ratifica un convenio se compromete a adoptar "las medidas necesarias para hacer efectivas las disposiciones de dicho convenio". La obligación no consiste únicamente en dar efectividad al convenio en la legislación, sino que comprende también la necesidad de asegurar su aplicación en la práctica.

Con relación a la segunda obligación, los países al ratificar un convenio, aceptan la supervisión de los órganos de control de la OIT respecto al cumplimiento de las disposiciones emanadas de tales instrumentos. Los órganos regulares de control de la OIT son:

1) La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR), órgano técnico de control, que evalúa los informes que los gobiernos deben enviar periódicamente sobre la aplicación tanto en la legislación como en la práctica, de las disposiciones de los convenios ratificados; y
2) La Comisión de Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Conferencia (CACR), órgano tripartito que cada año durante la reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, ofrece en sus diferentes comisiones una oportunidad a los representantes gubernamentales, empleadores y trabajadores de examinar conjuntamente el modo en que los Estados desempeñan sus obligaciones establecidas en los convenios ratificados, basándose en el informe técnico elaborado previamente por la Comisión de Expertos.

El análisis de los informes de la CEACR en lo que concierne al cumplimiento de todos los convenios que han sido ratificado por los países miembros de la OIT, así como los informes del Comité de Libertad Sindical (CLS), órgano de control especial en materia a la que refiere su nombre, permite conocer el grado de cumplimiento de las obligaciones contempladas en tales instrumentos. Tratándose

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

del CLS, vale precisar que este órgano sólo se ocupa de los convenios en materia de libertad sindical, hayan sido o no ratificados por el país contra el que se presente una queja por violaciones a tales convenios.

La ratificación de un convenio es un acto soberano, y en consecuencia la OIT no puede obligar a un país a su validación, aunque se trate de un convenio fundamental en materia de libertad sindical; tomando en consideración esta afirmación, convendría conocer si existe algún mecanismo para que la OIT intervenga en caso de violaciones a los derechos de sindicación y negociación colectiva en relación con los países que no han ratificado los convenios correspondientes.

Al respecto, conviene mencionar que en la reunión en plenario de la Conferencia Internacional del Trabajo de 1998, los Estados miembro, de manera tripartita, adoptaron el importante instrumento denominado Declaración de Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento, y se comprometieron, por el sólo hecho de ser miembros de la OIT, a respetar los principios de los ocho convenios fundamentales de esta, entre los que se encuentran los relativos a la libertad sindical números 87 y 98. Con base en la declaración de referencia, periódicamente el comité de seguimiento al cumplimiento de los ocho convenios fundamentales, contemplados en la declaración, solicita a los países que no hayan ratificado tales convenios o algunos de ellos, información sobre la manera como cumplen con los principios de los ocho convenios.

A mayor abundamiento, es importante destacar los procedimientos especiales en materia de libertad sindical, en particular el Comité de Libertad Sindical, órgano tripartito encargado de examinar quejas contra cualquier Estado miembro por violaciones a la libertad sindical, haya o no ratificado los convenios sobre derechos sindicales.

Para ello es importante que, además de analizar el alcance y contenido de los Convenios 87 y 98, y los informes de los órganos de control de la OIT, se tomen en cuenta los principios que han venido sentando, tanto la comisión de expertos, como el Comité de Libertad Sindical, los que han complementado y desarrollado el alcance de las normas de la OIT en materia de libertad sindical.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Sobre el particular, existen dos publicaciones básicas que contienen los principios de la comisión de expertos y del Comité de Libertad Sindical respectivamente, denominados: *Libertad sindical y negociación colectiva*, de 1994; y, *Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical*, del consejo de administración de la OIT, de 2006.

No está por demás, señalar que ningún órgano de control de la OIT tiene facultades para interpretar en *stricto sensu* el alcance de las disposiciones de los convenios, actividad que le compete solamente a la Corte Internacional de la Haya. Lo que la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones y el Comité de Libertad Sindical realizan, consiste en valorar si, a partir de las informaciones brindadas por los gobiernos y actores sociales, se cumple con las exigencias de las disposiciones de un determinado convenio, para lo cual, toman como referencia en múltiples ocasiones las propias decisiones y principios que tales órganos han aplicado en otros casos similares y que conforman una suerte de jurisprudencia, en cuanto al espíritu y alcance de las disposiciones de los convenios de la OIT, que evalúan.

III. Protección a la libertad sindical colectiva o autonomía sindical

Para el pleno logro del objetivo de las organizaciones profesionales, no basta con que el Estado garantice, en su legislación, solamente la protección de la libertad sindical individual, sino que es necesario también que la legislación permita, sin traba alguna, el libre ejercicio del ente colectivo ya constituido para organizarse, autogobernarse y ejercer con libertad sus actividades gremiales con autonomía.

Sin lugar a duda, corresponde al artículo 3o. del Convenio 87, ratificado por México en 1950, garantizar con meridiana claridad el libre funcionamiento de las organizaciones de trabajadores y empleadores; para tal afecto, consagra cuatro derechos fundamentales: *a*) redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, *b*) elegir libremente a sus representantes, *c*)organizar su administración y sus actividades y *d*) formular su programa de acción,

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

en cuyo ejercicio legal las autoridades públicas deberán de abstenerse de toda intervención que tienda a limitar o entorpecer tales derechos. Se estima importante mencionar que el artículo 8o. del convenio en comento dispone que, en el ejercicio de estos derechos, las organizaciones de trabajadores y empleadores, están obligadas a respetar la legalidad, pero precisando que la legislación nacional no debe menoscabar ni ser aplicada de suerte que menoscabe las garantías previstas por el presente convenio.

1. *Redacción de los estatutos y reglamentos administrativos*

La Comisión Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR), órgano regular de control de la OIT, precisa en sus comentarios que, para garantizar el pleno cumplimiento del artículo 3o. de referencia, en relación con la redacción de los estatutos y reglamentos, la legislación nacional no debe ir más allá de regular cuestiones sólo de forma, y de ninguna manera pretender que se cumplan con determinadas exigencias. En cuanto a la aprobación de tales instrumentos por la autoridad competente, debe evitarse que esta facultad sea discrecional, pues se traduciría en la práctica a una autorización previa, situación contraria al derecho contemplado en el artículo 3o. del convenio y en consecuencia, a la autonomía sindical. A *contrario sensu,* las disposiciones jurídicas que no prevén las situaciones antes descritas en cuanto al contenido y aprobación, se consideran compatibles con el artículo 3o. del Convenio 87.

2. *Elección de los representantes*

El artículo 3o. del convenio contempla el derecho que tienen las organizaciones de trabajadores y empleadores con toda libertad de elegir a sus representantes, por lo que se les reconoce claramente la autonomía en este proceso; al respecto, la CEACR señala que,

> las autoridades públicas deberían abstenerse de toda intervención que tienda a entorpecer el ejercicio de este derecho, ya sea en lo re-

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

> lativo al desarrollo de las elecciones sindicales, a las condiciones de elegibilidad, a la reelección o a la destitución de los representantes.[4]

Si bien, el derecho de las organizaciones de elegir a sus representantes, está contemplado en la mayoría de las legislaciones nacionales, el contenido de este derecho varía en cuanto a su alcance; por una parte, se encuentran las disposiciones jurídicas generales, que señalan que corresponde a los estatutos de las organizaciones precisar la modalidad del proceso para designar a sus dirigentes, sin que la autoridad correspondiente intervenga o fiscalice dicho proceso, limitándose en todo caso, a promover el respeto a la autonomía de los miembros de la organización y el desarrollo democrático del procedimiento. En este contexto, la CEACR estima que este tipo de disposiciones no contravienen el principio de libre elección consagrado en el convenio que nos ocupa.

En cambio, existen en algunas legislaciones nacionales, disposiciones que van más allá del contenido descrito precedentemente, ya que prevén una reglamentación muy detallada para la elección de dirigentes de una organización, exigencia que se traduce en una fiscalización al proceso de selección, o expresamente contempla la intervención de la autoridad correspondiente durante la votación. Este tipo de disposiciones vulneran el principio de libertad de las organizaciones para elegir a sus representantes, y en consecuencia, son contrarias al multicitado artículo 3o. del convenio. (Informe del Comité de Libertad Sindical 278, caso 1512, párrafo 397, Guatemala).

A. *Condiciones de elegibilidad*

La CEACR considera que, de manera general, son contrarias al artículo 3o. del convenio

> las condiciones de elegibilidad que figuran con más frecuencia en las legislaciones nacionales, relativas a: la pertenencia a la profe-

[4] Organización Internacional de Trabajo, *Estudio general sobre la libertad sindical y negociación colectiva. Estudio de la comisión de expertos en aplicación de convenios y recomendaciones, 81a. reunión de la CIT*, Ginebra, 1994, párrafo 112.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

> sión, la nacionalidad, la opinión o las actividades políticas y los antecedentes judiciales; en algunas legislaciones se incluyen asimismo cláusulas restrictivas o prohibitivas en lo relativo a la reelección de dirigentes sindicales. [5]

Conviene mencionar que las cinco condiciones para elegir a dirigentes de organizaciones, señaladas en el párrafo anterior, y que están previstas en varias legislaciones nacionales, la CEACR precisa en cada una de ellas, su compatibilidad o no, con el contenido del artículo 3o. del Convenio 87; y, en algunos casos, hace referencia a ciertas legislaciones, cuyas disposiciones contravienen la libertad de elección, ya que debe corresponder a los mismos miembros de las organizaciones de trabajadores y empleadores, a través de sus estatutos, el establecimiento de tales condiciones, y no sea la ley o la autoridad, la que sustituya la voluntad de los miembros de una organización.

B. *La pertenencia a la profesión o empresa*

En cuanto a la pertenencia a la profesión o empresa, la CEACR estima que son contrarias a la libertad de elección, prevista en el Convenio 87, "aquellas disposiciones que exigen de todos los candidatos a ocupar un cargo sindical que pertenezcan a la profesión, empresa o unidad de producción",[6] por ejemplo los artículos 388 (l), c, y 432 (2), del Código Sustantivo del Trabajo de Colombia. Serían compatibles con lo contemplado en el artículo 3o. del convenio, si tal exigencia se aplicara de manera flexible, sólo para una proporción razonable de dirigentes.

C. *La nacionalidad*

Por lo que hace a la nacionalidad, el requisito para poder ser elegido en un puesto de dirección sindical es poseer la nacionalidad del

5 *Ibidem*, párrafo 116.
6 *Ibidem*, párrafo 117.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

país respectivo, está contemplado en un buen número de países, por ejemplo en México; el artículo 372, fracción ll, de la Ley Federal del Trabajo; en Colombia el artículo 384, del Código Sustantivo del Trabajo; en Ecuador el artículo 455, del Código del Trabajo; en Guatemala el artículo 223 inciso b, del Código de Trabajo, entre otros más. A juicio de la CEARC, este tipo de disposiciones rigurosas conllevan el riesgo de limitar el derecho libre de elección de sus representantes. En todo caso, como se señaló precedentemente, tal limitación podría estar prevista en los estatutos, cuyas disposiciones son la expresión de la voluntad de los trabajadores y empleadores de la respectiva organización.

A juicio de la comisión, "la legislación nacional debería permitir a los trabajadores extranjeros el acceso a las funciones como dirigente sindical, por lo menos tras haber transcurrido un período razonable de residencia en el país de acogida". [7]

D. *Opiniones o actividades políticas*

En lo atinente a opiniones o actividades políticas, las disposiciones que impiden que, por tales motivos, ciertas personas no puedan desempeñar un puesto de representación; a criterio de la CEARC, esta limitación contraviene el derecho libre de elección de sus representantes, que deben tener los integrantes de organizaciones de trabajadores y empleadores, de conformidad con el artículo 3o. del convenio.

E. *Los antecedentes judiciales*

En algunas legislaciones los antecedentes judiciales son motivo de prohibición para desempeñar un puesto de elección de dirección en una organización. Al respecto, la CEARC señala que,

> una condena por un acto que, por su índole, no pone en tela de juicio la integridad del interesado ni representa un riesgo verdadero

7 *Ibidem*, párrafo 118.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

para el ejercicio correcto de funciones sindicales no debe constituir un motivo de descalificación. Por consiguiente, toda legislación que establezca criterios de inhabilitación excesivamente amplios, por ejemplo, al definir comportamientos de manera general o enumerar exhaustivamente actos sin verdadera relación con las cualidades de integridad requeridas para desempeñar un mandato sindical, es incompatible con el Convenio.[8]

F. *Prohibición de la reelección de dirigentes*

La prohibición de la reelección de dirigentes prevista en la ley, es contraria a la libre elección de los representantes de una organización. Como ya se mencionó, en todo caso que sean los propios agremiados de una organización a través de sus estatutos, los que contemplen tal limitación, y no sea la ley la que supla la voluntad de los mismos. En México, el artículo 75 de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, prohíbe la reelección de los dirigentes sindicales, incumple con lo dispuesto en el artículo 3o. del Convenio 87.

3. *Destitución de los dirigentes o de los órganos ejecutivos sindicales*

En lo referente a la destitución de los dirigentes o de los órganos ejecutivos sindicales, esta decisión corresponde solamente a los propios agremiados de una organización; o, como consecuencia de un debido proceso jurisdiccional, originado por la comisión de actos comprobados que justifiquen tal remoción. De lo contrario, si se trata de una decisión de la autoridad administrativa, de un decreto del Ejecutivo, o de una disposición jurídica, constituye a criterio de la CEACR, una clara injerencia al derecho de libre elección de los dirigentes de una organización consagrado en el multicitado artículo 3o. del convenio que nos ocupa.

8 *Ibidem*, párrafo 120.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

4. *La administración de las organizaciones*

Un componente importante de la autonomía sindical lo conforma la administración de las organizaciones; al respecto, la CEACR precisa que,

> El derecho de las organizaciones de trabajadores y de empleadores de organizar su administración al margen de toda intervención de las autoridades públicas comprende, en particular, la autonomía e independencia financieras y la protección de sus fondos y propiedades. Las legislaciones nacionales que, con el propósito de proteger los derechos de los afiliados y de garantizar las condiciones de una gestión sana y eficaz, exigen que los estatutos de los sindicatos contengan disposiciones relativas a las fuentes de sus recursos, su utilización, la gestión financiera interna o la transmisión de los bienes sindicales en caso de disolución, liquidación o fusión, e incluso las legislaciones que disponen un control exterior de los informes financieros de los sindicatos son, por regla general, compatibles con el Convenio.[9]

En cambio, tratándose de disposiciones legislativas, que atribuyen a las autoridades competentes facultades de fiscalización que sobrepasan las mencionadas, o cuando en cualquier momento pueden inspeccionar los libros de actas y contabilidad, y requerir la presentación de documentos financieros y de carácter patrimonial,[10] la CEACR estima que violan el derecho de las organizaciones a organizar su administración.

Conviene señalar la preocupación que se viene dando en algunos países en relación a la importancia de transparentar las actividades administrativas y financieras de los sindicatos; al respecto, el artículo 3o. del Convenio 87 prevé que las organizaciones de trabajadores y empleadores tienen derecho a organizar su administración y sus actividades sin la intervención de las autoridades públicas que tienda a limitar ese derecho o a entorpecer su ejercicio legal.

9 *Ibidem*, párrafo 124.

10 Artículo 54 de la Ley 19069, de 1991, sobre organizaciones sindicales y negociación colectiva, Chile.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Sin embargo, conviene señalar, lo que al respecto menciona la CEACR:

> que no se atenta contra el derecho de las organizaciones de organizar su administración cuando, por ejemplo, los controles se limitan a presentar periódicamente informes financieros o si dichos controles se llevan a cabo cuando existan razones graves para suponer que las actividades de una organización son contrarias a sus estatutos, a la propia ley o cuando las verificaciones se limitan a casos excepcionales, por ejemplo para llevar a cabo una investigación a raíz de una reclamación o si se han presentado alegatos de malversación.[11]

5. *Inviolabilidad de los locales, de la correspondencia y de las comunicaciones*

Debe mencionarse que la Inviolabilidad de los locales, de la correspondencia y de las comunicaciones, constituye también un componente del derecho que tienen las organizaciones de organizar su administración; en consecuencia, las leyes y las autoridades, deben de respetar este principio, a menos, como señala la CEACR, que la legislación contemple excepciones cuando se trate de situaciones de carácter urgente o de orden público, que a juicio y requerimiento de la autoridad judicial, el registro de tales lugares aporten pruebas en un proceso por delito del orden común y se apegue al mandato judicial.

6. *Actividades y programas de acción*

Sin duda, que el componente fundamental que conforma la autonomía de las organizaciones profesionales consiste en llevar a cabo libremente sus actividades y programas de acción, con apego a la legalidad, como instrumentos indispensables para la consecu-

11 *Estudio General sobre la libertad sindical y negociación Colectiva*, *cit.*, párrafo 125.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

ción de sus respectivos objetivos y defender los legítimos intereses de sus agremiados. Dentro de las actividades comprendidas a criterio de la CEACR, se encuentra:

> el derecho de celebrar reuniones sindicales, el derecho de los dirigentes de tener acceso a los lugares de trabajo, mantener contactos con los miembros de la dirección, ciertas actividades políticas de las organizaciones, así como el derecho de huelga y, en términos más generales, toda actividad relativa a la defensa de los derechos de sus miembros.[12]

Es de precisarse que el derecho de huelga no se encuentra expresamente reconocido o denegado, ni en los convenios fundamentales en materia de libertad sindical números 87 y 98, ni en ningún otro instrumento jurídico de la OIT, aunque sí en varios instrumentos universales y regionales. En relación con este tema la CEACR ha expresado que

> el derecho de huelga es mencionado en numerosas ocasiones en la parte del informe que contiene una descripción de la historia del problema de la libertad sindical e indica el examen del contexto de la legislación y de la práctica. También se menciona en las conclusiones y recomendaciones del informe, en relación con el caso particular de los funcionarios y de la conciliación voluntaria.[13]

Al no existir, en los instrumentos fundamentales, una disposición que consagrara de manera expresa el derecho de huelga, los órganos de supervisión y control de la OIT han emitido sus comentarios sobre el alcance y espíritu del artículo 3o. del Convenio 87.

Al respecto, el Comité de Libertad Sindical, órgano especial de control de la OIT en la materia, "afirmó el principio del derecho de huelga ya en su segunda reunión, celebrada en 1952, en la que declaró que es uno de los elementos esenciales del derecho sindical." [14]

12 *Ibidem*, párrafo 128.
13 *Ibidem*, párrafo 142.
14 *Ibidem*, párrafo 146.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

7. *Actividades políticas*

Es válido precisar el grado de involucramiento de las organizaciones profesionales con los partidos políticos. En efecto, ciertas legislaciones contemplan una estrecha vinculación entre las organizaciones sindicales y el partido político en el poder,[15] otras normativas jurídicas prohíben otorgar recursos financieros de los sindicatos a partidos políticos o candidatos, y algunas disposiciones impiden toda actividad política a organizaciones sindicales.

La CEACR expresa una posición equilibrada y fundamentada a las situaciones extremas antes mencionadas, al argumentar que,

> en los trabajos preparatorios del Convenio núm. 87 (31a. reunión, 1948, *Actas de las sesiones,* pp. 458 y 459), se había indicado que no cabe limitar estrictamente la acción de las organizaciones sindicales a la sola esfera profesional, dado que en la práctica la elección de una política general decidida por el Gobierno casi siempre tiene repercusiones en las condiciones de los asalariados (remuneración, vacaciones, condiciones de trabajo, marcha de la empresa, seguridad social, etc.). Esta relación resulta patente en el caso de la aplicación de una política económica nacional (por ejemplo, la incidencia de los programas de austeridad presupuestaria o de control de precios y salarios, o los efectos de una política de ajuste estructural, etc.), pero puede asimismo afectar concretamente a los trabajadores en el marco de opciones políticas o económicas más generales (como, por ejemplo, los acuerdos bilaterales o multilaterales de libre intercambio o la aplicación de las directivas que emanan de las instituciones financieras internacionales, etc.), e inclusive de decisiones que rebasan el ámbito de la soberanía nacional (por ejemplo, el traslado de empresas de un lugar a otro, cuyos efectos se repercuten sobre el empleo y los salarios).[16]

15 La Central de Trabajadores de Cuba reconoce la autoridad superior del Partido Comunista, sigue su política y desempeña sus actividades conforme a sus principios.

16 *Estudio General sobre la libertad sindical y negociación Colectiva*, *cit.*, párrafo 131.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

A mayor abundamiento, la CEACR hace alusión a la resolución adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en 1952 sobre Ia independencia del movimiento sindical, instrumento que dice:

> cuando los sindicatos deciden, de conformidad con las leyes y con las costumbres en vigor en sus países respectivos y con la voluntad de sus miembros, establecer relaciones con partidos políticos o llevar a cabo una acción política conforme a la Constitución para favorecer la realización de sus objetivos económicos y sociales, estas relaciones o esta acción política no deben ser de tal naturaleza que comprometan la continuidad del movimiento sindical o de sus funciones sociales y económicas, cualesquiera que sean los cambios políticos que puedan sobrevenir en el país.[17]

En conclusión, tanto las legislaciones que vinculan estrechamente a los sindicatos con los partidos políticos, como las que prohíben toda actividad política son contrarias a la aplicación del convenio, a criterio de la CEACR.

8. *Libertad de representación o personería jurídica*

Cabe señalar lo establecido en el artículo 7o. del Convenio 87 en el sentido de que la adquisición de la personalidad jurídica por las organizaciones de trabajadores y empleadores, sus federaciones y confederaciones no puede estar sujeta a condiciones, cuya naturaleza limite la aplicación de las disposiciones de los artículos 2o., 3o. y 4o. del convenio objeto de análisis.

El requerimiento a adquirir el derecho a la personalidad jurídica, que es un componente de la libertad sindical colectiva, presupone la existencia de la organización sindical. Sin la personalidad jurídica, el sindicato ya existente está limitado jurídicamente frente al Estado para llevar a cabo las actividades gremiales vinculadas con su objetivo o sus estatutos previstos en los convenios 87 y 98, tales como representar jurídicamente a sus agremiados,

17 *Ibidem*, párrafo 132.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

efectuar la negociación colectiva, ser interlocutor válido ante el Estado, y declarar la huelga.

De manera general, en América Latina, el acto por el que se adquiere la personalidad jurídica, es a través del registro administrativo otorgado por la autoridad del trabajo; como lo han reconocido los órganos de control de la OIT, la exigencia de ciertas formalidades para la constitución, y el registro ulterior de un sindicato no es contraria a la libertad sindical; en cambio, cuando las exigencias son excesivas y complejas, que se traducen en una facultad discrecional de la autoridad del trabajo. En ese caso, tal procedimiento es contrario al Convenio 87 y atenta contra la libertad sindical colectiva.

9. *Libertad de suspensión y disolución*

El artículo 4o. del convenio de referencia, establece que las organizaciones de trabajadores y empleadores no están sujetas a disolución o suspensión por vía administrativa.

Al respecto, tal decisión no debe ser competencia de la autoridad administrativa, pues constituiría una forma de injerencia en las actividades que les competen a las propias organizaciones; esta decisión, en su caso, debe ser una atribución de la autoridad jurisdiccional.

10. *Libertad de adherirse a federaciones, confederaciones y a organizaciones internacionales*

El artículo 5o. del mismo instrumento internacional señala que las organizaciones de trabajadores y empleadores tienen el derecho de constituir federaciones y confederaciones, así como afiliarse a las mismas; toda organización, federación o confederación tiene el derecho de afiliarse a organizaciones internacionales de trabajadores y empleadores.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

IV. Protección al ejercicio de los derechos sindicales de los trabajadores y sus organizaciones frente a los empleadores

Cabe destacar que el Convenio 98 de la OIT, que complementa y permite la aplicación efectiva de los derechos sindicales contemplados en el Convenio 87, protege el ejercicio de los derechos sindicales de los trabajadores y sus organizaciones frente a los empleadores, contra todo acto de discriminación y de injerencia.

En efecto, en cuanto a actos de discriminación, el artículo 1o. de este convenio, en su primer párrafo, establece que los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación, tendente a menoscabar la libertad sindical en relación con el empleo.

En su segundo párrafo, precisa que dicha protección deberá ejercerse especialmente, contra todo acto que tenga por objeto:

a) Sujetar el empleo de un trabajador a la condición de que no se afilie a un sindicato, o a la de dejar de ser miembro del mismo.
b) Despedir a un trabajador, o perjudicarlo en cualquier otra forma, a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales, fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas del mismo.

Es válido destacar, que la consagración del derecho de asociación en varios instrumentos jurídicos universales, regionales y legislaciones nacionales, sería nugatoria, si no se garantiza el pleno ejercicio de este fundamental derecho contra actos de discriminación e injerencia antisindical por parte de los empleadores.

Por lo que respecta a actos de injerencia, de conformidad con el artículo 2o., primer párrafo, del mismo convenio, las organizaciones de trabajadores y empleadores, deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de injerencia de unas, respecto de las otras, ya se realice directamente o por medio de sus agentes o miembros en su constitución, funcionamiento o administración. Tales como los que fomenten la constitución de organizaciones de trabajadores impues-

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

tas por el empleador, o financien, o apoyen de otra forma a determinadas organizaciones de trabajadores, a fin de ejercer un control sobre las mismas.

V. Protección especial a dirigentes sindicales o "fuero sindical"

Es de mencionarse que, en relación con el llamado fuero laboral, ni la OIT, ni sus órganos de control (Comité de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones [CEACR] y Comité de Libertad Sindical [CLC]), ni tampoco los convenios 87 y 98 en materia de libertad sindical, se refieren al fuero sindical; esta expresión se contempla en algunas legislaciones de América Latina, al referirse a la protección de los dirigentes sindicales en el ejercicio de su actividad estrictamente sindical.

En cuanto al Convenio 98, el artículo 1o. hace mención de que los trabajadores deberán gozar de una adecuada protección contra todo acto de discriminación que menoscabe la libertad sindical en relación con su empleo. La CEACR, señala que la protección que se brinda a trabajadores y dirigentes sindicales, contra actos de discriminación antisindical, es un elemento esencial del derecho de sindicación, porque tales actos pueden dar lugar, en la práctica, a la negación de las garantías previstas en el Convenio 87.

En las legislaciones laborales de varios países, con mayor o menor amplitud, los trabajadores están protegidos contra actos de discriminación antisindical. Protección que no se contempla en otras legislaciones o se aplica a determinadas categorías de trabajadores, y que está claramente contemplada en el artículo 2o. del Convenio 98 de la OIT.

Debemos destacar que varias legislaciones laborales otorgan una protección especial a determinados miembros de una organización sindical; al respecto, Ermida Uriarte señala, que

> Esta protección especial sindical a favor de dirigentes sindicales y que constituye un componente indispensable del derecho a la libertad sindical colectiva, pues de otra suerte sería ilusorio el ejercicio

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

> de la actividad sindical, es conocida en la doctrina y en algunas legislaciones como "fuero sindical", aunque también en América Latina recibe diferentes denominaciones. Esta figura ha sido definida como "el conjunto de medidas de protección del dirigente sindical y del militante sindical, que los pongan a cubierto de los perjuicios que puedan sufrir por su actuación y que posibiliten un desarrollo normal y eficaz de la actividad sindical.[18]

El ámbito personal de protección del fuero sindical, varía en las legislaciones de América Latina, pues de manera general protege a los dirigentes sindicales; protección que, en algunos casos, comprende a los representantes de federaciones y confederaciones, representantes sindicales de la empresa y representantes libremente elegidos por los trabajadores cuando no existe sindicato.

Por ejemplo, el artículo 367 del Código de Trabajo de Costa Rica, prevé con meridiana claridad a quienes y por cuánto tiempo se les otorga estabilidad laboral, para garantizar la defensa del interés colectivo y autonomía en el ejercicio de las funciones sindicales, sin perjuicio de disposiciones más favorables, establecidas en virtud de convenciones colectivas de trabajo.

Hay que señalar que la estabilidad laboral y protección contra actos de discriminación antisindical e injerencia, de ninguna manera deberán interpretarse como inmunidad, en relación con las actividades o actos que se cometan más allá de las estrictamente gremiales y con apego a la legalidad.

Lamentablemente la autonomía sindical en las actividades de los sindicatos, sin injerencia de las autoridades, prevista en el Convenio 87, así como la protección o estabilidad laboral a dirigentes sindicales, ha dado lugar, en la práctica, a abusos en algunos países por parte de ciertos dirigentes sin escrúpulos, circunstancia que no debería descalificar las disposiciones de los convenios 87 y 98, ya que no es una práctica común.

La OIT, cuyo objetivo consiste en promover la justicia social, donde su actividad normativa está orientada al mejoramiento de las

18 Ermida Uriarte, Óscar y Apud Verdier, I. M., *Sindicatos en libertad sindical*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1985, p. 49.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

condiciones de trabajo y de vida de la clase trabajadora, por lo que carece de facultades para elaborar una norma vinculante, relativa a las obligaciones a cargo de los dirigentes sindicales.

Al respecto, debe mencionarse lo previsto en el artículo 337 del Código del Trabajo de Costa Rica, en el sentido de que,

> Corresponderá al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social llevar a cabo, por medio de la Oficina de Sindicatos del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, la más estricta vigilancia sobre las organizaciones sociales, con el exclusivo propósito de que éstas funcionen ajustadas a las prescripciones de ley.

Con base en la anterior disposición, estimamos que los patrones, o los propios trabajadores sindicalizados, podrían recurrir ante el Ministerio de Trabajo para denunciar tales abusos.

En consecuencia, deberían ser los países, a través de sus legislaciones, en materia de actividad de inspección y de los órganos jurisdiccionales en materia laboral, los que se ocupen de regular, vigilar y pronunciarse sobre tales obligaciones, a fin de evitar abusos, ya que los órganos de control de la OIT antes mencionados, no tienen mandato para pronunciarse sobre este tipo de situaciones.

Por lo que respecta a la presentación de una queja, por parte de los empleadores ante el Comité de Libertad Sindical, sólo lo pueden hacer, si se suscitan actos de discriminación antisindical contra dirigentes patronales por parte del Estado, o por actos de injerencia por parte de un sindicato y sus dirigentes contra el patrón; en cuyo caso, la queja se presenta contra el gobierno respectivo, ya que es el responsable de hacer cumplir las disposiciones de los convenios fundamentales, en este caso, por violación del artículo 2o. del Convenio 98.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

VI. El caso de México

1. *La autonomía sindical prevista en el Convenio 87 y la legislación laboral mexicana*

A. *Derecho de sindicación*

La fracción XVI, del apartado A, del artículo 123 de la Constitución, punto de partida del desarrollo de una amplia gama de derechos sociales, y primero a nivel mundial, establece el derecho individual, tanto de obreros como empresarios, para coligarse en defensa de sus respectivos intereses, formando sindicatos, asociaciones profesionales, etcétera.

Néstor De Buen destaca el contenido individualista de este concepto constitucional, y que está a tono con la mayoría de las declaraciones de derechos sociales contenidas en los documentos elaborados en este siglo, partiendo de la misma Constitución mexicana, siguiendo con la de Weimar, la de la República española y las que se pusieron en vigor a partir de la Segunda Guerra Mundial.

B. *Autonomía sindical*

Por su parte, las organizaciones sindicales, en el ejercicio de su autonomía sindical, tienen los siguientes derechos colectivos, al tenor de la Ley Federal del Trabajo (LFT en adelante):

- Redactar sus estatutos y reglamentos, elegir libremente a sus representantes, organizar su administración y actividades, así como formular su programa de acción (artículo 359).
- Formar federaciones y confederaciones, y retirarse de ellas (artículos 381 y 382).
- No pueden ser disueltos, ni suspendidos o cancelados sus registros por vía administrativa (artículo 370).
- Representar a sus miembros y defender los intereses individuales que corresponda.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

- Se prohíbe a los patrones intervenir en cualquier forma en el régimen interno del sindicato (artículo 133).

Podemos destacar que desde el punto de vista legislativo, de conformidad con las disposiciones antes transcritas, la LFT, de manera general cumple con las exigencias sustantivas relativas a la autonomía de las organizaciones consagradas en el Convenio 87, aunque con ciertas incompatibilidades.

Específicamente el artículo 359 de la LFT, contempla con toda claridad los cuatro derechos fundamentales consagrados en el artículo 3o. del Convenio en referencia, aunque como veremos más adelante, con algunas limitaciones en la propia legislación, y con ciertas dificultades en la aplicación de tales derechos fundamentales.

Al respecto, resulta pertinente mencionar el comentario, que en relación al artículo 359 de la LFT, formula el doctor Néstor De Buen, al señalar que esta disposición,

> expresa de manera rotunda el principio de autonomía sindical. Esta autonomía, sin embargo, no debe confundirse con la soberanía, que es propia de los Estados. La eficacia de la autonomía sindical es, sin embargo, muy relativa, ya que las autoridades registrales se reservan el derecho de crítica a los estatutos sindicales y el de reconocimiento de los dirigentes a través de la toma de nota.[19]

A fin de tener una visión general de la conformidad de las disposiciones de la LFT en materia de autonomía sindical, más allá de las normas expresamente señaladas por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR), como contrarias al convenio, tomaremos en cuenta los componentes y comentarios de dicho órgano de control de la OIT, mencionados en el apartado ll del presente trabajo, sobre la protección a la libertad sindical colectiva o autonomía sindical.

En cuanto a la redacción de los estatutos, el artículo 371 de la LFT, contempla una amplia lista del contenido que deberán incluir tales instrumentos, siendo algunas cláusulas muy detallistas. En re-

[19] De Buen, Néstor, *Recopilación de normas laborales comentadas*, México, Porrúa, 2002, pp. 110 y 111.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

lación con esta disposición, estimamos conveniente transcribir el comentario de Néstor De Buen, en el sentido de que

> ...es, tal vez, la disposición más representativa de limitaciones a la autonomía sindical. Es claro que determina la forma de los estatutos, esto es, los temas que deben quedar regulados y no la forma de regularlos. Pero sin duda invade un terreno que debería ser de la exclusiva responsabilidad de los propios sindicatos....[20]

Por lo que respecta a la elección de los representantes, como señalamos en el apartado ll de este trabajo, existen legislaciones nacionales que, congruentes con el contenido del principio de libertad de elección de dirigentes de las organizaciones profesionales, consagrado en el artículo 3o. del convenio, señalan expresamente que, corresponde a las propias organizaciones, a través de sus estatutos, precisar la modalidad del proceso para llevar a cabo la elección de sus dirigentes, sin que la autoridad correspondiente intervenga para tal propósito.

En cambio, otras legislaciones nacionales contemplan disposiciones que prevén una reglamentación bastante detallada para elegir a dirigentes de una organización, exigencia que corresponde a una fiscalización de la autoridad administrativa en el proceso de selección de representantes, y que son contrarias, según la CEACR, a la autonomía sindical.

A este respecto, la CEACR precisa que las condiciones de elegibilidad que con más frecuencia están previstas en las legislaciones nacionales, tienen que ver con la pertenencia a la profesión, nacionalidad, opinión o actividades políticas; los antecedentes judiciales y cláusulas restrictivas o prohibitorias en cuanto a la reelección de dirigentes sindicales.

Conviene destacar que la reforma laboral publicada el 30 de noviembre de 2012, en el artículo 371, fracción IX establece que, en el procedimiento para la elección de la directiva y número de miembros, salvaguardando el libre ejercicio del voto con las modalidades que acuerde la asamblea general, de votación indirecta y secreta o

20 *Ibidem*, p. 114.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

votación directa y secreta; al respecto, el Comité de Libertad Sindical señala, que "la imposición por vía legislativa del voto directo, secreto y universal para elegir a los dirigentes sindicales no plantea problemas de conformidad con los principios de la libertad sindical".[21]

Con este principio, el comité está favoreciendo el pleno respeto a la libre voluntad, expresada por los trabajadores sindicalizados para ejercer el derecho de elección de sus dirigentes, sin estar expuestos a presiones.

En lo concerniente a la pertenencia a la profesión, opinión o actividades políticas y antecedentes judiciales, la LFT no contempla disposición alguna que limite a una persona ser electa como dirigente sindical por tales condiciones; en ese sentido, nuestra legislación respeta la autonomía sindical a ese respecto.

No obstante lo anterior, por lo que hace a la nacionalidad, el artículo 372 de la LFT, fracción ll, prohíbe expresamente a los extranjeros, formar parte de la directiva de los sindicatos, disposición que viene siendo objeto de señalamiento por parte de la CEACR desde hace numerosas décadas, como violatoria del derecho de libertad de los trabajadores de elegir a sus representantes, y en consecuencia, contraria al artículo 3o. del Convenio 87.

En cuanto a la prohibición a los extranjeros, de formar parte de la directiva de los sindicatos, prevista en la LFT, en su informe adoptado en 2010 (publicado en 2011), la CEACR hace la siguiente observación: *a*) la comisión toma nota de que el Gobierno no se refiere a esta cuestión en su memoria, *b*) la comisión subraya que debería permitirse a los trabajadores extranjeros el acceso a las funciones como dirigente sindical, por lo menos tras haber transcurrido un período razonable de residencia en el país de acogida, y *c*) la comisión pide al gobierno que tenga en cuenta el principio mencionado en el marco de una futura modificación de la LFT y que la mantenga informada al respecto en su próxima memoria.

Sobre la reelección de dirigentes sindicales, la CEACR, en su informe adoptado en 2010 (publicado en 2011), desde hace numerosas décadas, viene señalando como contrario a la autonomía sindi-

21 Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical, 4a. ed., párrafo 398, 2006.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

cal, la prohibición de reelección dentro de los sindicatos (artículo 75 de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado). En su comentario anterior, la comisión pidió al gobierno que modificara el artículo 75 de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, en el sentido de que, la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a efecto de ponerla, de conformidad con el convenio y la práctica de la OIT actual. La comisión toma nota de que el gobierno informa que, aún cuando no ha sido modificada la legislación de referencia, el Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje aplica la jurisprudencia mencionada, lo que significa que, mediante la práctica se dan efecto a las disposiciones del convenio, toda vez que la jurisprudencia que emite la Suprema Corte de Justicia de la Nación, es obligatoria para todos los órganos jurisdiccionales del país. En estas condiciones, teniendo en cuenta que se prevé una reforma de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, la comisión pide al gobierno que estudie la posibilidad de modificar el artículo 75 en el sentido de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, a efectos de ponerlo en conformidad con el convenio y la práctica de la OIT actual.

Respecto al derecho de organizar su administración y sus actividades, si bien el artículo 133, fracción V, de la LFT prohíbe a los patrones intervenir en cualquier forma en el régimen interno de los sindicatos, no contempla una disposición en tales términos tratándose de las autoridades administrativas; en efecto, el artículo 377, fracción l de la LFT prevé como obligaciones de los sindicatos, proporcionar los informes que le soliciten las autoridades del trabajo, siempre que se refiera exclusivamente a su actuación como sindicatos. Al respecto, vale precisar que se trata de una disposición, cuya redacción es laxa y podría dar lugar a requerimientos fiscalizadores y arbitrarios, contrarios a la autonomía sindical.

Debemos remarcar que la reforma a la LFT, aprobada y publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, el 30 de noviembre de 2012, en el artículo 373, amplía, precisa y enfatiza la obligación general contemplada en la versión anterior de la ley, en el sentido de que

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

> La directiva de los sindicatos, en los términos que establezcan sus estatutos, deberá rendir a la asamblea cada seis meses, por lo menos, cuenta completa y detallada de la administración del patrimonio sindical. La rendición de cuentas incluirá la situación de los ingresos por cuotas sindicales y otros bienes, así como su destino. La obligación a que se refiere el párrafo anterior no es dispensable.
>
> En todo momento, cualquier trabajador tendrá el derecho de solicitar información a la directiva, sobre la administración del patrimonio del sindicato.
>
> En caso de que los trabajadores no hubieren recibido la información sobre la administración del patrimonio sindical, o estimen la existencia de irregularidades en la gestión de los fondos sindicales, podrán acudir a las instancias y procedimientos internos, previstos en los respectivos estatutos, en términos del artículo 371, fracción XIII, de esta Ley.
>
> De no existir dichos procedimientos o si agotados éstos, no se proporciona la información o las aclaraciones correspondientes, podrán tramitar ante la Junta de Conciliación y Arbitraje que corresponda, el cumplimiento de dichas obligaciones.
>
> El ejercicio de las acciones a que se refiere el párrafo anterior, por ningún motivo implicará la pérdida de derechos sindicales, ni será causa para la expulsión o separación del trabajador inconforme.

Al respecto, como ya se mencionó en el apartado correspondiente, la CEACR menciona: "que no se atenta contra el derecho de las organizaciones de organizar su administración cuando, por ejemplo, los controles se limitan a presentar periódicamente informes financieros....[22]

Con este enfoque, lo que pretende la comisión de expertos consiste en propiciar que las aportaciones de los trabajadores sindicalizados tengan un adecuado manejo, consecuente con los objetivos del propio sindicato y que no se deje a los intereses personales de su dirigencia, sobre todo, tratándose de organizaciones sindicales corporativas, que adolecen muchas de ellas de una auténtica transparencia sindical, como se presentan, lamentablemente, varios casos en nuestro país.

22 *Estudio General sobre la libertad sindical y negociación Colectiva*, *cit.*, párrafo 125.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

En cuanto al derecho de los sindicatos de representar a sus miembros y defender los intereses individuales que corresponda, como componentes de las actividades y programa de acción, conviene destacar el comentario de Néstor De Buen relativo a la contradicción que existe entre los artículos 374 y 692 de la LFT; en efecto, si bien el artículo 374, fracción III, señala que los sindicatos, legalmente constituidos, son personas morales y tienen capacidad para defender ante todas las autoridades sus derechos, y ejercer las acciones correspondientes, el artículo 692, fracción IV, prevé que los representantes de los sindicatos acreditarán su personalidad con la certificación que les extienda la Secretaría del Trabajo y Previsión Social, o la Junta Local de Conciliación y Arbitraje, de haber quedado registrada la directiva del sindicato. Al respecto, el acertado comentario de Néstor De Buen, señala que "la fracción IV es una disposición que juega, a larga distancia, con el riguroso control que el Estado ejerce, gracias a la misma ley, sobre los sindicatos".[23]

Por lo que respecta al derecho de huelga, considerado por el órganos de control de la OIT, como integrante del derecho de los sindicatos de llevar a cabo sus actividades y programa de acción, como se menciona en el apartado VI del presente trabajo, cuestión que ha sido objeto de debates en los propios órganos de control, por el sector empresarial y algunos gobiernos miembros de la OIT; este derecho fundamental está consagrado en México en el artículo 123, fracción XVII, de nuestra Constitución; y reglamentado en el título VIII de la LFT.

El complejo tema del involucramiento de las organizaciones sindicales en actividades políticas, es tratado con cautela por la CEACR, al señalar los extremos de tal participación, y pronunciarse por una postura equilibrada y fundamentada a este respecto, como se señala en la parte VII del presente trabajo.

En efecto, por una parte señala aquellas legislaciones cuyo vínculo, de las organizaciones sindicales, con el partido en el poder es estrecho; las que prohíben que los sindicatos donen recursos financieros a partidos políticos, y/o a candidatos; y por último, las le-

23 *Ibidem*, p. 243.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

gislaciones que no permiten que los sindicatos participen en toda actividad política.

La CEACR expresa acertadamente que se debería limitar de manera estricta la acción de las organizaciones sindicales al ámbito puramente profesional, ya que en la práctica, la adopción de una política pública, por gobierno en turno, puede afectar situaciones económicas y sociales que repercuten en las condiciones de trabajo de los asalariados.

Con el ánimo de brindar una posición equilibrada y congruente con los objetivos de los sindicatos, la CEACR fundamenta sus comentarios en lo señalado en la resolución sobre la independencia del movimiento sindical, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en 1952, en la que se precisa que, si las organizaciones sindicales toman la decisión de relacionarse con algún partido político, apegándose a la legalidad y a las costumbres del país respectivo, como una expresión de la voluntad de sus miembros, y con el propósito de defender sus objetivos económicos y sociales, este vínculo no debe ser, de tal naturaleza, que menoscabe los objetivos ya señalados, en detrimento de sus agremiados.

Por lo que respecta a México, si bien la legislación laboral no incurre en ninguno de los extremos mencionados anteriormente, cabe señalar que en la práctica, el corporativismo sindical, que se viene dando particularmente en las principales centrales sindicales y en un buen número de organizaciones sindicales del sector público, propicia en varios casos, el establecimiento de compromisos políticos y electorales en aras de lograr prebendas de poder y cuotas de puestos de elección en detrimento de un compromiso, a fin de mejorar las condiciones de vida y de trabajo de sus agremiados.

Sobre la libertad de representación o personería jurídica, nos remitimos a la contradicción que existe entre los artículos 374 y 692 de la LFT, en relación con los derechos de los sindicatos de representar a sus miembros y defender los intereses individuales que correspondan, como componentes de las actividades y programa de acción de los sindicatos.

En lo relativo a la imposibilidad de que las organizaciones de trabajadores y de empleadores puedan ser disueltas, y suspendidas

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

o cancelados sus registros por vía administrativa (artículo 370), así como al derecho de los sindicatos de formar federaciones y confederaciones, y/o retirarse de ellas (artículos 381 y 382), las disposiciones correspondientes de referencia se ajustan a las exigencias del Convenio 87.

2. *La protección de los derechos sindicales frente a los empleadores prevista en el Convenio 98 y la legislación laboral mexicana*

El Convenio 98 complementa y permite una efectiva aplicación del Convenio 87, ya que tiene como objetivo, proteger el ejercicio de los derechos sindicales de los trabajadores y sus organizaciones frente a los empleadores, contra todo acto de discriminación e injerencia; además, promueve la negociación colectiva. De nada, o de muy poco hubiese servido la adopción del Convenio 87, si los importantes derechos consagrados en tal instrumento, no estuvieran a salvo en su aplicación por una adecuada protección.

El artículo 1o. primer párrafo, establece que "los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendente a menoscabar la libertad sindical en relación con el empleo".

En el segundo párrafo precisa, que dicha protección deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto:

Sujetar el empleo de un trabajador a la condición de que no se afilie a un sindicato, o dejar de ser miembro del mismo.

Despedir a un trabajador, o perjudicarlo en cualquier otra forma, a causa de su afiliación sindical o participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo, o con el consentimiento del empleador durante las horas de trabajo.

La CEACR destaca la importancia de tal disposición, al señalar:

> la protección que se brinda a los trabajadores y a los dirigentes sindicales contra los actos de discriminación antisindical es un elemento esencial del derecho de sindicación porque tales actos pue-

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

> den dar lugar en la práctica a la negación de las garantías previstas en el Convenio núm. 87.[24]

De conformidad con el primer párrafo, del artículo 2o.:

> las organizaciones de trabajadores y de empleadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de injerencia de unas respecto de las otras, ya se realice directamente o por medio de sus agentes o miembros, en su constitución, funcionamiento o administración.

En el segundo párrafo se describen, a manera de ejemplo, determinados actos de injerencia como los que tienden a fomentar la constitución de organizaciones de trabajadores dominadas por un empleador o una organización de empleadores, o a sostener económicamente, o en otra forma, organizaciones de trabajadores, con objeto de colocar a estas organizaciones bajo el control de un empleador u organización de empleadores.

Conviene destacar que, a pesar de la importancia y trascendencia que tiene el Convenio 98 para garantizar el libre ejercicio de los derechos sindicales de los trabajadores y sus dirigentes, México forma parte de los pocos países miembros de la OIT que no lo han ratificado.

Al parecer, el principal motivo que se esgrime para tal negativa, tiene que ver con la exigencia contemplada en el segundo párrafo, antes transcrito, del artículo 1o. del convenio, en relación con la cláusula de exclusión de ingreso y por separación, prevista en el artículo 395 de la LFT, misma que puede formar parte de un contrato colectivo, si así lo deciden los sindicatos y empresas.

Conviene remarcar que, un avance trascendente en materia de libertad sindical se concretó, al quedar derogado el artículo 395 con la reforma laboral publicada el 30 de noviembre de 2012, ya que la inclusión de dicha cláusula ha constituido un significativo componente para el corporativismo sindical mexicano, al estar contemplada en un gran número de contratos colectivos, misma

24 *Ibidem*, párrafo 132.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

que atenta, a todas luces, contra el principio de libertad sindical positivo y negativo, previstos en la Constitución Política Mexicana y en el Convenio 87 ratificado por el país.

La legislación laboral mexicana

En cuanto a la protección contra actos de discriminación sindical prevista en el Convenio 98, del artículo 123, fracción XXII constitucional, prevé que el patrono que despida a un obrero sin causa justificada, o por haber ingresado a una asociación y/o sindicato, o tomado parte en una huelga lícita, estará obligado, a elección del trabajador, a cumplir el contrato o a indemnizarlo con el importe de tres meses de salario.

Por lo que hace a la protección contra actos de injerencia prevista en el artículo 2o. del convenio, la fracción V, del artículo 133 de la LFT, prohíbe de manera general a los patrones, intervenir en cualquier forma en el régimen interno del sindicato; a su vez, la fracción IV del mismo artículo, prohíbe a los patrones obligar a los trabajadores por coacción o por cualquier otro medio, a afiliarse o retirarse del sindicato o agrupación a la que pertenezcan; o, a que voten por determinada candidatura.

Hay que resaltar que, como ya se mencionó en el presente trabajo, la evaluación del cumplimiento de un convenio de la OIT por la CEACR, sólo procede si dicho instrumento ha sido ratificado por el país concernido, por lo que México no es objeto de evaluación en cuanto al cumplimiento del Convenio 98 por el órgano de control de referencia, al no haber sido suscrito.

No obstante, con fundamento en la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su seguimiento de 1998, todos los Estados, por el sólo hecho de ser miembros de la OIT, se comprometieron a respetar los principios de los ocho convenios fundamentales de la OIT, entre los que se encuentra el Convenio 98 sobre el derecho de sindicación y negociación colectiva de 1949, en relación a que el gobierno debe rendir la información, que al respecto, le solicite el comité de expertos, creado para tal efecto.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Asimismo, el Comité de Libertad Sindical (CLS), órgano tripartito de la OIT constituido en 1951, está facultado para que, de conformidad con un procedimiento especial, analice y se pronuncie en relación con las quejas que, por violaciones a los convenios en materia de libertad sindical, presenten las organizaciones de trabajadores y empleadores contra los gobiernos, ya sea que se hayan ratificado, o no.

Por lo que respecta al CLS, como veremos en el siguiente apartado, se han presentado varias quejas de diferentes organizaciones sindicales contra el gobierno de México por violaciones a derechos contemplados en el referido convenio 98.

3. *Quejas presentadas ante el Comité de Libertad Sindical contra México por violaciones a los Convenios 87 y 98*

Si bien el incumplimiento de las exigencias de los convenios 87 y 98, de la OIT, no es significativa; no obstante, el número de quejas presentadas ante el CLS por alegadas violaciones en la práctica a las disposiciones de los convenios referidos, constituyen un muestreo preocupante de lo que sucede en la aplicación de tales instrumentos. Al respecto, con el propósito de ofrecer un panorama parcial de tales violaciones, en particular en lo que concierne a la autonomía sindical y a actos de injerencia, hemos elaborado una relación del número de quejas y la naturaleza y número de los alegatos que se han presentado ante el Comité de Libertad Sindical (CLS), contra el gobierno de México, de 2000 a 2012, la que se anexa al presente trabajo.

Durante un período de, poco más de 11 años, se han presentado ante el CLS, contra el gobierno mexicano, 30 quejas por diferentes organizaciones sindicales (nacionales e internacionales), cuya naturaleza de los alegatos (que ascienden a 63 aproximadamente), versan sobre violaciones a diversos derechos consagrados, tanto en el Convenio 87, ratificado por el país; así como, en el Convenio 98, aún sin ratificar por México.

Cabe señalar que la cifra de 30 quejas presentadas contra el gobierno de México parecería reducida, comparada, por ejemplo,

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

con la cifra de quejas de varios países de América Latina, entre ellos Argentina, Colombia, Chile, Costa Rica, Perú, entre otros, cuyo número supera el promedio de las presentadas contra nuestro país; al respecto, conviene señalar que esta situación no corresponde con la frecuencia de violaciones a los convenios en materia de libertad sindical que acontecen en la práctica. Algunas explicaciones de tal situación, podrían ser que ciertas centrales sindicales y sindicatos, particularmente del sector público que no recurren al mecanismo de queja ante el CLS, para no entrar en conflicto, a nivel internacional, con el gobierno. En otros casos, por desconocimiento de dicho procedimiento, y/o por falta de credibilidad de las instancias internacionales.

Las quejas referidas han sido presentadas por la Confederación Internacional de Organizaciones Sindicales Libres (CIOSL), Federación Sindical Mundial (FSM), Federación Internacional de Trabajadores de las Industrias Metalúrgicas (FITIM), Confederación Revolucionaria de Obreros y Campesinos (CROC); por sindicatos de diferentes instituciones públicas, tales como, Universidad Nacional Autónoma de México, Secretaría de Agricultura, Ganadería, Desarrollo Rural, Pesca y Alimentación, la industria nuclear, Universidad Autónoma Metropolitana, Instituto Mexicano del Seguro Social, el Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática, Sistema de Transporte Colectivo, entre otras; así como por el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Educación, Sindicato Nacional de Trabajadores Mineros, Metalúrgicos y Similares de la República Mexicana, y por diferentes organizaciones sindicales nacionales y estatales, pertenecientes a diversas ramas de actividad.

En lo que toca a la naturaleza de los alegatos, comprendidos en el anexo referido, se han agrupado en diferentes categorías, o tipos de agravios, siguiendo los derechos violados contemplados en los Convenios 87 y 98, y principios considerados por los órganos de control de la OIT como indispensables para el ejercicio de la libertad sindical.

Hay que precisar que el Convenio 87 protege el ejercicio de los derechos sindicales de los trabajadores y empleadores frente al Estado, ya sea que se trate de legislaciones o actos de las autoridades competentes, contrarias a tal instrumento; en cambio, el Convenio

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

98, protege el ejercicio de tales derechos frente a los empleadores, así como los de las organizaciones de trabajadores, con respecto a las organizaciones de empleadores y viceversa, de conformidad con el artículo 2o., de este convenio.

Comenzaremos por mencionar que, en cuanto al tema central del presente trabajo referido a la autonomía sindical, el total de los diferentes tipos de alegatos identificados en las 30 quejas, con base a la relación anexa de las 63 violaciones alegadas, 10 corresponden a los principios emanados del artículo 3o. del Convenio 87, y 18 diferentes tipos de agravios tienen que ver con la protección a los trabajadores y sus representantes, contemplada en el artículo 2o. del Convenio 98.

En cuanto a los diez diferentes alegatos identificados como contrarios a la autonomía sindical, conforme a los principios del Convenio 87, se identificaron los siguientes casos: *a*) tres alegatos sobre injerencia en la redacción de estatutos y reglamentos, *b*) una negativa de inscripción de una directiva, *c*) una negativa a otorgar personería gremial, *d*) dos allanamientos de domicilio sindical, *e*) un caso de restricciones excesivas para el ejercicio de huelga, y *f*) dos rompimientos violentos de huelga con represión.

Sobre los 18 actos de injerencia por parte de las empresas, comprendidos en los alegatos, y contrarios al artículo 2o. del Convenio 98, las violaciones de los querellantes tienen que ver con: *a*) un caso de coerción antisindical, *b*) siete alegatos de injerencia en elecciones, *c*) tres casos de congelamiento de cuotas sindicales, *d*) tres alegatos de coacción a trabajadores para que renuncien a su afiliación sindical, *e*) un caso de fomento de un sindicato paralelo, *f*) un alegato sobre injerencia en la administración sindical, y *g*) dos casos de desconocimiento del comité ejecutivo.

Los demás grupos de tipos de alegatos, se relacionan con siete casos que versan sobre la afiliación sindical contemplada en el Convenio 87 entre los que se identifican seis negativas de inscripción de un sindicato, y una negativa a reconocer a otro; 12 alegatos refieren diferentes tipos de discriminación antisindical; seis casos versan sobre negativas a negociar colectivamente, y dos alegatos mencionan restricciones a la libertad sindical en legislaciones.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Debemos destacar que se identificaron ocho lamentables casos que atentaron a la seguridad e integridad de las personas, y que tienen que ver con un asesinato, una amenaza de muerte, tres arrestos y tres agresiones físicas, graves violaciones a las libertades civiles de las personas que impiden el libre ejercicio de los derechos sindicales.

Una vez que la queja es admitida, previa verificación de cumplimiento de requisitos mínimos por el Servicio de Libertad Sindical de la OIT, el CLS, que se reúne tres veces al año, procede al examen de los alegatos, la respectiva respuesta del gobierno, y teniendo como referencias el contenido y alcance de los convenios en materia de libertad sindical objeto de las quejas, así como los principios que sobre la materia vienen emitiendo, tanto la CEACR como el propio CLS en relación a otros casos similares; este último elabora sus conclusiones y recomendaciones, mismas que se hacen del conocimiento del gobierno correspondiente, para ser tomadas en consideración y superar las respectivas violaciones comprendidas en dichos alegatos.

Finalmente, el prestigio y respeto del que goza el CLS por los Estados miembro casi en su totalidad, situación que propicia que sus decisiones sean acogidas y cumplidas por un buen número de gobiernos concernidos; para el caso de México no ha sido la excepción, ya que ha contribuido a superar las violaciones señaladas en los alegatos y, reconocidas por el CLS, en un porcentaje aceptable.

VII. Conclusiones

En el presente trabajo pretendimos dar una visión de los componentes básicos de la autonomía sindical desde la perspectiva de la Organización Internacional del Trabajo a partir del contenido y alcance de los convenios 87 y 98; así como los principios, que al respecto vienen estableciendo la CEACR, órgano regular de control, en cuanto al cumplimiento de los convenios que han sido ratificados por los países miembros de la OIT, así como del Comité de Libertad Sindical (CLS), órgano de control especial.

En diversos foros internacionales y regionales se viene manifestando la gran preocupación por el respeto de los derechos hu-

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

manos fundamentales del individuo, entre los que se encuentra la libertad sindical, en el entendido de que el respeto de las libertades y derechos humanos, es condición fundamental para la paz y desarrollo social.

Consciente de este problema, y congruente con su cometido, la OIT, desde su creación en 1919, viene otorgando una gran importancia a la promoción de los derechos humanos en el mundo del trabajo, en particular a la libertad sindical y, en consecuencia, al derecho de sindicación de trabajadores y empleadores, como condición necesaria para un desarrollo socioeconómico armonioso.

Si bien, la Constitución de la OIT, de 1919, consagra el principio de libertad sindical y la Declaración de Filadelfia de 1944, se refiere al derecho de asociación y negociación colectiva, no fue sino hasta 1948 (hace más de 60 años), que se adoptó el Convenio 87, y un año después, el Convenio 98.

Los convenios no tienen fuerza de obligar, y sólo entran en vigor para un Estado si son ratificados, acto que implica para el país dos obligaciones: *a*) proceder a su aplicación, y *b*) someterse a los procedimientos de los órganos de control, a fin de verificar la forma como se cumple con las disposiciones del convenio ratificado.

El análisis de los informes de la CEACR, en cuanto al cumplimiento de los convenios que han sido ratificados, así como los del CLS, permiten conocer el grado de cumplimiento de tales instrumentos; en cuanto al CLS, sólo se ocupa de los convenios en materia de libertad sindical, hayan sido o no ratificados por el país contra el que se presente una queja por violaciones a dichos convenios.

Los informes de la CEACR del CLS toman en cuenta los principios que ambos han venido sentando, mismos que han complementado y desarrollado el alcance de las convenios de la OIT en materia de libertad sindical.

Ningún órgano de control de la OIT está facultado para interpretar en *stricto sensu* el alcance de las disposiciones de los convenios, actividad que le compete solamente a la Corte Internacional de la Haya.

La CEACR y el CLS sólo valoran su grado de cumplimiento a partir de las informaciones brindadas por los gobiernos y los acto-

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

res sociales, para lo cual, toman como referencia las propias decisiones y principios que han aplicado en otros casos similares.

Para el pleno logro del objetivo de las organizaciones profesionales no basta con que el Estado garantice en su legislación solamente la protección de la libertad sindical individual, sino que es necesario también, que esta permita el libre ejercicio del ente colectivo ya constituido para organizarse, autogobernarse y ejercer con libertad sus actividades gremiales con plena autonomía.

El artículo 3o.del Convenio 87, ratificado por México en 1950, garantiza el libre funcionamiento de las organizaciones de trabajadores y empleadores; a tal afecto, consagra cuatro derechos fundamentales: *1*) redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, *2*) elegir libremente a sus representantes, *3*) organizar su administración, y *4*) sus actividades y formular su programa de acción, en cuyo ejercicio legal las autoridades públicas deberán de abstenerse de toda intervención que tienda a limitar o entorpecer esos derechos.

La CEACR precisa que, para garantizar el pleno cumplimiento del artículo 3o. en referencia, relacionado con la redacción de los estatutos y reglamentos, la legislación nacional no debe ir más allá de regular cuestiones sólo de forma.

Respecto al derecho de elegir libremente a sus representantes, la CEACR señala que las autoridades públicas deberían abstenerse de toda intervención que tienda a entorpecer el ejercicio de este derecho; aunque, a fin de garantizar la libre voluntad de los trabajadores sindicalizados de elegir a sus representantes, el Comité de Libertad Sindical señala que el voto directo, secreto y universal previsto en la legislación, no plantea problemas con la libertad sindical. Al respecto, el artículo 371, fracción IX de la reforma laboral aprobada, se apega, casi en su totalidad, a dicho principio.

La CEACR considera que, de manera general, son contrarias al artículo 3o. del convenio, las condiciones de elegibilidad, relativas a la pertenencia a una profesión, nacionalidad, opinión o actividades políticas; los antecedentes judiciales y la prohibición de la reelección de dirigentes sindicales.

Por lo que hace a la nacionalidad, para poder ser elegido dirigente sindical, la exigencia de poseer la ciudadanía del país respectivo,

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

conlleva el riesgo de limitar el derecho libre de elección de sus representantes.

La prohibición de la reelección de dirigentes prevista en la ley, es contraria a la libre elección de los representantes de una organización; en todo caso, deben ser los propios agremiados, a través de sus estatutos, los que determinen tal limitación, y no sea la ley la que supla la voluntad de los mismos.

Sobre la libre administración de las organizaciones, las legislaciones que permiten a las autoridades fiscalizar, inspeccionar los libros de contabilidad y requerir documentos financieros, violan, según la CEACR este derecho; en cambio, si la legislación se limita a prever que se presenten periódicamente informes financieros a sus agremiados, señala que, en ese sentido no se atenta contra la libre administración de los sindicatos ; al respecto, el artículo 373 de la reforma laboral aprobada se encuentra en la misma línea de tal principio.

Con el derecho de las organizaciones profesionales de realizar libremente sus actividades y programas de acción, con apego a la legalidad, para la consecución de sus objetivos gremiales, éstas a criterio de la CEACR son: *a*) celebración de reuniones sindicales, *b*) acceso de los dirigentes a los lugares de trabajo, *c*) mantener contactos con la dirección, ciertas actividades políticas, *d*) defensa de los derechos de sus miembros, y *e*) derecho de huelga.

Por las actividades políticas, la CEACR expresa que, no cabe limitar estrictamente la acción de las organizaciones sindicales a la sola esfera profesional, dado que en la práctica, la adopción de una política gubernamental, casi siempre tiene repercusiones socio-económicas en las condiciones de los asalariados.

La resolución adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en 1952, sobre la independencia del movimiento sindical, señala que, cuando los sindicatos deciden, con la voluntad de sus miembros, establecer relaciones con partidos políticos para el logro de sus objetivos socio-económicos, estas, no deben comprometer la continuidad para el logro de los mismos.

Acerca de la adquisición de la personalidad jurídica, con el fin de que las organizaciones puedan llevar a cabo las actividades

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

gremiales vinculadas con su objetivo y estatutos, cuando las exigencias son excesivas y complejas, que consistan en una facultad discrecional de la autoridad, tal procedimiento es contrario al Convenio 87, y atenta contra la libertad sindical colectiva.

El Convenio 98 complementa y permite la aplicación efectiva de los derechos sindicales previstos en el Convenio 87, y protege el ejercicio de los derechos sindicales de los trabajadores y sus organizaciones frente a los empleadores contra todo acto de discriminación e injerencia.

La estabilidad laboral, y la protección contra actos de discriminación antisindical y de injerencia, derecho denominado en algunos países como "fuero laboral", no deberían interpretarse como inmunidad, en relación con las actividades o actos que se cometan, más allá de las estrictamente gremiales, y con apego a la legalidad.

De conformidad con las disposiciones de la LFT, de manera general se cumple con las exigencias relativas a la autonomía de las organizaciones consagradas en el Convenio 87, salvo algunas excepciones.

El artículo 359 de la LFT contempla los cuatro derechos fundamentales consagrados en el artículo 3o. del Convenio 87, aunque con algunas limitaciones en la propia legislación, y con ciertas dificultades en la aplicación de tales derechos.

A fin de tener una visión general de la conformidad de las disposiciones de la LFT en cuanto a la autonomía sindical, tomaremos en cuenta los componentes de la misma, señalados por la CEACR y sus comentarios.

En cuanto a la redacción de los estatutos, el artículo 371 de la LFT contempla una amplia lista del contenido que deberán incluir tales instrumentos, siendo algunas cláusulas muy detallistas, invadiendo atribuciones que deberían corresponder a los propios sindicatos.

Por lo que respecta a la elección de los representantes, la CEACR precisa que las condiciones de elegibilidad, que con más frecuencia están previstas en las legislaciones nacionales, son: la pertenencia a la profesión, nacionalidad, opinión o actividades políticas, antecedentes judiciales y, prohibición a la reelección de dirigentes sindicales.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

En relación con la nacionalidad, el artículo 372, fracción ll, de la LFT, prohíbe a los extranjeros formar parte de la directiva, mismo que la CEACR viene señalando como contraria a la libertad de los trabajadores de elegir a sus representantes.

En cuanto a tal prohibición, la CEACR subraya que debería permitirse a los trabajadores extranjeros el acceso a las funciones como dirigentes sindicales, por lo menos después de un período razonable de residencia en el país de acogida.

Por lo que respecta a la reelección de dirigentes sindicales, prevista en el artículo 75 de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, la CEACR lo señala como contrario a la autonomía sindical, y pide al gobierno que lo modifique en el sentido de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

En relación al derecho de organizar su administración y sus actividades, si bien el artículo 133, fracción V, de la LFT, prohíbe a patrones intervenir en cualquier forma en el régimen interno de los sindicatos, no obstante, en cuanto a las autoridades administrativas, no existe ninguna disposición al respecto. En cambio, el artículo 377, fracción l, de la LFT prevé que los sindicatos proporcionen los informes que les soliciten las autoridades del trabajo, disposición, cuya redacción es laxa, y podría dar lugar a requerimientos fiscalizadores y arbitrarios, contrarios a la autonomía sindical.

En cuanto a los derechos de los sindicatos, de representar a sus miembros y defender sus intereses, se da una contradicción entre los artículos 374 y 692 de la LFT; en efecto, el artículo 374, fracción III, señala que los sindicatos legalmente constituidos son personas morales y tienen capacidad para defender ante todas las autoridades sus derechos; por otro lado, el artículo 692, fracción IV, prevé que los representantes de los sindicatos acrediten su personalidad con la certificación que les extienda la Secretaría del Trabajo y Previsión Social o la Junta Local de Conciliación y Arbitraje.

El involucramiento de los sindicatos en actividades políticas es tratado con cautela por la CEACR al señalar los extremos de tal participación, y pronunciarse por una postura equilibrada y fundamentada; por una parte, señala aquellas legislaciones cuyo vínculo de las organizaciones sindicales con el partido en el poder es estrecho; las que prohíben que los sindicatos donen recursos financie-

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

ros a partidos políticos y/o candidatos; y, las legislaciones que no permiten que los sindicatos participen en toda actividad política.

Por lo que respecta a México, si bien la LFT no incurre en ninguno de los extremos antes mencionados, en la práctica, el corporativismo sindical que se da en algunos sectores sindicales, propicia, en ocasiones, el establecimiento de compromisos políticos a fin de lograr prebendas de poder y puestos de elección, situación que pone en riesgo priorizar el compromiso en beneficio de sus agremiados.

A pesar de la importancia y trascendencia que tiene el Convenio 98, para garantizar el libre ejercicio de los derechos sindicales de los trabajadores y sus dirigentes, México forma parte de los pocos países que no lo ha ratificado.

Al parecer, el principal motivo que existía para tal negativa, tenía que ver con la exigencia del artículo 1o., segundo párrafo del convenio, en relación con la cláusula de exclusión sindical, prevista en el artículo 395 de la LFT, misma que al haber quedado derogada por la reforma laboral, publicada en noviembre de 2012, ya no tiene validez el argumento antes señalado.

La derogación de la cláusula de exclusión sindical ha constituido un trascendental avance en materia de libertad sindical para el país, ya que atenta contra el principio de libertad sindical positivo y negativo, previstos en la Constitución mexicana y el Convenio 87 ratificado por México.

Si bien, el incumplimiento de las exigencias de los convenios 87 y 98, no es muy numeroso en la legislación laboral del país; el número de quejas presentadas ante el CLS por alegadas violaciones en la práctica a las disposiciones de los convenios referidos, constituyen un muestreo preocupante de lo que sucede en la aplicación de tales instrumentos.

Durante el período (poco más de 11 años), se han presentado ante el CLS, contra el gobierno mexicano, 30 quejas por diferentes organizaciones sindicales, internacionales y nacionales, cuya naturaleza (de los 63 alegatos), versan sobre violaciones a diversos derechos consagrados en los convenios referidos en el párrafo anterior.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Del total de los 63 alegatos identificados en las 30 quejas, 10 violan la autonomía sindical, de conformidad con el artículo 3o. del Convenio 87, y 18 son contrarios a la protección de los trabajadores y sus representantes, con base el artículo 2o. del Convenio 98.

En cuanto a los 10 alegatos contrarios a la autonomía sindical, se identificaron tres sobre injerencia en la redacción de estatutos; una negativa de inscripción de una directiva; una negativa a otorgar personería gremial; dos allanamientos de domicilio sindical; un caso de restricciones en el ejercicio de huelga; y dos rompimientos violentos de huelga con represión.

De los 18 actos de injerencia por parte de las empresas, existe un caso de coerción antisindical; siete de injerencia en elecciones; tres de congelamiento de cuotas sindicales; tres de coacción a trabajadores para que renuncien a su afiliación sindical; uno de fomento de un sindicato paralelo; un alegato sobre injerencia en la administración sindical; y dos casos de desconocimiento del comité ejecutivo.

Por último, se identificaron ocho casos de atentados contra la seguridad e integridad de las personas, relativos a un asesinato, una amenaza de muerte, tres arrestos y tres agresiones físicas, graves violaciones a las libertades civiles de las personas que impiden el libre ejercicio de los derechos sindicales.

Congruente con los compromisos internacionales que México de manera soberana, ha adquirido como miembro de la OIT, y al haber ratificado el Convenio 87, la propuesta de reforma laboral que se presente y sea aprobada por el Congreso de la Unión, debería tomar en cuenta las derogaciones, modificaciones y adiciones correspondientes, a fin de superar las incompatibilidades de nuestra legislación con las exigencias y el pleno cumplimiento de los Convenios 87 y 98.

Al respecto, se mencionan las siguientes disposiciones contrarias a la autonomía sindical:

- Artículo 372, fracción ll, de la LFT, que prohíbe a los extranjeros formar parte de la directiva de los sindicatos; violatorio del derecho de libertad de los trabajadores de elegir a sus representantes.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

- Artículo 75 de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, que prohíbe la reelección de dirigentes sindicales; contrario a la autonomía sindical.
- Artículo 692, fracción IV, de la LFT, que prevé que los representantes de los sindicatos acrediten su personalidad con la certificación que les extienda la Secretaría del Trabajo y Previsión Social o la Junta Local de Conciliación y Arbitraje; ya que, es contradictorio con el artículo 374, fracción lll, que señala que los sindicatos legalmente constituidos son personas morales y tienen capacidad para defender ante todas las autoridades sus derechos.
- El artículo 377, fracción l, del de la LFT, que prevé que los sindicatos proporcionen los informes que les soliciten las autoridades del trabajo, disposición cuya redacción es laxa, y podría dar lugar a requerimientos fiscalizadores y arbitrarios, contrarios a la autonomía sindical.
- Otras propuestas que ya se han planteado y que valdría la pena retomarlas serían:
- El establecimiento del voto secreto y universal, con el objeto de garantizar la voluntad de los trabajadores en la elección de sus dirigentes y en otras votaciones,
- La creación de un registro público de sindicados, estatutos, y comité directivo, para evitar que las autoridades se reserven el derecho de crítica a los estatutos y el de reconocimiento de los dirigentes a través de la toma de nota.
- La supresión del artículo 395, de la LFT, que prevé que la cláusula de exclusión sindical pueda formar parte de un contrato colectivo, por ser contraria al derecho de libre asociación positivo y negativo, y en consecuencia a la Constitución mexicana, y al Convenio 87.

Por último, se deberían tomar en cuenta otras disposiciones contempladas en la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, incompatibles con el Convenio 87 (véase informe de la CEACR de 2010).

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

VIII. Anexo documental

Relación de quejas presentadas contra México: quejas presentadas ante el Comité de Libertad Sindical por tipo de alegatos y frecuencia. Marzo de 2000 a marzo de 2012.

Tipo de alegatos/frecuencia	
1. Afiliación sindical	
Negativa de inscripción de un sindicato	6
Negarse a reconocer a un sindicato	1
Total	7
2. Autonomía sindical	
Negativa de Inscripción de una directiva	1
Injerencia en la redacción de estatutos y reglamentos	3
Negativa a otorgar personería gremial	1
Allanamiento de domicilio sindical	2
Restricciones excesivas para el ejercicio de huelga	1
Rompimiento violento de huelga/ Represión	2
Total	10
3. Discriminación antisindical	
Despido de dirigentes	2
Acoso y hostigamiento sindical	1
Despidos de afiliados	8
Denuncia penal contra dirigentes y/o trabajadores	1
Total	12
4. Actos de injerencia	
Coerción antisindical	1
Injerencia en elecciones	7

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Congelamiento de cuotas sindicales	3
Coaccionar a trabajadores para que renuncien a su afiliación sindical	3
Fomento de un sindicato paralelo	1
Injerencia en la administración sindical	1
Desconocimiento del comité ejecutivo	2
Total	18
5. Negociación colectiva	
Negativa a negociar colectivamente	6
Total	6
6. Restricciones a la libertad sindical por actos legislativos	
Legislación y proyectos legislativos contrarios a la libertad sindical	2
Total	2
7. Seguridad e integridad de las personas	
Asesinatos	1
Amenazas	1
Arrestos	3
Agresiones físicas	3
Total	8
Total de tipos de alegatos	63

FUENTE: Informes del Comité de Libertad Sindical, marzo de 2000 a 2012.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

LA HUELGA EN LAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS AUTÓNOMAS, LOS SERVICIOS PÚBLICOS, LOS SERVICIOS ESENCIALES Y LOS TRABAJADORES AL SERVICIO DEL ESTADO

Porfirio Marquet Guerrero*

Sumario: I. *Introducción*. II. *Algunas consideraciones básicas sobre el derecho de huelga*. III. *El régimen laboral aplicable a las universidades públicas autónomas*. IV. *Los servicios públicos y los servicios esenciales*. V. *La huelga en el régimen jurídico-laboral de los trabajadores al servicio del Estado*. VI. *Consideraciones finales y conclusiones*. VII. *Bibliografía*.

I. Introducción

Con gran satisfacción hemos recibido la cordial invitación de la doctora Patricia Kurczyn Villalobos, presidente de la Sociedad Mexicana de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, e ilustre investigadora en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, para colaborar en el libro en homenaje al doctor Hugo Ítalo Morales Saldaña, uno de los más reconocidos laboralistas mexicanos de la actualidad.

Cabe señalar que el doctor Morales Saldaña es egresado de la Fa-

* Profesor definitivo por oposición de derecho individual del trabajo y derecho procesal del trabajo. Profesor de derecho de la seguridad social y director del Seminario de Derecho del Trabajo y de la seguridad Social de la Facultad de Derecho de la Universidad nacional Autónoma de México, *pmarquetgfacder@hotmail.com.*

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

cultad de Derecho de la UNAM, donde obtuvo el título de licenciado y el grado de doctor, ambos en derecho; es además especialista en derecho del trabajo *honoris causa* del Instituto de Especialización de la Junta Local de Conciliación y Arbitraje del Distrito Federal, doctor *honoris causa* de la Universidad de Ciencia y Tecnología de Ica, Perú y *magíster juris* de la Universidad Nacional Autónoma del Estado de México. En su fructífera trayectoria académica y profesional destacan el haber sido jefe de la División de Estudios de Posgrado en Derecho en la Facultad de Derecho de la UNAM, profesor de diversas asignaturas laborales en las universidades de Ciudad Victoria, Tamaulipas, Saltillo, Coahuila, Iberoamericana, Panamericana e Instituto de Especialización de la Junta Local de Conciliación y Arbitraje del Distrito Federal; miembro del Comité Técnico de la Procuraduría Federal de la Defensa del Trabajo y del Consejo de Pensiones del Sistema del Ahorro para el Retiro; presidente de la Comisión de Derecho Laboral de la Cámara Nacional de la Industria de la Transformación (Canacintra); miembro permanente de la delegación mexicana ante la Organización Internacional del Trabajo (OIT); lo que le ha permitido asistir cotidianamente a las sesiones de la conferencia general de la organización mencionada, es además autor de más de veinte obras de derecho del trabajo y de seguridad social, algunas utilizadas como obras de texto y otras de consulta obligada; así también, ha sido, y sigue siendo profesor definitivo de diversas asignaturas laborales en la facultad de derecho de la UNAM durante más de 45 años, en algunos de los cuales, tuvimos el privilegio de ser su alumno, en la licenciatura.

Por todo lo anterior, es un verdadero honor tener la oportunidad de participar en esta obra colectiva de homenaje en la que seleccionamos el tema que lleva por título el presente trabajo, en atención a la vinculación del homenajeado con la actividad académica en las materias laborales antes aludidas en diversas instituciones de educación superior durante casi medio siglo.

El planteamiento derivado del tema propuesto, implica en realidad abordar por lo menos cuatro temas distintos y luego relacionarlos entre sí; los cuales son: el derecho de huelga en general; el régimen jurídico-laboral aplicable a las universidades; el concepto y alcances de las expresiones servicios públicos y servicios esencia-

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

les; así como el régimen jurídico-laboral aplicable a los trabajadores al servicio del Estado; fundamentalmente el primero de los temas mencionados se relacionaría con cada uno de los tres siguientes, con el propósito de alcanzar conclusiones particulares.

Por otra parte, un análisis detallado y minucioso de cada tema, excedería los límites señalados para estas líneas, por lo que será necesario limitar los comentarios correspondientes a los aspectos fundamentales de cada.

II. Algunas consideraciones básicas sobre el derecho de huelga

El derecho de huelga constituye una de las tres instituciones fundamentales del derecho colectivo del trabajo, conjuntamente con los derechos de asociación sindical y el de contratación colectiva. Por otra parte, la huelga como tal, ha tenido una evolución histórica, cuyo conocimiento es indispensable para comprender el sentido y alcances de algunas disposiciones jurídicas vigentes, no solo en México, sino también en muchos otros países del mundo, en los cuales la evolución de esta figura jurídica, ha sido similar.

La llamada visión triangular del derecho colectivo del trabajo, ha sido expuesta en México, original y principalmente, por Mario de la Cueva,[1] quien a su vez, refiere a los especialistas laborales de algunos de los países europeos de mayor tradición en esta materia, como son Francia, Alemania e Italia; al respecto, refiere De La Cueva, que

> ...los maestros europeos reconocen que las instituciones del derecho colectivo del trabajo integran una unidad, una consecuencia natural de que fueron el resultado de la lucha obrera en defensa de la libertad, que posee dos dimensiones: el derecho a vivir como corporaciones humanas y el derecho a actuar para la realización de sus fines, esto es, la libertad sindical comprendió, desde un principio, la facultad de negociar colectivamente las condiciones de prestación de los trabajos, así como la posibilidad de utilizar los medios o ca-

[1] De La Cueva, Mario, *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, México, Porrúa, 1979, p. 216, t. II.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

> minos convenientes o necesarios para obligar a los empresarios a aceptar la contratación colectiva en condiciones justas.

Según el propio De La Cueva, la escisión del derecho colectivo del trabajo, en tres instituciones que pudieran declararse independientes entre sí, de manera que podría suprimirse alguna de ellas, "...destruye la esencia del derecho colectivo del trabajo", concretamente la eventual prohibición de la huelga, opina, "...nos regresaría al siglo pasado (se refiere al siglo XIX), cuando la celebración de un contrato colectivo dependía del sentido caritativo del empresario".

El mismo autor menciona que esta tesis fue expuesta en el primer Coloquio sobre Libertad Sindical en América Latina, organizado por la Oficina Internacional del Trabajo, de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), celebrado del 6 al 14 de septiembre de 1976, en la ciudad de México; uno de los aspectos prácticos más importantes de sostener la tesis de la visión triangular del derecho colectivo del trabajo, radica en determinar los alcances al respecto del Convenio 87 de la OIT, sobre libertad sindical, ya que el mismo fue ratificado por México y, por lo tanto, fue incorporado a nuestro derecho vigente, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y 6o. de la Ley Federal del Trabajo. Lo anterior significa que dicho ordenamiento internacional resulta aplicable, no sólo al principio de libertad sindical, y por tanto del derecho de asociación sindical, sino también a las otras dos instituciones del derecho colectivo del trabajo: la negociación y convención colectiva y el derecho de huelga.

Por su parte, el doctor Néstor De Buen Lozano, otro de los autores ya clásicos del derecho del trabajo en México, sostiene que la huelga puede ser considerada como un fenómeno social.

> Puede intentar, bien la mejoría, bien el cumplimiento de las condiciones de trabajo y en este caso tendrá carácter laboral. A veces se trata, simplemente, de un acto de protesta, como generalmente ocurre con la huelga estudiantil. En ocasiones es la manera de expresar

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

> el repudio a un régimen político y el medio para lograr el cambio en las estructuras de gobierno. Se trata entonces de la huelga de masas.[2]

No podemos dejar de citar el punto de vista al respecto del doctor Baltasar Cavazos Flores, para quien el derecho de huelga es el medio más eficaz, mediante el cual, se puede persuadir al empleador, para que cumpla con sus obligaciones, pues "Es el derecho fundamental de la clase trabajadora, irrestricto e irrenunciable".[3]

Por lo anterior, las autoridades del trabajo deben protegerlas para lograr el equilibrio entre los factores de producción; sin embargo, según el punto de vista del doctor Cavazos Flores, se corre el riesgo de que dicha protección sea exagerada,

> ...cuando se consienten peticiones que pueden acabar con las fuentes de trabajo, se provoca la inflación y la desconfianza en la inversión. De ahí la necesidad de una adecuada reglamentación de este derecho que permita a los trabajadores la satisfacción de sus anhelos, pero que también permita al empresario progresar, con justicia y libertad.[4]

Por lo que se refiere a la evolución de la huelga como fenómeno social, desde el punto de vista jurídico, los autores antes mencionados y otros más, coinciden en señalar que, en alguna época de la historia llegó a ser considerada como un delito sancionado por la legislación penal, citándose en el caso de México, lo dispuesto por el artículo 925, del Código Penal, de 1871; si bien, la interpretación de este precepto ha sido también materia de polémica, posteriormente, al derogarse los tipos delictivos de la legislación penal, el fenómeno huelga pasó a la categoría de los hechos jurídicos, tolerados por el Estado y por el orden jurídico, pero sin llegar a darle un reconocimiento explícito; más tarde, la huelga se convierte en un derecho y, por lo tanto, en un acto jurídico, cuando la legislación primero,

2 De Buen Lozano, Néstor, *Derecho del trabajo*, México, Porrúa, 1976, p. 729, t. II.

3 Cavazos Flores, Baltasar, *El nuevo derecho del trabajo mexicano*, México, Trillas, 1997, p. 478.

4 *Idem*.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

y las constituciones después, la reconocieron expresamente, como sucede en la actualidad en muchos países del mundo.

Concretamente, en el derecho vigente en México, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos la reconoce expresamente en el artículo 123, ahora apartado A, en sus fracciones XVII y XVIII, que establecen:

> XVII. Las leyes reconocerán como un derecho de los obreros y de los patronos, las huelgas y los paros.
> XVIII. Las huelgas serán lícitas cuando tengan por objeto conseguir el equilibrio entre los factores de la producción, armonizando los derechos del trabajo con los del capital….

Por su parte, la Ley Federal del Trabajo dedicó originalmente y en exclusiva, el título octavo a la reglamentación del derecho de huelga; y posteriormente, en las reformas de 1980, incorporó los principales aspectos procesales al capítulo XX, del título catorce, relativo al derecho procesal del trabajo como uno de los procedimientos laborales. Consideramos particularmente importante para efectos del reconocimiento explícito de la huelga como derecho y, por tanto, como acto jurídico, citar además de las ya mencionadas fracciones XVII y XVIII del artículo 123, apartado A, de la Constitución vigente, lo dispuesto por el artículo 4o., fracción II, en sus dos incisos de la Ley Federal del Trabajo, en los que se establece que se ofenden los derechos de la sociedad:

> a) Cuando declarada una huelga en los términos que establece esta Ley, se trate de sustituir a los huelguistas en el trabajo que desempeñan, sin haberse resuelto el conflicto motivo de la huelga...
> b) Cuando, declarada una huelga en iguales términos de licitud por la mayoría de los trabajadores de una empresa, la minoría pretenda reanudar las labores o siga trabajando.

Así como lo dispuesto por el artículo 449 de la propia ley laboral vigente, misma que señala:

> La Junta de Conciliación y Arbitraje y las autoridades civiles correspondientes deberán hacer respetar el derecho de huelga, dando

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

> a los trabajadores las garantías necesarias y prestándoles el auxilio que soliciten para suspender el trabajo.

De lo anterior, se advierte que el Estado y el orden jurídico no sólo están obligados a respetar el ejercicio del derecho de huelga, sino también a proteger y garantizarlo, aún frente a terceros, en teoría, incluso con el apoyo de la fuerza pública si fuera necesario; ciertamente, como en diferentes criterios lo señalan los autores de derecho del trabajo, el derecho de huelga, para ser considerado como un auténtico acto jurídico, debe de cumplir con los requisitos de fondo, forma y mayoría, que la propia Ley Federal del Trabajo establece; de otro modo, corre el riesgo de ser considerado como un hecho jurídico sin la garantía y protección del Estado, y del propio orden jurídico; o, incluso cuando los huelguistas incurren en actos de violencia, la suspensión de actividades puede calificarse de ilícita, y las conductas de los trabajadores violentos pueden llegar ser calificadas como delictivas.

Todo lo antes referido, comprende lo que pretendemos exponer como aspectos generales del derecho de huelga; por ello, en las líneas posteriores abordaremos, específicamente, los temas particulares que son materia de la forma en la que la legislación mexicana regula el correcto ejercicio jurídico de este derecho.

III. El régimen laboral aplicable a las universidades públicas autónomas

Este rubro requiere de algunas consideraciones preliminares y precisiones, antes de relacionarlo directamente con el ejercicio del derecho de huelga.

En efecto, esta temática requiere, al igual que otras, algunas consideraciones relativas a sus antecedentes, sin los cuales, la normatividad vigente no sería entendible; por ello, cabe señalar que al expedirse la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en 1917, y con ella el artículo 123, se establecieron los principios fundamentales del derecho mexicano del trabajo, sin que se ocupara de manera específica de algunas relaciones laborales de

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

características particulares, como sería el caso de las instituciones de educación superior, entre otras. La situación, de la entonces, Universidad Nacional de México, era la de ser una dependencia del gobierno Federal, concretamente del Poder Ejecutivo, ya que, al margen de la expedición de la ley del 26 de mayo de 1910, por medio de la cual se instituyó a la Universidad Nacional de México, se discutía el grado de libertad que dicha institución debía tener respecto del gobierno Federal, lo cierto fue, que en el artículo 3o., se establecía que, "El Ministro de Instrucción Pública y Bellas Artes será el jefe de la Universidad; el gobierno de ésta quedará, además, a cargo de un Rector y un Consejo Universitario".

Y agregándose en el artículo 4o., que "El Rector de la Universidad será nombrado por el Presidente de la República...".

De tal manera que sus relaciones internas seguían la misma suerte que la de los servidores públicos federales, los cuales, en aquella época eran considerados como sujetos de una relación de naturaleza administrativa y no como trabajadores sujetos del artículo 123 constitucional.

En 1929, la Universidad Nacional de México obtiene, del Estado, un régimen de autonomía, que desde entonces la convierte en una entidad de características particulares, en los términos de su primera ley orgánica, que la definía como una "corporación pública dotada de personalidad jurídica y patrimonio propios"; posteriormente, el Poder Legislativo Federal expidió nuevas leyes orgánicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, la última de las cuales, y que continúa vigente, data de 1945, la cual, considera a esa institución, como un "organismo público descentralizado del Estado, con personalidad jurídica y patrimonio propios".

En la novena edición de la obra *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, de Mario De La Cueva, publicada en enero de 1984, algunos años después del fallecimiento del maestro, el licenciado Urbano Farías, quien se ocupó de la actualización de dicha obra, hasta su lamentable y prematuro deceso el 13 de agosto de 1996 a la edad de 49 años, incorporó al tomo primero de la obra citada, un nuevo capítulo (el LIII), en el que se ocupó precisamente del tema del "Trabajo en las universidades e instituciones de educación su-

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

perior autónomas por Ley", refiriendo que, el propio Mario De La Cueva consideraba a la universidad como,

> ...una comunidad de cultura de hombres libres, en la que se busque y enseñe la verdad y en la que se preparen los estudiantes, los profesores y los investigadores a usar los conocimientos adquiridos en beneficio del hombre, de la familia, de la patria y de la humanidad, y a resolver los grandes problemas e interrogantes de su siglo.[5]

Por eso, para Mario De La Cueva, la normatividad relativa, particularmente a la Universidad Nacional Autónoma de México no contemplaba la existencia de relaciones de carácter laboral con sus miembros, sino, en todo caso, una especie de relación comunitaria.

Urbano Farías señala en su colaboración, que

> ...durante mucho tiempo, las universidades tuvieron una situación laboral imprecisa, que en gran medida se debió a la falta de definición del alcance de la autonomía que sus leyes de creación le habían otorgado. Así ocurrió que la declaración de autonomía se consideró incompatible con la consideración de trabajadores al servicio del Estado y por otro lado, resultaba difícil aplicar en general a las instituciones de cultura superior, disposiciones laborales que regulaban a empresas, principalmente de carácter mercantil o con fines lucrativos.[6]

Dicha imprecisión e indefinición jurídica propició que durante buena parte de los años setenta del siglo pasado, se suscitaran conflictos en torno a las actividades de la Universidad Nacional Autónoma de México, por lo que para resolver esta situación y después de un activo diálogo entre el gobierno Federal, con las autoridades universitarias y con las organizaciones de personal académico y administrativo que surgieron en esa época, se consideró conveniente en 1980, incorporar al artículo 3o. de la Constitución, particularmente a la entonces fracción VIII (actualmente VII), una fórmula jurídica que pretendía garantizar el ejercicio de la auto-

5 De La Cueva, Mario, *op. cit*., p. 597.

6 *Idem*.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

nomía universitaria, y precisar las modalidades de sus relaciones laborales, con la finalidad de hacer compatibles la autonomía y las finalidades de la educación superior, con los derechos laborales de los miembros del personal tanto académico como administrativo, lo cual derivó en el reconocimiento expreso de la naturaleza laboral de las relaciones entre las instituciones públicas de educación superior autónomas y quienes les prestan servicios, tanto de carácter académico como de naturaleza administrativa; el texto del precepto constitucional mencionado establece:

> Las universidades y las demás instituciones de educación superior a las que la ley otorgue autonomía, tendrán la facultad y la responsabilidad de gobernarse a sí mismas; realizarán sus fines de educar, investigar y difundir la cultura de acuerdo con los principios de este artículo, respetando la libertad de cátedra e investigación y de libre examen y discusión de las ideas; determinarán sus planes y programas; fijarán los términos de ingreso, promoción y permanencia de su personal académico; y administrarán su patrimonio. Las relaciones laborales, tanto del personal académico como del administrativo, se normarán por el apartado A del artículo 123 de esta Constitución, en los términos y con las modalidades que establezca la Ley Federal del Trabajo conforme a las características propias de un trabajo especial, de manera que concuerden con la autonomía, la libertad de cátedra e investigación y los fines de las instituciones a que esta fracción se refiere, y....

Complementariamente y en cumplimiento a la normatividad constitucional antes referida, el Congreso de la Unión determinó adicionar a la ley laboral citada con un capítulo más dentro del título sexto, relativo a los trabajos especiales, destinado precisamente a regular esta temática, la cual quedó como el número XVII, comprendiendo los artículos 353-J al 353-U. Sin entrar al análisis o comentario respecto de los diversos aspectos que regula dicho capítulo,[7] nos referiremos exclusivamente al que tiene relación directa con el ejercicio del derecho de huelga.

7 Marquet Guerrero, Porfirio, "La Universidad Nacional Autónoma de México y el derecho del trabajo. Reflexiones sobre un derecho del trabajo uni-

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Sin embargo, es importante precisar, que el ámbito de aplicación, tanto de la norma constitucional, como legal, no se extiende indiscriminadamente a todas las instituciones de educación superior, sino sólo a aquellas que tengan un carácter público, es decir, que su creación provenga de un acto materialmente legislativo, y cuyos recursos económicos tengan un origen público, así como que, por medio de un acto legislativo también, que puede ser el mismo de su creación, o uno posterior, hayan sido dotadas de un régimen de autonomía.

Lo anterior significa que no quedarían comprendidas en este marco normativo las instituciones privadas, a quienes se aplican las normas laborales generales contenidas en la Ley Federal del Trabajo, ni tampoco aquellas que siendo públicas, no estén legalmente dotadas de autonomía, sino que dependen del Estado, ya sea Federal o de alguna de las entidades federativas, en cuyo caso, resultaría aplicable la legislación laboral correspondiente, ya sea la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, si se trata de una institución de carácter federal, o la legislación burocrática local respectiva, si se refiere a una institución de educación superior creada por una norma estatal, y que forme parte de la estructura orgánica del gobierno de una entidad federativa determinada, cuyo fundamento constitucional data apenas de las reformas de 1983 y 1987 a los artículos 115, fracción VIII, segundo párrafo; y 116, fracción VI, de la propia Constitución, en cuyos respectivos textos se establece:

> Artículo 115. Los Estados adoptarán para su régimen interior, la forma de gobierno republicano, representativo, popular, teniendo como base de su división territorial y de su organización política y administrativa, el Municipio Libre, conforme a las bases siguientes:
> VIII....Las relaciones de trabajo entre los municipios y sus trabajadores, se regirán por las leyes que expidan las legislaturas de los estados, con base en lo dispuesto por el artículo 123 de esta Constitución, y sus disposiciones reglamentarias.
> Artículo 116. El poder público de los estados se dividirá, para su ejercicio, en Ejecutivo, Legislativo y Judicial, y no podrán reunirse

versitario", *Temas de derecho del trabajo*, México, Secretaría de Gobernación, 2006, pp. 25-74.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

> dos o más de estos poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el Legislativo en un solo individuo.
> Los Poderes de los Estados se organizarán conforme a la Constitución de cada uno de ellos, con sujeción a las normas siguientes:
> VI. Las relaciones de trabajo entre los estados y sus trabajadores, se regirán por las leyes que expidan las legislaturas de los estados con base en lo dispuesto por el artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y sus disposiciones reglamentarias.

El contenido de cada legislación estatal, dependerá entonces de lo que determine su respectiva legislatura, pero dentro del marco de referencia del artículo 123, de la propia Constitución.

Hecha la precisión anterior, cabe señalar, que el capítulo XVII del título sexto de la Ley Federal del Trabajo sólo establece dos modalidades específicas para el ejercicio del derecho de huelga en el ámbito de las instituciones universitarias públicas y autónomas; una que se refiere al término de antelación mínimo del emplazamiento que se fija en 10 días, equiparándolo tácitamente a los casos de servicios públicos. El otro, relativo a la determinación de los trabajadores que deben continuar laborando aún en la etapa del suspensión de actividades, mejor conocido como estallamiento de la huelga, a efecto de preservar la buena marcha de una investigación o un experimento en curso; ambas modalidades están previstas en el artículo 353-R, de la Ley Federal del Trabajo que textualmente establece:

> En el procedimiento de huelga el aviso para la suspensión de las labores deberá darse por lo menos con diez días de anticipación a la fecha señalada para suspender el trabajo.
>
> Además de los casos previstos por el artículo 935, antes de la suspensión de los trabajos, las partes o en su defecto la Junta de Conciliación y Arbitraje, con audiencia de aquéllas, fijarán el número indispensable de trabajadores que deban continuar trabajando para que sigan ejecutándose las labores cuya suspensión pueda perjudicar irreparablemente la buena marcha de una investigación o un experimento en curso.

De lo antes expuesto, se advierte que el ejercicio del derecho de huelga en el ámbito de las instituciones comentadas, es práctica-

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

mente igual al de cualquier otro patrón, salvo que se les equipara a una empresa de servicios públicos, con lo cual estas instituciones no tienen ninguna ventaja significativa respecto de cualquier otro patrón; no obstante lo anterior, las instituciones ganaron en seguridad jurídica, ya que antes de 1980, cuando entraron en vigor estas disposiciones, no se reconocía con claridad ninguna normatividad específica aplicable, lo que permitía que algunos grupos de universitarios invocaran las denominadas por ellos mismos, huelgas constitucionales, término que se empleaba para pretender justificar la inaplicabilidad de cualquier norma legal expresa, lo que propiciaba el desorden e inseguridad jurídica.

Sin embargo, para algunos autores, particularmente nos referimos al profesor Baltasar Cavazos Flores, quien impartiera cátedra sobre las diversas asignaturas de derecho del trabajo, tanto en la facultad de derecho de la UNAM como en otras instituciones de educación superior estatales y autónomas, públicas y privadas durante más de cuatro décadas, autor de decenas de obras de texto y de consulta sobre la materia, consideraba que las huelgas en las universidades eran una verdadera traición. En efecto, en un estudio elaborado particularmente sobre este tema, el doctor Cavazos afirmaba que "...el derecho de huelga es la garantía de un Estado democrático, ya que en los países totalitarios dicho derecho no existe y el Estado repudia las huelgas y las sofoca"; decía también que "...resulta indispensable aclarar que el abuso del derecho de huelga conduce, irremisiblemente a la anarquía y al libertinaje", que "...es conveniente precisar que en un país capitalista, o *cuasi*-capitalista, como el nuestro, el derecho de huelga es el derecho supremo de la clase trabajadora"; pero también señalaba que "...el derecho de huelga es un derecho sumamente relativo que mucho ha variado tanto en el tiempo como en el espacio", por lo que, como su punto de vista personal manifestó: "...nos pronunciamos a favor del derecho de huelga, pero sólo en los casos de verdadera intransigencia patronal, en última instancia y después de haber agotado todas las posibilidades conciliatorias", calificando a la huelga como "...un mal necesario".[8]

[8] Cavazos Flores, Baltasar, *Las huelgas en las universidades. Una traición*, México, Trillas, 1991, pp. 15 y ss.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Específicamente en relación con la huelga en las universidades, el doctor Cavazos Flores expresaba que,

> En la práctica, las huelgas que se han planteado en contra de las universidades son más bien de tipo político que de naturaleza económica. Las autoridades del trabajo nunca han resuelto huelga alguna, ya que las partes en conflicto, tarde o temprano, finalmente llegan a un convenio por el cual se da por terminado el derecho de huelga, con grandes perjuicios, muchos de ellos irreversibles, para los propios trabajadores, para la universidad y, sobre todo, para los estudiantes que en ocasiones han tenido más días de holganza que de clases, lo que necesariamente redunda en una pésima preparación académica.

Por lo que, considerando

> ...que la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje, que sería la autoridad competente para conocer sobre esta clase de conflictos, jamás ha resuelto una huelga universitaria, pensamos que resulta inaplazable crear un Tribunal Universitario de Conciliación y Arbitraje que se encargue de la conciliación y, en su caso, de la resolución de los problemas universitarios sin necesidad de que previamente se suspendan las labores y clases.

Este tribunal que estaría integrado en forma plural "...por los representantes de todos los segmentos universitarios: de estudiantes, de trabajadores de todas clases y de maestros", proponiendo que tuviera facultades para conciliar, mediar y arbitrar.[9]

Como puede advertirse, la problemática expuesta por el doctor Cavazos coincide con las principales inquietudes de otros laboralistas y universitarios, y su propuesta en el fondo se identifica con el denominado arbitraje obligatorio, que en el pasado ha sido tema de polémicas irresolubles. En términos esencialmente prácticos, el principal motivo de preocupación de los universitarios en relación al ejercicio del derecho de huelga y sus efectos se refiere al tiempo en el que se suspenden las actividades académicas, principal-

9 *Ibidem*, pp. 20 y 21.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

mente las docentes, ya que ese tiempo difícilmente se "recupera"; y cuando la suspensión es prolongada, esa pérdida de tiempo es irrecuperable, en especial para las nuevas generaciones de estudiantes que tienen que esperar a que se solucione el conflicto para continuar sus estudios universitarios, y con ello su proceso de formación académica y profesional.

Las soluciones adoptadas en la Ley Federal del Trabajo al incorporarse en 1980 el capítulo XVII al título sexto, históricamente han demostrado ser efectivas, ya que se establecieron las labores de conservación y preservación de las investigaciones y experimentos en curso en el artículo 353-R, que evitan daños irreparables en esta faceta de la actividad académica universitaria; por otra parte, la voluntad política de los sujetos de las relaciones laborales universitarias se ha manifestado positivamente en la mayor parte de los conflictos posteriores a la mencionada reforma, de tal suerte que han sido pocos los conflictos en los que se ha llegado a la suspensión de labores.

La idea del doctor Cavazos, respecto del Tribunal Universitario de Conciliación y Arbitraje, en cierta forma está contemplado en los artículos 353-S y 353-T de la Ley Federal del Trabajo, en los que se establece que funcionarán juntas especiales de la Federal de Conciliación y Arbitraje en las que estén representadas cada una de las instituciones públicas autónomas de educación superior, así como cada uno de los gremios que participan en el trabajo universitario: los académicos y los administrativos de cada institución, sin que en este caso se dé intervención al sector estudiantil que no tiene participación directa en las relaciones laborales.

Podemos concluir que, sin perjuicio de que, como toda normatividad, la aplicable al trabajo universitario es perfectible, hasta ahora ha funcionado relativamente bien y ha permitido que nuestras universidades y demás instituciones públicas y autónomas de educación superior funcionen razonablemente bien, de tal manera que los problemas que actualmente se debaten se ubican mayormente en temas de seguridad social, en especial en lo relativo al retiro, que en cuestiones esencialmente laborales.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

IV. Los servicios públicos y los servicios esenciales

El análisis del concepto de servicios públicos y el de servicios esenciales, correspondería al ámbito del derecho administrativo y, en consecuencia, saldría de los límites de estas líneas; sin embargo, la idea sería la de referirlo a la relación de este concepto con el derecho del trabajo y más específicamente con el ejercicio del derecho de huelga.

Respecto de estos conceptos, el doctor José Dávalos Morales comenta que,

> Generalmente se tiende a identificar servicios públicos y servicios esenciales o se confunde el ejercicio de la huelga en los servicios esenciales con la huelga de los funcionarios públicos. Sin embargo, no podemos dejar de lado el hecho de que el Estado primero dejó de concentrar los *cometidos esenciales del Estado,* para asumir actividades que eran reservadas a los particulares, mientras que en diversos regímenes, la empresa privada asumió o reasumió actividades de alto interés y esencialidad. El resultado de esto es que no todos los servicios brindados por el Estado son esenciales, en tanto que pueden serlo algunos de los proporcionados por las empresas privadas.[10]

Por lo anterior, concluye que "...es muy difícil distinguir el ejercicio de la función pública y de la función privada para los efectos de la aplicación del derecho de huelga, es difícil tender una línea divisoria entre uno y otro".[11]

El doctor Dávalos apunta acertadamente, apoyándose en criterios de la Organización Internacional del Trabajo, particularmente del Comité de Libertad Sindical, qué servicios públicos son los que proporcionan los órganos de poder público, en tanto que los servicios esenciales, son aquéllos cuya interrupción podrían poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de las personas en todo o en parte de

10 Dávalos Morales, José, "La huelga en los servicios esenciales", *Temas de derecho del trabajo*, México, Secretaría de Gobernación, 2006, p. 16.

11 *Idem*.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

la población, no importando en este caso, que esos servicios sean prestados por instituciones públicas o privadas.[12]

En el derecho mexicano del trabajo vigente no hay mención expresa de los servicios esenciales, pero sí, el de servicios públicos en el artículo 123, apartado A, fracción XVIII, de la Constitución, que en su parte conducente dice: "En los servicios públicos será obligatorio para los trabajadores dar aviso, con diez días de anticipación, a la Junta de Conciliación y Arbitraje, de la fecha señalada para la suspensión del trabajo".

Asimismo, en la Ley Federal del Trabajo se hace mención de esta idea en el artículo 920, fracción III, establece:

> El aviso para la suspensión de las labores deberá darse por lo menos, con seis días de anticipación a la fecha señalada para suspender el trabajo y con diez días de anticipación cuando se trate de servicios públicos, observándose las disposiciones legales de esta Ley. El término se contará a partir del día y hora en que el patrón quede notificado.

En concreto, es el artículo 925 de la misma ley laboral el que indica que para los efectos del capítulo del procedimiento de huelga,

> ...se entiende por servicios públicos los de comunicaciones y transportes, los de luz y energía eléctrica, los de limpia, los de aprovechamiento y distribución de aguas destinadas al servicio de las poblaciones, los de gas, los sanitarios, los de hospitales, los de cementerios y los de alimentación, cuando se refieran a artículos de primera necesidad, siempre que en este último caso se afecte alguna rama completa del servicio.

De la lectura de las disposiciones anteriores, se advierte que, al margen de considerar la conveniencia de revisar los criterios que permitan precisar la diferencia específica entre servicios públicos y servicios esenciales, el trato diferencial de cualquiera de los conceptos anteriores respecto de los demás casos, considerados como

12 *Ibidem*, pp. 16 y 17.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

generales es muy relativo, pues la diferencia entre seis o diez días de antelación del emplazamiento respecto de la fecha de suspensión de las labores, coloquialmente conocida como el estallamiento de la huelga, no representa una ventaja importante para la empresa que es emplazada con una antelación ligeramente mayor; en todo caso lo que habría que analizar, es la conveniencia de establecer otras modalidades al ejercicio del derecho de huelga, tratándose de servicios públicos, así como, si cabe diferenciar entre servicios públicos y servicios esenciales, a efecto de que se les diera un tratamiento jurídico diferente, particularmente se trataría de modalidades que implicaran que algunas actividades específicas no fueran suspendidas una vez estallada formalmente la huelga, o bien que se determinara un número de trabajadores que tendría que continuar laborando aún en el periodo antes aludido.

El trato que se da a este tema en otras legislaciones, particularmente en España y en algunos países de América Latina, es relativamente similar; en la obra colectiva denominada *La huelga en Iberoamérica*, coordinada por el tratadista peruano Mario Pasco Cosmópolis, se encuentran algunas precisiones específicas, de las cuales se comentan ejemplificativamente las siguientes:

En España, Alfredo Montoya Melgar señala el artículo 28.2 de la Constitución, que reconoce el derecho de huelga, impone el respeto de los servicios esenciales de la comunidad, y precisa que

> ...tales servicios son aquellos necesarios para garantizar la efectividad de derechos fundamentales y bienes protegidos constitucionalmente, que se consideran prioritarios respecto del derecho de huelga. El derecho de huelga y esos otros derechos constitucionales se enfrentan, imponiéndose una coordinación entre ellos que evite la pura y simple anulación de un derecho por otro.
>
> Dicho de otro modo, la huelga no puede suprimir esos servicios esenciales, pero tampoco los servicios esenciales pueden llegar a bloquear radicalmente la posibilidad de huelga.[13]

[13] Montoya Melgar, Alfredo, "La huelga en España", en Pasco Cosmópolis, Mario (coord.), *La huelga en Iberoamérica*, Lima, Aele, 1996, p. 112.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

En España, corresponde a la autoridad gubernativa fijar, con carácter genérico, los servicios que la huelga ha de respetar, en tanto que la adscripción de concretos trabajadores al desempeño de esos servicios es función que compete al empresario, "...que no tiene en su decisión otro límite que el impuesto por la prohibición de actuar arbitrariamente";[14] no obstante lo anterior, el propio Montoya Melgar, afirma que la vigente regulación del régimen de los servicios esenciales adolece de inconcreción y "da pie a prácticas administrativas viciosas y permite una confusa situación de dualidad jurisdiccional"; sin embargo, estima que el proyecto de Ley Orgánica de Huelga que se intentó expedir en 1993, hubiera solucionado menos problemas de los que creaba.[15]

Mario E. Ackerman señala: "...la única regulación real del ejercicio del derecho de huelga en Argentina es la dictada para los servicios esenciales para la comunidad", agregando que, "...el criterio adoptado no ha sido el de prohibir la huelga en los servicios esenciales sino el de reglamentar su ejercicio".[16] Refiere este autor, en relación a este asunto, que el Poder Ejecutivo dictó el Decreto 2184/90, el 17 de octubre de 1990, en el que se establecieron como elementos e instrumentos principales: la definición de un ámbito de aplicación, la exigencia de un aviso previo, el consecuente agotamiento de una instancia conciliatoria y la garantía de servicios mínimos, que se complementan con sanciones y otras medidas para el supuesto de incumplimiento de las obligaciones que se imponen a las partes.

Es interesante mencionar el ámbito de aplicación que establece el decreto citado: genéricamente aquellos cuya interrupción total o parcial pueda poner en peligro la vida, la salud, la libertad o la seguridad de parte de la población o de las personas y, en particular, los servicios sanitarios y hospitalarios; el transporte público; la producción y distribución de agua potable, energía eléctrica, gas y otros combustibles; los servicios de telecomunicaciones; la

14 *Idem*.

15 *Idem*.

16 Ackerman, Mario E., "La huelga en Argentina", en Pasco Cosmópolis, Mario (coord.), *La huelga en Iberoamérica*, Lima, Aele, 1996.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

educación primaria, secundaria, terciaria y universitaria; la administración de justicia, a requerimiento de la Corte Suprema de Justicia; así como, en general, todos aquellos en los que la extensión, duración u oportunidad de la interrupción del servicio o actividad pudiera poner en peligro la vida, salud, libertad o seguridad de toda la comunidad o de parte de ella, mediante calificación por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. En el mismo decreto, se establece el deber de mantener una cuota de actividad con la finalidad de satisfacer las necesidades esenciales de las que la sociedad no debe quedar privada, las cuales pueden ser determinadas por convenio colectivo o durante el preaviso, en el entendido de que, a falta de acuerdo o discrepancia de la autoridad con lo convenido por las partes, la modalidad de la prestación de los servicios mínimos es establecida por la propia autoridad laboral. Los trabajadores en particular son designados por el empleador.

Finalmente, si la huelga se efectúa sin respetar la prestación de los servicios mínimos convenidos o establecidos por la autoridad laboral, ésta someterá el conflicto a arbitraje obligatorio.[17]

La reglamentación del tema en comento en otros países de Iberoamérica es similar, ya que, de una manera u otra, generalmente se establece la obligación de un aviso previo y la consecuente oportunidad conciliatoria; el señalamiento de trabajadores que deben continuar laborando aun durante el período de suspensión de labores o estallamiento de la huelga; así como en algunos casos, el establecimiento de un arbitraje obligatorio.

V. La huelga en el régimen jurídico-laboral de los trabajadores al servicio del Estado

En México este régimen está contenido constitucionalmente en el apartado B, del artículo 123; y legalmente, en la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado: en particular, en materia del derecho de huelga, la fracción X, de la citada disposición constitucional establece en su parte conducente que los trabajadores podrán:

17 *Ibidem*, p. 23.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

> ...hacer uso del derecho de huelga previo el cumplimiento de los requisitos que determine la Ley, respecto de una o varias dependencias de los poderes públicos cuando se violen de manera general y sistemática los derechos que este artículo les consagra.

De la sola lectura de la disposición constitucional citada, se advierten varias conclusiones específicas: la primera consiste en el reconocimiento expreso del derecho de huelga a favor de los trabajadores al servicio del Estado, lo que se desprende de la expresión "... Podrán, asimismo, hacer uso del derecho de huelga"; la segunda se traduce en la implícita reglamentación que habría de establecer la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, la cual deriva de las disposiciones del apartado B en su conjunto, por lo que el poder revisor de la Constitución dejó que fuera el legislador ordinario el que determinara los requisitos de procedencia para que la huelga, en este ámbito de aplicación, pudiera ser considerada como acto jurídico y consecuentemente, materia de respeto, protección y garantía del Estado y del orden jurídico; la tercera establece la posibilidad de que, la huelga en este ámbito de acción, pueda limitarse a una, o se extienda a varias dependencias de los poderes públicos; finalmente la cuarta establece requisitos de fondo que se traducen en causales específicas y limitativas a la hipótesis de que "...se violen de manera general y sistemática los derechos que este artículo les consagra", es decir, los propios derechos laborales fundamentales individuales, colectivos y de seguridad social, hipótesis en sí misma de muy difícil realización, lo cual explica que en la práctica, en más de cuatro décadas no se haya producido una huelga de trabajadores al servicio del Estado, sujetos al apartado constitucional que se comenta, independientemente de los requisitos adicionales, fundamentalmente de carácter formal que agrega la ley reglamentaria ya citada.

Por su parte, la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado se ocupa de la huelga en sus artículos 92 al 109, en los cuales se establecen requisitos y condiciones adicionales a los que se desprenden exclusivamente del texto constitucional; dichos requisitos y condiciones son esencialmente los siguientes:

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

1) Se establece como requisito previo, que se emita una declaración de huelga por las dos terceras partes de los trabajadores de la dependencia afectada. Este requisito está previsto por los artículos 93 y 99, fracción II, de la ley en comento.
2) Se señala también como condición previa, que los trabajadores presenten al presidente del Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje, antes de suspender las labores, su pliego de peticiones con la copia del acta de la asamblea en que se haya acordado declarar la huelga.
3) El Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje decidirá si la huelga es legal o ilegal, según establece el artículo 101 de la ley antes citada.
4) Que transcurra un plazo de 10 días, entre la presentación del pliego y la suspensión de labores, sin que se hubiese llegado a un entendimiento entre las partes.
5) Independientemente de lo anterior y en el supuesto de que el tribunal haya resuelto que la huelga es legal,

> ...fijará el número de trabajadores que los huelguistas estarán obligados a mantener en el desempeño de sus labores, a fin de que continúen realizándose aquellos servicios cuya suspensión perjudique la estabilidad de las instituciones, la conservación de las instalaciones o signifique un peligro para la salud pública. (Según determina el artículo 109 de la propia ley que se comenta).

6) Que la huelga se limite al mero acto de la suspensión del trabajo.

La propia Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado determina las sanciones en caso de incumplimiento de alguno de los requisitos o condiciones antes referidos, las cuales pueden consistir en emitir una prevención, si la declaratoria se califica de ilegal; el cese de los huelguistas si calificada la ilegalidad se suspenden las labores; o bien, si las labores se suspenden antes de los diez días del emplazamiento, se requerirá a los trabajadores huelguistas para que reanuden labores en un plazo de 24 horas. Lo anterior está previsto en los artículos 104, 105 y 103, respectivamente.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Como puede observarse, la normatividad que rige el ejercicio del derecho de huelga para los trabajadores al servicio de los poderes de la Unión, tanto por lo que se refiere a los aspectos sustantivos como a los de carácter procesal, hace prácticamente inviable que pueda ejercerse este derecho, si bien en teoría no es imposible.

VI. Consideraciones finales y conclusiones

Primera. En la actualidad, la generalidad de los países reconocen a la huelga como un derecho, el cual está incorporado a las constituciones nacionales. Se le considera por tanto, como un acto jurídico respetado, protegido y garantizado por el Estado y por el orden jurídico, en la medida en que se ejerce dentro de los lineamientos, requisitos, condiciones y procedimientos que la normatividad respectiva establece.

Segunda. La generalidad de los países también acotan el ejercicio del derecho de huelga al sujetarlo, precisamente, a requisitos, condiciones y procedimientos, sin cuyo cumplimiento genera la aplicación de sanciones, lo que conlleva la calificación de los movimientos de huelga como inexistentes, ilícitos, ilegales o improcedentes, calificaciones que implican el requerimiento a los trabajadores para que no suspendan las labores, o para que las reanuden en su caso, así como también en algunos casos, se traduce en disoluciones inmediatas de las relaciones de trabajo, especialmente cuando los huelguistas ejercen actos violentos en contra de las personas o las propiedades.

Tercera. Un número creciente de países se refieren al concepto de servicios esenciales para la comunidad, determinando que su disfrute constituye un derecho constitucional de los miembros de la comunidad, de tal forma que los movimientos de huelga no deben afectarlos porque se vulneran derechos de terceros, o se afecta la estabilidad misma del Estado. Puede mencionarse el caso de Argentina, España y Uruguay, que con diversos matices se ocupan de este concepto. Sería conveniente que nuestra normatividad lo incorporara, específicamente en la fracción XVIII, del apartado A, del artículo 123 constitucional, a efecto de evitar cualquier con-

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

troversia de inconstitucionalidad, suponiendo que el concepto se incorporara a nivel legal, haciendo referencia específica a la Ley Federal del Trabajo.

Cuarta. Respecto de la situación de las universidades y demás instituciones públicas de educación superior dotadas de autonomía, sería conveniente asimilar o equiparar a la educación en general, así como en particular a la primaria, secundaria, bachillerato y educación superior, como un derecho esencial para la comunidad, en especial tratándose de los países llamados subdesarrollados, en vías de desarrollo, o emergentes, según el enfoque que se pretenda dar, ya que la interrupción de los procesos educativos en estos países, genera retrasos irremediables en su desarrollo, lo cual afecta su competitividad internacional en el mundo ahora globalizado.

Quinta. Sería conveniente también, generalizar los plazos mayores entre la fecha de emplazamiento de las huelgas y las de suspensión de actividades o *estallamiento de la huelga*, a efecto de favorecer las soluciones conciliatorias, únicas que eviten resentimientos sociales posteriores.

Sexta. Es importante también, precisar la normatividad que permita que al estallar las huelgas, la autoridad laboral respectiva pueda designar a los trabajadores que deban continuar laborando, lo que en el caso de las instituciones educativas en comento, comprendería a las actividades docentes y eventualmente a las de investigación, cuando se corra el riesgo de afectar la continuidad de un experimento en curso. Habría que analizar la situación de las actividades relacionadas con la difusión de la cultura y con las tareas administrativas.

Séptima Sería conveniente analizar cuidadosamente la posibilidad de incorporar mecanismos de arbitraje o jurisdicción obligatoria, para el supuesto de que la duración de la suspensión de las labores no protegidas en los términos de la conclusión anterior, se prolongaran por un tiempo tal, que amenazaran con afectar de manera importante e irreparable las responsabilidades de estas instituciones.

Octava. En el caso del régimen laboral de los trabajadores al servicio del Estado en México, las disposiciones, tanto del artículo 123, apartado B, fracción X, como de la Ley Federal de los Tra-

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

bajadores al Servicio del Estado, reglamentaria de aquél, hace que el ejercicio del derecho de huelga sea prácticamente inviable; sin embargo, sería interesante analizar algunos de los aspectos reglamentarios que pudieran considerarse para otros escenarios laborales, específicamente nos referimos al pronunciamiento previo de la mayoría de los trabajadores susceptibles de ser afectados por la huelga, así como a la determinación del pronunciamiento de una mayoría especial, como la que establece el artículo 99, fracción II, de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, que establece como requisito que la decisión de suspender las labores cuente con el apoyo de las dos terceras partes de los trabajadores de la dependencia afectada; lo anterior, independientemente, y sin perjuicio de lo expresado en la conclusión anterior.

VII. Bibliografía

Ackerman, Mario E., "La huelga en Argentina", en Pasco Cosmópolis, Mario (coord.), *La huelga en Iberoamérica*, Lima, Aele, 1996.

Buen Lozano, Néstor De, *Derecho del trabajo*, México, Porrúa, 1976, t. II.

Cavazos Flores, Baltasar, *El nuevo derecho del trabajo mexicano*, México, Trillas, 1997.

———, *Las huelgas en las universidades, una traición*, México, Trillas, 1991.

Cueva, Mario De La, *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, México, Porrúa, 1979, t. I.

Dávalos Morales, José, "La huelga en los servicios esenciales", *Temas de derecho del trabajo*, México, Secretaría de Gobernación, 2006.

Farías, Urbano, "Trabajo en las instituciones de educación superior autónomas por Ley", en De La Cueva, Mario, *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, México, Porrúa, 1979, t. I.

Marquet Guerrero, Porfirio, "La Universidad Nacional Autónoma de México y el derecho del trabajo. Reflexiones sobre un de-

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

recho del trabajo universitario", *Temas de derecho del trabajo*, México, Secretaría de Gobernación, 2006.

Montoya Melgar, Alfredo, "La huelga en España", en Pasco Cosmópolis, Mario (coord.), *La huelga en Iberoamérica*, Lima, Aele, 1996.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA EN EL DERECHO LABORAL MEXICANO

Arturo Martínez y González*

El derecho del trabajo es quizá la disciplina de la ciencia jurídica más reciente, dinámica y cambiante, ya que, sobre todo, trata de ajustarse a las transformaciones y exigencias sociales del país, circunstancia que día a día confirma su autonomía y la solidez de sus principios fundamentales.
Hugo Ítalo Morales
Rafael Tena Suck

Sumario: I. *Introducción*. II. *La sustitución patronal*. III. *Concepto*. IV. *Jurisprudencia*. V. *La tercerización, subcontratación y/o* outsourcing. VI. *Concepto*. VII. *Jurisprudencia*. VIII. *A modo de conclusión*. IX. *Bibliografía*.

I. Introducción

Hemos recibido con profunda satisfacción la amable invitación de la Sociedad Mexicana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, por conducto de su presidenta, la doctora Patricia Kurczyn,

* Doctor en derecho y titular de las cátedras de derecho del trabajo individual, colectivo y procesal en la Universidad La Salle, en la ciudad de México. Presidente honorario internacional de la Asociación Iberoamericana del Derecho del trabajo y de la Seguridad Social, *amartinez@martinezygonzalez.com.mx*.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

así como del doctor Rafael Tena Suck para participar con un trabajo en la obra colectiva dedicada al maestro Hugo Ítalo Morales Saldaña, por lo que aprovecho la ocasión para agradecer en todo lo que vale la oportunidad que se me brinda para participar en la misma.

El agradecimiento también lo expreso, por la amistad que siento por Hugo Ítalo Morales desde hace muchos años, por lo que aprecio en todo lo que vale la oportunidad de adherirme al homenaje muy merecido de tan eximio maestro que ha dado parte de su vida al mundo del derecho del trabajo, no sólo en nuestro país, sino en toda Iberoamérica, así como en la Organización Internacional de Trabajo, quien con su bonhomía, esfuerzo y dedicación nos ha marcado el rumbo a seguir; expreso en estas breves líneas mi profundo reconocimiento de siempre a mi maestro y amigo.

En cuanto al tema que hemos seleccionado para que forme parte de la obra en homenaje al doctor Hugo Ítalo Morales Saldaña, consideramos de importancia, hablar sobre un aspecto del que poco se hace referencia, como lo es "La responsabilidad solidaria en el derecho laboral mexicano", principalmente en dos figuras como son: la sustitución patronal y la tercerización, subcontratación (*outsourcing*), instituciones que se han prestado frecuentemente para defraudar los derechos del hombre que trabaja.

Por lo que respecta a la responsabilidad, de acuerdo al *Diccionario de la Lengua Española*, debemos entender por ella la deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otro a consecuencia de delito, de una culpa o de otra causa legal.

Para Néstor De Buen, la responsabilidad resulta del juego normal de las obligaciones y derechos de la relación laboral, la llama también responsabilidad contractual, manifestando dicho tratadista que "la responsabilidad siempre tendrá el carácter de consecuencia respecto de una obligación principal incumplida o de un riesgo creado".[1]

En cuanto a ser solidario, el diccionario al que nos hemos referido en este apartado, establece que es el adherido o asociado a la

[1] De Buen, Néstor, *Derecho del trabajo*, 9a. ed., México, Porrúa, 1994, p. 604, t. I.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

causa, empresa y opinión de otro. Se aplica en derecho a las obligaciones contraídas *in solidum* y a las personas que las contraen.[2]

La solidaridad se presenta cuando hay pluralidad de acreedores, deudores, o de ambos, en una obligación y, no obstante, ser divisible el objeto de esta, cada acreedor puede exigir el todo del objeto y cada deudor pagar todo el objeto; existe solidaridad pasiva si hay pluralidad de deudores y un solo acreedor;[3] por su parte, el Código Civil establece en su artículo 1987:

> Además de la mancomunidad habrá solidaridad activa, cuando dos o más acreedores tienen derecho para exigir, cada uno de por sí, el cumplimiento total de la obligación y solidaridad pasiva cuando dos o más deudores reporten la obligación de prestar, cada uno de por sí, en su totalidad, la prestación debida.[4]

En tal virtud, la responsabilidad solidaria es aquella que se comparte en su integridad, para todos los efectos con otros corresponsables o codeudores.[5]

II. La sustitución patronal

Esta figura, al igual que la suspensión de los efectos de la relación individual de trabajo, y que son privativas del derecho del trabajo, están ligadas al principio toral de esta rama del derecho que es la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, la que según Mario De La Cueva, comprende dos modalidades: "la permanencia o duración indefinida de los contratos de trabajo por una parte y por la otra en la necesidad de una causa legítima para su disolución".[6]

2 *Ibidem*, p. 1899.

3 Gutiérrez, Ernesto, *Derecho de la obligaciones*, 2a. ed., México, Cajica, 1965, pp. 690 y 691.

4 Agenda Civil del Distrito Federal, México, ISEF, 2004, p. 208.

5 Palomar, Juan, *Diccionario para juristas*, México, Mayo Ediciones, 1981, p. 1188.

6 De La Cueva, Mario, *Derecho mexicano del trabajo*, 8a. ed., México, Porrúa, 1964, p. 755, t. I.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Consideramos que la permanencia de las relaciones individuales de trabajo constituye la naturaleza misma de este principio, por eso nuestra legislación laboral acogió el principio de la

> duración indefinida de la relación individual de trabajo, mientras subsistan las causas y materia que le dieron origen, entendiéndose por causas el conjunto de circunstancias que motivan la prestación de servicios, y por materia de trabajo el objeto al cual es aplicada la actividad del trabajador.

Tan es así, que la Ley Federal del Trabajo vigente, en el artículo 35, cuando se refiere al tipo de relaciones laborales, señala que, "a falta de estipulación expresa, la relación individual de trabajo será por tiempo indeterminado".[7]

Siguiendo los lineamientos anteriores es interesante lo señalado por Ramírez Gronda, al señalar que "el contrato de trabajo tiene una vocación de continuidad, aspira a proseguir en el tiempo tanto como sea posible".[8]

La continuidad del contrato de trabajo le da protección al laborante, reflejándose también en el campo económico-social; en efecto, Héctor Escribar nos señala que:

> para el que trabaja representa la seguridad de una ocupación duradera, y posiblemente estable hasta tener el límite de edad de retiro, de su jubilación, y durante esa época la seguridad económica para su familia. Para el patrón la estabilidad representa la mejor manera de poder contar con un elemento apegado a la empresa y cada vez más conocedor de la producción y técnica de la negociación.[9]

De igual manera, dicha estabilidad es importante desde el punto de vista social, justificándose plenamente en virtud de que, en primer lugar el empleo, por regla general, es el único patrimonio con el que cuenta el trabajador, de ahí la necesidad de protegerlo;

7 Ley Federal del Trabajo, México, ISEF, 2008, p. 9.

8 Ramírez, Juan, *El contrato de trabajo*, Buenos Aires, Ideas, 1945, p. 579.

9 Escribar, Héctor, "La estabilidad en el empleo", *Revista de Derecho Privado,* Chile, núm. 6, abril-junio de 1967, p. 15.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

segundo, porque gracias a un empleo estable, el trabajador logra mayores beneficios, prestaciones y prorrogativas en una fuente de trabajo; y tercero, gracias a la estabilidad se combate frontalmente ese tremendo mal que aqueja a las economías, que es el desempleo.

Por otra parte, la necesidad de una causa legítima para la disolución de la relación laboral viene a ser una de las principales protecciones al principio de estabilidad en el empleo, ya que el patrón no puede disolver las relaciones individuales de trabajo, sino en los casos expresamente previstos en la ley.

La sustitución patronal, cuyo estudio es parte de este trabajo, es una de las instituciones que fortalece el principio de estabilidad en el empleo, pues no por un cambio total o parcial de una empresa se terminan las relaciones individuales de trabajo.

De acuerdo al *Diccionario de la Lengua* Española, la sustitución "es la acción y efecto de sustituir, que significa poner a una persona o cosa en lugar de otra".[10]

La Ley Federal del Trabajo vigente se refiere expresamente a este instituto laboral, precisamente en su artículo 41, que se transcribe:

> La substitución de patrón no afectará las relaciones de trabajo de la empresa o establecimiento. El patrón substituido será solidariamente responsable con el nuevo por las obligaciones derivadas de las relaciones de trabajo y de la Ley, nacidas antes de la fecha de la substitución, hasta por el término de seis meses; concluido éste, subsistirá únicamente la responsabilidad del nuevo patrón.
>
> El término de seis meses a que se refiere el párrafo anterior, se contará a partir de la fecha en que se hubiese dado aviso de la substitución al sindicato o a los trabajadores.

III. Concepto

Por nuestra parte, podemos llegar a dar un concepto propio de esta institución manifestando que, la sustitución patronal es una institución propia del derecho del trabajo, por virtud de la cual, una

[10] Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 21a. ed., Madrid, Espasa, 1992, p. 1925.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

persona física o moral llamada patrón sustituido transmite total o parcialmente una empresa (considerada como unidad económica-jurídica a otra persona, también física o moral denominada patrón sustituto.

Consideramos que la sustitución patronal es una institución privativa del derecho del trabajo, habida cuenta que no puede ser una cesión de derechos, por la sencilla razón de que, en esta, el acreedor es, en todo caso el trabajador, y tanto el patrón sustituto, como el patrón sustituido son deudores de las obligaciones provenidas de la ley y de los contratos de trabajo, en tal virtud no se da en especie lo señalado por el artículo 2029, del Código Civil que dispone: "Habrá cesión de derechos cuando el acreedor transfiere a otro los que tenga contra su deudor".

De igual manera, la sustitución patronal no se puede asimilar a la cesión de deudas, ya que esta figura civil se da cuando, en virtud de un contrato un deudor es sustituido por otro y la obligación sigue siendo la misma (artículo 2055 del Código Civil para el Distrito Federal); en el caso que nos ocupa, en la sustitución patronal, las obligaciones que tiene el patrón sustituido con sus trabajadores (acreedores), pasan al patrón sustituto, o sea, hay un cambio de deudores.

A simple vista, pareciera que la cesión de deuda se equipara a la sustitución patronal; sin embargo existen diferencias muy marcadas, como son:

1) Para que pueda realizarse la cesión de deuda, es requisito indispensable que el acreedor dé su consentimiento, ya sea en forma expresa o tácitamente; tratándose de la sustitución patronal, el empleador, en casi todos los casos, no acude a sus trabajadores en búsqueda de su consentimiento para que se efectúe la sustitución.
2) En la cesión de deuda no existe la responsabilidad solidaria que le impone la ley laboral al patrón sustituido.
3) En la cesión de deuda, el acreedor no puede repetir contra el deudor primitivo, si el deudor sustituto se encuentra insolvente; en cambio, la Ley Federal del Trabajo dispone que el patrón sustituido sea solidariamente responsable con el nuevo

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

patrón de las obligaciones nacidas antes de la sustitución, hasta por el término de seis meses, es decir, el trabajador puede repetir contra su anterior patrón dentro del término que señala la ley, a partir de que haya tenido conocimiento de la transferencia de la empresa.

4) Otra diferencia sería que, desde el momento en que se perfecciona el contrato de cesión de deudas, el deudor primitivo queda relevado de la obligación; no así en la sustitución patronal, en donde el patrón sustituido queda solidariamente responsable por el término que la ley señala.

Tampoco se puede asimilar a la figura de la subrogación, que aunque nos lleve a la idea de una sustitución de una persona por otra, esta se encuentra ligada a un pago, el cual no extingue la deuda, y cuyo efecto no es, sino cambiar la persona del acreedor.

No podemos acudir al derecho civil para tratar de explicar la sustitución patronal, pues esta es una figura propia del derecho del trabajo que tiende a preservar la estabilidad de los trabajadores en sus empleos.

De acuerdo con los doctores Rafael Tena Suck y Hugo Ítalo Morales Saldaña,

> para que se configure la figura de la sustitución patronal deben de coexistir dos elementos esenciales: a) objetivo: transmisión de bienes; b) subjetivo; ánimo de continuar la explotación. Cuando los trabajadores reciben o adjudican los bienes de una empresa en pago de prestaciones devengadas, contractuales por resolución de la autoridad laboral, y se encarguen directamente de su operación, no se considera como sustitución patronal.[11]

Independientemente de que la sustitución patronal, como ya se ha expresado no afecta las relaciones de trabajo de la empresa o establecimiento, es importante señalar que esta figura establece una responsabilidad solidaria cuyo nacimiento es a partir de la fecha en que se notifique al trabajador o al sindicato del cambio

[11] Tena, Rafael y Morales, Hugo Ítalo, *Derecho individual del trabajo*, México, Sista, 2008, p. 90.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

patronal y, por otra parte, la extinción de la sustitución patronal será a los seis meses siguientes a partir del momento en que el sindicato o los trabajadores tengan conocimiento del cambio de patrono respectivo (artículo 41 de la Ley Federal del Trabajo).

No estamos de acuerdo sobre el particular, ya que sería absurdo que la responsabilidad solidaria naciera al momento que tuviera conocimiento el sindicato titular del contrato colectivo de trabajo, pues en muchos casos, la organización sindical es afín a la empresa y podría no notificar del cambio de patrón a los trabajadores, quienes podrían quedar en un total estado de indefensión.

Pensemos por ejemplo, en el caso de una sustitución patronal en la que el anterior patrón da publicidad del cambio al sindicato, quien no le avisa a los trabajadores; el patrón sustituto vende la maquinaria a un tercero, quien se la da en arrendamiento, y al surgir un problema después de los seis meses de la fecha en que se practicó la sustitución de referencia, los trabajadores quedarían en un desamparo total al no existir activos en su fuente de trabajo y no podrían fincar responsabilidad a su anterior patrón, por haber transcurrido el término de seis meses, por eso pugnamos que el artículo 41 de la ley laboral, sea modificado en su último párrafo y establezca que "el término a que se refiere el párrafo anterior, se contará a partir de la fecha en que se hubiese dado aviso de la sustitución al sindicato y a los trabajadores".

En este caso, para que empiece a contar la responsabilidad solidaria del anterior patrón, se debe notificar fehacientemente, tanto al sindicato (si lo hay), como a los trabajadores y no a uno u otro, como en la actualidad se señala.

De igual manera, no estamos de acuerdo en el término de seis meses de responsabilidad solidaria a que se refiere el artículo 41 de la ley de la materia, ya que consideramos es arbitrario, si tomamos en cuenta el título décimo correspondiente a la prescripción, que establece tiempos totalmente diferentes al de seis meses. La responsabilidad solidaria del patrón sustituido en estos casos, por obligaciones derivadas de las relaciones de trabajo y de la ley nacidas antes de la fecha de la sustitución, debería ser por todo el tiempo que dichas obligaciones fueran exigibles. En materia

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

laboral el término prescriptorio mayor es de dos años, cuando se trata del reclamo de indemnizaciones por riesgos de trabajo; acciones de los beneficiarios en caso de muerte por riesgo de trabajo y las acciones para solicitar la ejecución de laudos y convenios celebrados ante las juntas de conciliación y arbitraje; o bien, la responsabilidad solidaria no prescribiría si la parte demandada no opone expresamente la excepción correspondiente.

IV. Jurisprudencia

Por lo que respecta a los criterios de nuestros más altos tribunales, la figura de la sustitución patronal, durante el devenir del tiempo, ha tenido un sinnúmero de puntos de vista de los diversos tribunales colegiados de circuito en materia de trabajo, así como de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Por su importancia transcribiremos solo alguno de ellos.

> Sustitución patronal, existe responsabilidad solidaria de los patrones sustituto y sustituido, cuando no se da al sindicato o trabajador el aviso correspondiente. De acuerdo con lo establecido por el artículo 41 de la Ley Federal del Trabajo, la sustitución patronal no causa ningún efecto que pueda lesionar ni la relación de trabajo, ni los derechos que derivan de ésta. El único efecto que surte al operar tal figura jurídica, consiste en la responsabilidad solidaria que tendrá el patrón sustituido por el lapso de seis meses contados a partir del día en que se dé aviso al sindicato o al trabajador de la sustitución; o bien en la única responsabilidad que subsistirá para el nuevo patrón, una vez concluido dicho término. Ahora bien, el hecho de que no se acredite la sustitución es imputable a la parte patronal y perjudica únicamente a los patrones involucrados en ella, pues siendo una obligación legal a su cargo en tanto no se notifique, subsistirá la responsabilidad solidaria de ambos, sin limitación temporal alguna.[12] (Tercer Tribunal Colegiado del segundo circuito).

12 Tesis XV1I1.20.6 l, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. IX, abril de 1999, p. 621.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Reitera criterio de la tesis publicada en la página 745, del Informe de Labores correspondiente al año de 1987, tercera parte, volumen 11.

Nuestro comentario en cuanto a este criterio, reiteramos nuestro punto de vista en el sentido de que es total y definitivamente incorrecto lo señalado en el artículo 41 de la Ley Federal del Trabajo, al señalar en qué momento empieza y termina la responsabilidad solidaria entre el anterior y nuevo patrón, cuando se da la sustitución patronal; ya que dicho numeral establece que el término de seis meses de responsabilidad solidaria, se inicia, precisamente cuando se notifica al sindicato o, a los trabajadores, del cambio de patrón, ya que debería ser, a partir del momento en que se notifica al sindicato y trabajadores individualmente considerados, y en forma fehaciente.

Por lo que respecta al término de prescripción de seis meses, lo estimamos arbitrario, ya que debería ser por todo el tiempo que las prestaciones, indemnizaciones por riesgo de trabajo, (lleve o no al trabajador a la muerte), y la solicitud de ejecución de laudos, sean exigibles.

> Sustitución patronal, incidente de. La resolución que dicta la junta laboral declarándolo improcedente constituye un acto de imposible reparación y, por tanto, debe impugnarse en amparo indirecto. La resolución en que la Junta laboral declara improcedente el incidente de sustitución patronal planteado por el demandante, es una determinación que debe combatirse en amparo indirecto, conforme a lo previsto por el artículo 114, fracción IV, de la Ley de Amparo, porque mediante la misma pueden transgredirse de manera irreparable derechos sustantivos protegidos por la garantía de seguridad jurídica y, por ende, tal determinación no puede considerarse como una violación procesal factible de impugnarse en amparo directo, una vez que se haya pronunciado el laudo, el cual ya no habrá de ocuparse del asunto; de ahí que, desde el momento en que se emite tal resolución se causan perjuicios de imposible reparación.[13] (Segundo Tribunal Colegiado del décimo octavo circuito).

13 Tesis I.10.T.J/56, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVI, noviembre de 2007, p. 703.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Al respecto, comentamos que, es correcta la apreciación del tribunal colegiado, por lo que la parte actora incidentista cuenta con 15 días para impugnar por la vía del amparo indirecto la sentencia interlocutoria que resuelve el incidente de sustitución patronal contados a partir de la fecha en que es legalmente notificado la resolución correspondiente.

> Sustitución patronal. La identidad del domicilio en que fue emplazado el patrón primigenio con el del supuesto sustituto, no basta para que opere aquélla. Para que opere la sustitución patronal no basta con que haya identidad en el domicilio en que fue emplazado el patrón primigenio con el del supuesto sustituto, sino que es menester, en términos del artículo 41 de la Ley Federal del Trabajo, que haya una adquisición total o parcial del patrimonio por el nuevo patrón y la continuación de las actividades que realizaba el patrón sustituido, aspectos que deben quedar plenamente demostrados.[14] (Primer Tribunal Colegiado en materia de Trabajo del primer circuito).

Consideramos que es correcta la interpretación que hace el tribunal colegiado señalado en el párrafo inmediato anterior, en donde se debe acreditar la existencia de una adquisición total o parcial de la fuente de trabajo y de las actividades que realizaba el anterior patrón, denominado patrón sustituido; sin embargo, este criterio no es claro respecto a la carga de la prueba, es decir, quién tiene que demostrar la existencia de la sustitución patronal. Tradicionalmente, quien ha soportado la carga probatoria, ha sido la parte incidentista en el expediente laboral, en este caso la parte actora en el principal, quien tradicionalmente ha sufrido con tal acreditamiento y, por regla general, no prospera el incidente de sustitución patronal; este criterio ha sido modificado radicalmente por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como más adelante, lo señalaremos.

Tampoco compartimos el criterio de este tribunal, en cuanto a que debe de existir identidad del domicilio en que fue emplazado

14 Tesis 2a./J.28/2008, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Novena Época, t. XXVII, marzo de 2008, p. 261.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

el patrón original o primigenio, ya que puede darse el caso de que, durante la secuela del procedimiento, al existir un cambio patronal, la fuente de labores cambie de domicilio.

> Sustitución patronal. Si la demandada sustituta niega tener tal carácter, a ella le corresponde la carga de la prueba. De la interpretación sistémica de la Ley Federal del Trabajo, y en especial de sus artículos 41 y 784, se concluye que cuando el trabajador alegue en cualquier etapa del procedimiento de trabajo la existencia de una sustitución patronal y la persona física o moral en su calidad de patrono sustituto niegue tal carácter, a éste corresponderá la carga de la prueba, en virtud de que la sustitución patronal es una figura jurídica en la cual participan únicamente la parte patronal sustituta y la patronal sustituida, es decir, se realiza solamente entre el transmisor y el adquirente de la unidad económico-jurídica, sin que los trabajadores tengan participación alguna en su realización, de ahí que le corresponda a la parte patronal la carga de la prueba cuando se alegue la sustitución patronal y éste la niegue, en cualquier plazo, en el entendido de que el patrón sustituido será solidariamente responsable con el sustituto por las obligaciones derivadas de las relaciones de trabajo y de la legislación laboral, nacidas antes de la fecha de la sustitución y hasta por el término de seis meses, por lo que concluido este lapso, subsistirá hacia el futuro únicamente la responsabilidad del patrón sustituto.
>
> Contradicción de tesis 7/2008-SS. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Primer Circuito y el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Sexto Circuito. 13 de febrero de 2008. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel. Secretario: Alfredo Aragón Jiménez Castro.
>
> Tesis de jurisprudencia 28/2008. Aprobada por la Segunda Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada del veinte de febrero de dos mil ocho.

Esta jurisprudencia representa el cambio más significativo que ha tenido la sustitución patronal desde el punto de vista procesal, ya que, tradicionalmente y, desde que se estableció el artículo 35

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

de la Ley Federal del Trabajo de 1931, hasta hace cuatro años, cuando se abría el incidente correspondiente y el patrón adquirente o sustituto negaba tal condición, invariablemente le correspondía al trabajador la carga probatoria correspondiente.

En virtud de lo manifestado en el párrafo anterior, sería interesante transcribir íntegramente la ejecutoria en virtud de la cual, la segunda sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió la tesis jurisprudencial antes descrita por contradicción de tesis; sin embargo, por lo extenso de la misma no lo haremos, sino únicamente las partes que consideramos fundamentales.

Para la Suprema Corte de Justicia los requisitos que determinan la existencia de una contradicción de tesis son los siguientes:

- Que en las ejecutorias, materia de la contradicción, examinen cuestiones jurídicas esencialmente iguales y adopten criterios discrepantes;
- Que la diferencia de criterios se presente en las consideraciones, argumentaciones o razonamientos que sustentan las sentencias respectivas, y
- Que los criterios discrepantes provengan del examen de los mismos elementos.

Pues bien, de las ejecutorias que dieron lugar a la presente contradicción, se advierte que se surten los requisitos mencionados.

En efecto, el primer Tribunal Colegiado en materias administrativa y de trabajo del décimo sexto circuito, al resolver el amparo en revisión laboral 624/2006, consideró, en lo sustancial, que le corresponde al patrón a quien se le atribuye, sustituyó al anterior en sus obligaciones laborales, demostrar que no se dan los elementos distintivos de la sustitución patronal, pues aún cuando por regla general en materia laboral la carga de la prueba incumbe al que afirma, por las particularidades presentadas por la figura jurídica en examen y porque la negación que se realiza en torno a la actualización de esa figura envuelve una afirmación, es que le toca al demandado acreditar los hechos en los cuales apoya sus excepciones, máxime que el artículo 784 de la Ley Federal del Trabajo, establece que la

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

junta eximirá de la carga de la prueba al trabajador cuando, por otros medios esté en posibilidad de llegar al conocimiento de los hechos y, para tal efecto, requerirá al patrón que exhiba los documentos que de acuerdo con las leyes, tiene la obligación legal de conservar en la empresa y, en todo caso, corresponderá al patrón probar su dicho cuando exista controversia respecto de los elementos esenciales de la relación de trabajo, máxime que, al carecer los trabajadores de intervención legal en la transmisión total o parcial de la entidad jurídico-económica no cuentan con los medios para demostrarla, pues considerar lo contrario, rompería con las reglas específicas de la carga probatoria y se dejaría a aquéllos en estado de indefensión.

Por su parte, el primer Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del primer circuito, al resolver los amparos en revisión R.T. 1841/2007, R.T. 1741/2002 y R.T. 841/2003 sostuvo en esencia, que si el pretendido patrón sustituto negó tener tal carácter, en tanto que el trabajador aseveró que sí se dio una sustitución patronal, atento al principio de que, quien afirma debe probar, si el trabajador alegó la sustitución patronal, a él tocó acreditar sus afirmaciones; máxime que en el artículo 784, de la Ley Federal del Trabajo, no se establece que la junta deba eximir de la carga probatoria al trabajador cuando exista controversia respecto a la figura del patrón sustituto; motivo por el cual, es inexacto lo considerado en la sentencia recurrida, en cuanto a que tocó a la empresa, posible sustituto, acreditar que en la especie no se dio la transmisión de la sociedad inicialmente demandada; y que no es factible el requerimiento de pago de la condena impuesta en el laudo emitido en el natural.

Esas consideraciones, evidencian que dichos tribunales colegiados, al resolver los negocios jurídicos que generan la denuncia, examinaron cuestiones jurídicamente iguales, pues según se desprende de las precisiones efectuadas, los referidos órganos jurisdiccionales, al resolver los negocios que generan la denuncia, se ocuparon de analizar a quién le corresponde la carga de la prueba en la figura jurídica de la sustitución patronal cuando la parte demandada niega tener tal carácter, si a esta o al trabajador.

La corte consideró que debe prevalecer con el carácter de jurisprudencia el criterio que aquí se define, coincidente en lo sustan-

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

cial, con el adoptado por el primer Tribunal Colegiado en materias, administrativa y del trabajo, del décimo sexto circuito.

Nuestro máximo tribunal hizo los siguientes razonamientos: al ser la sustitución patronal una figura jurídica, en la cual participan solamente dos entes, a saber, patrón sustituto y patrón sustituido; y, partiendo de la hipótesis que hacia el futuro, prevalecerá la figura del nuevo patrono, es decir, el sustituto, y que en tal modificación patronal no participa en ningún momento, ni aspecto, el trabajador, debe considerarse como obligación del patrón sustituto acreditar, o en su defecto desacreditar tal circunstancia.

Por tanto, se considera que corresponde al patrón, a quien se le atribuye haber sustituido al anterior en sus obligaciones laborales, demostrar que no se dan los elementos distintivos de la institución en comento, pues aún, cuando por regla general, en materia laboral, la carga de la prueba incumbe al que afirma —se reitera—, por las particularidades que presenta la figura jurídica en examen y porque la negación efectuada en torno a la actualización de tal figura envuelve una afirmación, es que le toca al demandado acreditar los hechos en los que apoya sus excepciones, máxime que el artículo 784, de la Ley Federal del Trabajo, establece que la junta eximirá de la carga de la prueba al trabajador cuando por otros medios esté en posibilidad de llegar al conocimiento de los hechos y, para tal efecto, requerirá al patrón para que exhiba los documentos que —de acuerdo con las leyes—, tiene la obligación legal de conservar en la empresa y, en todo caso, corresponderá al patrón probar su dicho cuando exista controversia respecto de los elementos esenciales de la relación de trabajo.

Lo anterior es así, ya que la carga de la prueba es la necesidad que tienen las partes para acreditar la verdad de los hechos controvertidos, a fin de poder obtener una resolución favorable, es decir, un deber de actuar que otorga un beneficio, o evita un perjuicio al litigante que lo soporta.

Por todo lo anterior la corte resolvió que existe contradicción de tesis entre las sustentadas por el primer Tribunal Colegiado en materias administrativa y de trabajo del décimo sexto circuito y el primer Tribunal Colegiado en materia de Trabajo del primer

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

circuito, llegando a la conclusión que debe prevalecer con carácter de jurisprudencia el criterio que sustenta la segunda sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el último considerando de esta ejecutoria.

Por nuestra parte, consideramos que la corte resolvió la contradicción de tesis en forma correcta, pues realizó una interpretación institucional al artículo 784, de la Ley Federal del Trabajo, al escudriñar el sentido de la norma en forma justa, pues es claro que la junta eximirá de la carga de la prueba al trabajador si está en posibilidad de llegar al conocimiento de los hechos y, para tal efecto, deberá requerir al patrón sustituto los documentos que, de acuerdo con las leyes tiene la obligación legal de conservar en la empresa.

Esta figura es importante, pues insistimos, en la necesidad que se tiene en establecer en forma expresa la responsabilidad solidaria —la que operará seguramente—, en favor del trabajador.

V. La tercerización, subcontratación y/o *outsourcing*

Otra de las figuras de importancia significativa en el ordenamiento laboral mexicano, lo es sin duda, la llamada tercerización y/o subcontratación, u *outsourcing* (término anglosajón), misma que, de igual manera se les ha llamado empresas de arrendamiento de mano de obra, prestadoras de servicios, etcétera.

Sobre el particular, la doctora Patricia Kurczyn, afirma que:

> El derecho laboral clásico mexicano ha logrado hasta ahora sustraerse a los cambios y transformaciones sin alterar su fin esencial contenido en la Constitución General. Ha sorteado las adaptaciones con la expedición de varias leyes, sin duda las federales de 1931 y 1970 como las más importantes. Si bien entre la primera y la vigente transcurrieron casi cuarenta años, durante los últimos veintiocho se enfrentan un mayor cúmulo de embates y retos económicos, tanto con el predominio del neoliberalismo como por la desaparición del comunismo en los países de la antes llamada Europa Oriental. La presión del cambio resulta más intensa en la actualidad y sortearla puede tener un costo social más grave. Aún sostenida la legis-

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

> lación en los términos actuales, las reformas se impondrán por las prácticas con la búsqueda de la forma legal; para ello baste recordar la desafortunada figura de "empresas de servicios temporales", vigentes, escudadas en ficciones legales para evadir la figura del intermediario contemplada en los artículos 12, 13, 14 y 15, LFT.[15]

Por su importancia nos permitimos transcribir los artículos de la Ley Federal del Trabajo señalados en el párrafo anterior.

> Artículo 13. No serán considerados intermediarios, sino patrones, las empresas establecidas que contraten trabajos para ejecutarlos con elementos propios suficientes para cumplir las obligaciones que deriven de las relaciones con sus trabajadores. En caso contrario serán solidariamente responsables con los beneficiarios directos de las obras o servicios, por las obligaciones contraídas con los trabajadores.
> Artículo 14. Las personas que utilicen intermediarios para la contratación de trabajadores serán responsables de las obligaciones que deriven de esta Ley y de los servicios prestados...
> Artículo 15. En las empresas que ejecuten obras o servicios en forma exclusiva o principal para otra, y que no dispongan de elementos propios suficientes de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 13, se observarán las normas siguientes:
> I. La empresa beneficiaria será solidariamente responsable de las obligaciones contraídas con los trabajadores....

Como podemos observar, se establece expresamente la responsabilidad solidaria, tanto de los llamados intermediarios, como de aquellas empresas que presten en forma exclusiva o principal, servicios a otra, quien por cierto, al recibir los beneficios de la prestación de servicios de los trabajadores que les son adscritos, se convierten en una empresa beneficiaria de los mismos y, por lo tanto, son solidariamente responsables de las obligaciones contraídas con los trabajadores.

En la actualidad se ha abusado en forma alarmante de la tercerización laboral, constituyendo un instrumento jurídico incontrola-

15 Kurczyn Villalobos, Patricia, *Las nuevas relaciones de trabajo,* México, Porrúa, 1999, p. 246.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

ble, donde se juega con el concepto de subrogación que caracteriza la relación laboral con otro tipo de relaciones; es decir, día con día existe más fraude en la contratación de trabajadores, ya que muchos empleadores, cuyas empresas no contemplan su función social, contratan de este tipo de empresas al personal que les prestará, por regla general, por tiempo determinado su trabajo, tratándose de liberar de toda carga laboral, fiscal y de seguridad social.

VI. Concepto

Mucho se ha escrito sobre el *outsourcing*; el maestro Néstor De Buen[16] manifiesta por una parte que es un nuevo fraude empresarial; y por la otra, señala textualmente, que "no cabe duda que el *outsourcing* ha permitido incrementar el empleo en los países de menor desarrollo en la misma proporción en que disminuye en los países en los que radican las grandes empresas fundamentalmente armadoras".

Otro concepto de esta figura de tercerización la explica Juan Razo[17] al manifestar que, el concepto de *outsourcing* en cuanto a su traducción literaria es el "de fuente externa, de origen externo". Y refiriéndose a Purcell, se define como "la utilización de servicios subcontratados ofrecidos por proveedores especializados". Para dicho autor las causas de la tercerización del trabajo son las siguientes:

- La reducción de los costos. En una realidad globalizada y altamente competitiva, la reducción de costos se vuelve un objetivo central y la figura del *outsourcing* permite reducir los costos estructurales y laborales.
- Mayor flexibilidad. En el modelo económico global se obliga a estrategias más dinámicas y las respuestas del aparato productivo deben ser rápidas, por lo que se hace a un lado las estructuras rígidas, pesadas y finalmente costosas.

16 De Buen, Néstor *et al*., *El* outsourcing. *Visión iberoamericana*, México, Porrúa, 2011, p. 38.

17 *Ibidem*, pp.135-138.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

- Mayor productividad. La tercerización promueve la competencia de los trabajadores independientes y de los subcontratistas para ofrecer a la empresa central mejores productos a menor costo.
- Disminución o anulación del control sindical. La moderna fragmentación de la empresa, la competitividad de los trabajadores dependientes e independientes, la polivalencia y desigualdad de las retribuciones ponen en crisis la solidaridad de los trabajadores y, por lo tanto, el control sindical.

Para Rivero Llamas[18] el *outsourcing* es,

> como una forma de organizar el proceso productivo para la obtención de bienes y servicios basada en una técnica de gestión que consiste en contratar con proveedores externos ciertas fases o actividades de la empresa no consideradas competencias básicas de ésta, con independencia de que con anterioridad las viniera o no desempeñando.

Emilio Morgado Valenzuela,[19] establece que, desde el marco conceptual

> se puede sostener que en Chile el *outsourcing* puede ser entendido como un conjunto de modalidades mediante los cuales la contratación laboral deja ser directa entre el que recibe el trabajo y el que lo realiza. En consecuencia migra desde el ámbito de las vinculaciones directamente establecidas entre el empleador y el trabajador-base de la relación laboral del contrato de trabajo clásico-y se domicilia en un ámbito externo, se externaliza.

En México se ha querido reglamentar la subcontratación, y en diversas iniciativas de modificaciones y adiciones a la Ley Federal del Trabajo, se han referido a la misma en diferentes formas.

En la iniciativa de reformas a la Ley Federal del Trabajo, presentada por la Secretaría del Trabajo y Previsión Social el 12 de

18 *Ibidem*, p. 22.
19 *Ibidem*, pp. 79 y 80.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

diciembre del 2002, en cuanto al tema que nos ocupa, únicamente fue cambiado, en cuanto a su forma, el artículo 13 de la ley laboral de 1970 al establecer:

> No serán considerados intermediarios, sino empleadores, las empresas establecidas que contraten trabajos para ejecutarlos con elementos propios suficientes para cumplir las obligaciones que deriven de las relaciones con sus trabajadores. En caso contrario los empleadores que utilicen en su empresa los servicios de trabajadores proporcionados por otro empleador, son responsables solidarios en las obligaciones contraídas con aquellos.

Con la redacción anterior, se daba un paso importante para acabar con el fraude de contratación, pues en caso del famoso *outsourcing* y/o subcontratación y/o tercerización, el patrón que proporcionara personal para que prestara sus servicios en otra empresa, y el beneficiario de los mismos serían responsables solidarios —en todos los casos— de las obligaciones contraídas con dichos trabajadores.

En el mismo sentido se pronunció la Unión Nacional de Trabajadores en su iniciativa de nueva Ley Federal del Trabajo del 31 de octubre del 2002.

En un documento formulado el 9 de febrero del 2009 por el Secretario del Trabajo y Previsión Social, que se denominó, "Hacía una reforma laboral para la productividad y la previsión social", y que fue presentado en el foro, "México ante la crisis: ¿qué hacer para crecer?", se pretendió reformar el artículo 13, y adicionar los numerales 15-A, 15-B, 15-C, 15-D y 16 al señalar:

> Artículo 13. No serán considerados intermediarios, sino patrones, las empresas establecidas que contraten trabajos para ejecutarlos con elementos propios suficientes para cumplir las obligaciones que deriven de las relaciones con sus trabajadores. En caso contrario, los patrones que utilicen en su empresa los servicios de trabajadores proporcionados por un intermediario, serán responsables solidarios en las obligaciones contraídas con aquellos.
>
> Artículo 15-A. El trabajo en régimen de subcontratación es aquel por medio del cual un patrón denominado contratista o subcontra-

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

tista ejecuta obras o presta servicios con trabajadores bajo su dependencia, a favor de otra persona física o moral que resulta beneficiaria de los servicios contratados, la cual fija las tareas a realizar y supervisa el desarrollo de los servicios o la ejecución de las obras contratados.

Artículo 15-B. El contrato que se celebre entre la persona física o moral que resulte beneficiaria de los servicios y un contratista o subcontratista que ponga a su disposición trabajadores, deberá constar por escrito.

La empresa beneficiaria deberá cerciorarse al momento de celebrar el contrato a que se refiere el párrafo anterior, que la contratista o subcontratista cuenta con elementos propios suficientes para cumplir con las obligaciones que deriven de las relaciones con sus trabajadores.

Artículo 15-C. La empresa beneficiaria de los servicios deberá cerciorarse permanentemente que la empresa contratista o subcontratista, cumple con las disposiciones aplicables en materia de seguridad, salud y medio ambiente de trabajo, respecto de los trabajadores de esta última.

Lo anterior, podrá ser cumplido a través de una unidad de verificación debidamente acreditada y aprobada en términos de las disposiciones legales aplicables.

Artículo 15-D. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que se utiliza el régimen de subcontratación en forma dolosa, cuando con el objeto de simular salarios y prestaciones menores, las empresas prestadoras de servicios tengan simultáneas relaciones de trabajo o de carácter mercantil o civil con los trabajadores.

Quienes incurran en la conducta señalada en el párrafo anterior, serán sancionados en términos del artículo 1004-C de esta Ley.

Artículo 16. Para los efectos de las normas de trabajo, se entiende por empresa la unidad económica de producción o distribución de bienes o servicios y por establecimiento la unidad técnica que como sucursal, agencia u otra forma semejante, sea parte integrante y contribuya a la realización de los fines de la empresa.

Los trabajadores del establecimiento de una empresa forman parte de ella para efectos de la participación de los trabajadores en las utilidades.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

De este estudio formulado por la Secretaría del Trabajo y Previsión Social destaca fundamentalmente la imposición de la figura de la responsabilidad solidaria para los patrones que utilicen en su empresa los servicios de trabajadores proporcionados por otro empleador; se indica con claridad el concepto de subcontratación; se establece la formalidad obligatoria para la firma del contrato respectivo ante las empresas (prestadora y beneficiaria); un señalamiento importante es la obligación de la empresa subsidiaria de supervisar a la contratista para que cumpla las disposiciones legales de carácter laboral, de seguridad social, salud y medio ambiente; habla de la subcontratación dolosa para evitar el fraude de los derechos de los trabajadores y, por último, para evitar la proliferación de las llamadas empresas prestadoras de servicios, donde una empresa se constituye para trasladar a su personal, con el objeto de evitar el pago de la participación de los trabajadores en las utilidades de las empresas, y se establece que los trabajadores forman parte de ella para obtener las utilidades correspondientes.

El 18 de marzo de 2010, el Partido Acción Nacional presentó una iniciativa de reformas y adiciones a la ley laboral de 1970 y en lo conducente, transcribe íntegramente los artículos 13, 15-A, 15-B, 15-C, 15-D y 16 del documento presentado por la Secretaría de Trabajo y Previsión Social y que comentamos anteriormente.

Por su parte, el 10 de marzo del 2011 el Partido Revolucionario Institucional, presenta diversa Iniciativa que trató de reformar, adicionar y derogar diversas disposiciones de la ley laboral, y en cuanto al tema que nos ocupa, adiciona el artículo 15 Bis. al disponer.

> Trabajo en régimen de subcontratación es aquel realizado por un trabajador para un patrón, denominado subcontratista, cuando éste en razón de un acuerdo contractual, se encarga de ejecutar obras o servicios, por su cuenta o riesgo y con trabajadores bajo su dirección, para una tercera persona denominada beneficiario, ya sea en el mismo lugar donde físicamente tiene sus actividades el beneficiario o en lugar distinto.
>
> El trabajo en régimen de subcontratación deberá formalizarse por escrito en donde se señale expresamente la manera en que se

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

garantizarán los derechos laborales y de seguridad social de los trabajadores involucrados.

Se presumirá que es doloso el trabajo en régimen de subcontratación cuando se utilice con el fin de simular salarios y prestaciones menores o cuando las empresas prestadoras de servicios tengan simultáneas relaciones de trabajo o de carácter mercantil o civil con los trabajadores. En este supuesto, se estará a lo dispuesto por los artículos 992 y siguientes de esta Ley.

Esta iniciativa tiene la característica de conceptuar el régimen de subcontratación, y que éste sea formulado por escrito; de igual manera, establece la subcontratación dolosa cuando existan simulaciones con las penalidades correspondientes, pero se olvida de algo fundamental: la responsabilidad solidaria entre la subcontratista y la empresa beneficiaria.

VII. Jurisprudencia

Beneficiarios de trabajos o servicios. El artículo 15-A de la Ley del Seguro Social, adicionado por decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 9 de julio de 2009, que les asigna la responsabilidad solidaria en el cumplimiento de deberes de seguridad social, es constitucional. El citado precepto en términos generales establece que el beneficiario de los trabajos o servicios asumirá las obligaciones previstas en la Ley del Seguro Social en relación con los trabajadores que sean puestos a su disposición y dirección por parte de un patrón, cuando este último hubiese incumplido con ellas y el Instituto Mexicano del Seguro Social previamente le haya requerido, ya que el legislador ordinario estimó que las empresas de prestación de servicios o de mano de obra especializados —llamadas— *outsourcing*, en ocasiones no cuentan con medios suficientes para cubrir las obligaciones derivadas del vínculo laboral, y por ello era necesario asegurar el acceso y disfrute de los trabajadores a sus derechos sociales por medio de la figura de la responsabilidad solidaria, lo que motivó que el beneficiario fuera llamado a responder de los deberes correspondientes junto con el empleador. En ese tenor, el Congreso de la Unión no desbordó su facultad para expedir disposi-

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

> ciones en materia de trabajo, prevista en los artículos 73, fracciones X y XXX, y 123, apartado A, fracción XXIX, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ni es irracional ese instrumento de garantía si se tiene en cuenta, en primer lugar, que está encaminado a la protección y bienestar de los trabajadores y sus familiares, en aras de no dejarlos desamparados, además de que el beneficiario de la obra o el servicio no desconoce las condiciones laborales en tanto los trabajadores están a su disposición, mando, dirección o supervisión, lo que le permite identificar plenamente al empleador, el lugar donde se ejecuta el trabajo, el número de días laborados, el horario y si se realiza una tarea operativa, profesional o administrativa. Ante esta conexión superlativa con la relación de trabajo, el beneficiario de los trabajos o servicios está en posibilidad material y jurídica de responder solidariamente en el cumplimiento de los deberes de seguridad social, no obstante carecer de la calidad de patrón al no pagar salarios ni proporcionar la materia prima, maquinaria o herramientas de trabajo; aunado a que la responsabilidad solidaria no es absoluta frente a toda obligación incumplida, pues debe tenerse presente el artículo 26 de la Ley del Seguro Social y, en caso de pagar, tal beneficiario puede repetir contra el contratista independiente o intermediario.[20]

De singular importancia es el criterio emitido por la segunda sala de nuestro máximo tribunal, ya que efectivamente, en la subcontratación, la empresa que proporciona personal, por regla general no es lo suficientemente solvente para responder de las obligaciones contraídas con sus trabajadores, por lo que en este caso, el Instituto Mexicano del Seguro Social queda protegido del pago de las cuotas patronales en el régimen de seguridad social, tanto por el artículo 15-A, de la Ley del Seguro Social vigente (decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 9 de julio del 2009), como por el criterio jurisprudencial en comento.

> Contrato civil de prestación de servicios profesionales. Si a través de él un tercero se obliga a suministrar personal a un patrón

[20] Tesis 2a. LXXXVII/2010, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXII, agosto de 2010, p. 448.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

> REAL CON EL COMPROMISO DE RELEVARLO DE CUALQUIER OBLIGACIÓN LABORAL, AMBAS EMPRESAS CONSTITUYEN LA UNIDAD ECONÓMICA A QUE SE REFIERE EL ARTÍCULO 16 DE LA LEY FEDERAL DEL TRABAJO Y, POR ENDE, LAS DOS SON RESPONSABLES DE LA RELACIÓN LABORAL PARA CON EL TRABAJADOR. Conforme al artículo 30 de la Ley Federal del Trabajo, el trabajo no es artículo de comercio. Por otra parte, el numeral 16 de la citada legislación establece que la empresa, para efectos de las normas de trabajo, es la unidad económica de producción o distribución de bienes o servicios. En este contexto, cuando una empresa interviene como proveedora de la fuerza de trabajo a través de la celebración de un contrato civil de prestación de servicios profesionales, o de cualquier acto jurídico, y otra aporta la infraestructura y el capital, lográndose entre ambas el bien o servicio producido, cumplen con el objeto social de la unidad económica a que se refiere el mencionado artículo 16; de ahí que para efectos de esta materia constituyen una empresa y, por ende, son responsables de la relación laboral para con el trabajador.[21](Tercer Tribunal Colegiado en materia de Trabajo del primer circuito).

El criterio transcrito con anterioridad, desde nuestra óptica, resulta trascendental, habida cuenta de que reitera que el trabajo no es artículo de comercio, sino que representa un derecho y deber sociales; que deben de contar con la máxima protección por parte del Estado y, en caso de suministro de trabajadores de una razón social a otra, no se les pueden considerar como cosas, sino como una clase que, gracias a ella, se logra la operación y producción de bienes y servicios. Por lo que se aplaude la interpretación que hace el Tribunal Colegiado del primer circuito en materia de Trabajo al señalar categóricamente que en caso de existir un contrato civil de prestación de servicios profesionales, la empresa proveedora de la fuerza de trabajo y la beneficiaria son solidariamente responsables de las obligaciones que contraigan con los trabajadores.

21 Tesis I.30.T.J/28(9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. III, febrero de 2012, p. 1991.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

VIII. A modo de conclusión

En este artículo hemos querido dejar resaltada la figura de la responsabilidad solidaria para evitar que muchos empleadores cometan fraude a los derechos de los trabajadores, ya sea por la subcontratación, contratación por la vía civil y la creación de empresas prestadoras de servicios que son constituidas por el patrón con el objeto de defraudar los derechos del hombre que trabaja.

En efecto, por lo que respecta al concepto de contrato de trabajo, en la ley de 1970, y gracias a la intervención magistral del doctor Mario De La Cueva, se definió al contrato de trabajo en su artículo 20, como el "...Contrato individual de trabajo, cualquiera que sea su forma o denominación, es aquel por virtud del cual una persona se obliga a prestar a otra un trabajo personal subordinado, mediante el pago de un salario".

Lo anterior quiere decir que se podrá denominar a un contrato con diferentes acepciones (prestación de servicios profesionales, distribución, de comisión mercantil, etcétera); pero, si en el contenido se desprende el elemento característico de la relación de trabajo, que es la subordinación, estaremos frente a un verdadero contrato de trabajo, con todos y cada uno de sus derechos y obligaciones.

Entendemos por subordinación el poder jurídico de mando que tiene el patrón y el correlativo a un deber de obediencia por parte de quien presta el servicio, siempre y cuando se trate de trabajo contratado.

Hemos señalado que el principio toral del derecho del trabajo es el de la estabilidad en el empleo por lo que, en el derecho laboral mexicano la regla general es la contratación por tiempo indefinido.

En la actualidad existen muchos empleadores que comenten fraude en la contratación laboral con sus trabajadores; entendiendo como fraude, de acuerdo al Código Penal para el Distrito Federal, al que por medio del engaño, y aprovechándose del error en que otro se halle, se haga ilícitamente de alguna cosa, u obtenga un lucro indebido en beneficio propio o de un tercero (artículo 230).

En México los patrones han encontrado generalmente tres formas de explotar los servicios del hombre que trabaja: *1*) incorporándolos al trabajo por medio de contratos de prestación de servicios

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

profesionales de carácter civil, a pesar de que se trata de verdaderos vínculos de trabajo; *2*) constituyendo empresas prestadoras de servicios con el objeto primordial de sustraerse de las obligaciones legales que deben de tener, como es el pago, por ejemplo, de la participación, de los trabajadores, de las utilidades de la empresa y, *3*) que es la utilización de la subcontratación o empresas que prestan servicios del llamado *outsourcing*.

Por lo que respecta a la vía civil, es común que, tanto en la iniciativa privada, como en el servicio público, miles de trabajadores han sido llevados ficticiamente al campo del derecho civil, es decir, a una normatividad que le resulta abiertamente impropia y notoriamente desventajosa.

En este ámbito, se da una clara desproporción entre los sujetos de la relación, trabajador-patrón, pues, aunque teóricamente, dentro del contrato de prestación de servicios profesionales, las partes están en igualdad de circunstancias, en la práctica ocurre todo lo contrario, pues el patrón es quien impone las condiciones y el trabajador no tiene más remedio que aceptarlas a la manera de un contrato de adhesión, a quien de forma sistemática les son violados sus derechos laborales y de seguridad social.

Por otra parte, dentro del servicio público mexicano, el artículo 8o. de la Ley Burocrática, niega la tutela del marco jurídico a estos trabajadores al señalar que, "Quedan excluidos del régimen de esta Ley... aquellos que prestan sus servicios mediante contrato civil o que sean sujetos al pago de honorarios". (¡Qué vergüenza!).

La actitud de los patrones que pretenden eludir sus responsabilidades como tales, escudándose tras un contrato de prestación de servicios profesionales constituye para nosotros una verdadera simulación de la relación de trabajo.

En efecto, existe simulación de la relación de trabajo cuando el patrón celebra, con un trabajador, un contrato distinto al de trabajo, aparentando que los une una relación diversa a la laboral.

En cuanto a la segunda hipótesis, en México se ha venido practicando, cada vez con mayor frecuencia, la contratación de trabajadores por medio de empresas legalmente constituidas por el propio empleador y cuyo objeto principal es la prestación de servicios, por lo que comúnmente se les denomina empresas prestadoras de servicios.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

En este caso, las empresas primogénitas trasladan a su personal a la nómina de la prestadora de servicios para liberarse de algunas cargas laborales, como es, el pago de la participación en las utilidades de las empresas, defraudando con ello a los trabajadores.

En el tercer caso se establece la práctica del *outsourcing*, en la que la empresa primogénita, firma un contrato de prestación de servicios profesionales con diversa empresa legalmente constituida, la que le transfiere el personal para que le preste servicios en su función operacional. Esta práctica se ha proliferado en nuestro país y el patrón beneficiario, por regla general, queda eximido de las obligaciones tanto laborales como de seguridad social.

Por nuestra parte, no estamos de acuerdo con este tipo de contratación si se realiza para defraudar los derechos de los trabajadores; sin embargo, no podemos sustraernos a la idea del *outsourcing*, figura reconocida internacionalmente, pero únicamente cuando estemos frente a empresas especializadas, que presten servicios con elementos propios, para la realización de trabajos que no son primordiales y fundamentales para la empresa beneficiaria, es decir, que no se aparten de su principal objeto social; y que no existan en dicha empresa trabajadores que realicen las mismas labores; tales son los casos, como empresas que prestan servicios específicos de comedor, limpieza, vigilancia, jardinería, etcétera, en industrias cuyo objetivo, por ejemplo sea la de la elaboración de productos químicos, plásticos, metálicos, etcétera.[22]

En nuestro país, para la defensa del trabajador, existen diversas disposiciones, como lo son los artículos 12, 13, 14 y 15 de la Ley Federal del Trabajo; así, como los criterios de nuestros más altos tribunales que establecen la figura principal de este modesto trabajo, que es la responsabilidad solidaria, con la que, a nuestro juicio, quedan garantizados los derechos de la clase trabajadora.

Por último, consideramos que este tipo de contrataciones no son privativas de nuestro país, sino que su práctica se ha generalizado en casi todas las naciones, y la principal causa de la misma, es la globalización económica, por lo que es menester, desde nuestro

22 Martínez, Arturo, "Fraude en la contratación laboral", *Ponencia presentada en la Cumbre de Derecho del Trabajo*, Lima, 2002, p. 20.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

punto de vista, flexibilizar las relaciones de trabajo, no en el sentido de quitar derechos y prestaciones a los trabajadores, sino desde un punto de vista positivo, cada país deberá de tratar de adecuarse a su realidad económica, política y social, salvando los derechos de los trabajadores, ya que, si bien es cierto que éstos son irrenunciables, también lo es, que pueden ser negociables, logrando esa adecuación laboral a la modernidad que, tanto se requiere con verdaderos cambios de actitud por parte de los actores de las relaciones colectivas de trabajo: patrones, trabajadores y sindicatos.

IX. Bibliografía

Alburquerque F., Rafael *et al*., *El* outsourcing. *Visión iberoamericana*, México, Porrúa, 2011.

Buen Lozano, Néstor De, *Derecho del trabajo,* 9a. ed., México, Porrúa, 1994, t. I.

Cueva, Mario De La, *Derecho mexicano del trabajo*, 8a. ed. México, Porrúa, 1964., t. I.

Escribar Mandiola, Héctor, "La Estabilidad en el empleo", *Revista de Derecho Privado*, Santiago de Chile, núm. 6, abril-junio de 1967.

Gutiérrez y González, Ernesto, *Derecho de la obligaciones*, 2a. ed., México, Cajica, 1965.

Kurczyn Villalobos, Patricia, *Las nuevas relaciones de trabajo*, México, Porrúa, 1999.

Martínez y González, Arturo, "Fraude en la contratación laboral", *Ponencia presentada en la cumbre de derecho del trabajo*, Lima. 2002.

Palomar De Miguel, Juan, *Diccionario para juristas*, México, Mayo Ediciones, 1981.

Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 21a. ed., Madrid, Espasa, 1992.

Ramírez Gronda, Juan, *El contrato de trabajo*, Buenos Aires, Ideas, 1945.

Tena Suck, Rafael y Morales Saldaña, Hugo Ítalo, *Derecho individual del trabajo*, México, Sista, 2008.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

CONFLICTOS COLECTIVOS DE NATURALEZA ECONÓMICA

Marco Antonio Morales Medellín*

Sumario: I. *Introducción*. II. *Conflictos laborales*. III. *Conflictos económicos*. IV. *Procedimiento*. V. *Conclusiones*.

I. Introducción

Con el nacimiento de la primera Ley Federal del Trabajo,[1] surgieron nuevos conceptos sobre el derecho del trabajo, por lo que en esa nueva estructura, se clasificó a los procedimientos en ordinario y colectivo; por eso, se instauraron las juntas de conciliación y arbitraje, en donde los tribunales laborales actuaban como conciliador y árbitro.

El procedimiento ordinario sigue las reglas tradicionales de la jurisdicción y se concreta a verificar si existen o no violaciones a los preceptos jurídicos invocados por quien exige justicia; el colectivo económico no pretende la restauración del derecho violado, sino el equilibrio entre los factores de la producción, representados por capital y trabajo.

Se entiende por conflicto colectivo de trabajo, los que ponen en juego un interés común de toda o una parte de la comunidad obrera, son aquellos que afectan la libertad de pensamiento, libertad sindi-

* Licenciado en derecho por la Universidad Autónoma de Tamaulipas. Especialista en derecho del trabajo por la Universidad Nacional Autónoma de México y maestro en derecho por la misma institución. Abogado postulante en materia laboral y seguridad social. Encargado de litigio en el despacho Hugo Ítalo y Asociados, S. C.

1 *Diario Oficial de la Federación*, 18 de agosto de 1931.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

cal, derechos de los representantes de los trabajadores, y el derecho de huelga; así también, son de naturaleza colectiva los que plantean una cuestión de principio, cuya solución afectará la condición jurídica de los diferentes miembros de la comunidad.

Así ocurrirá si el conflicto tiene por objeto la creación, modificación de una norma laboral o la interpretación de las normas de derecho del trabajo, así se trate de leyes, costumbres, convenciones colectivas o sentencias arbítrales.[2]

II. Conflictos laborales

Para la mejor comprension del tema, es necesario definir a los conflictos laborales, entendiéndose como aquellos que surgen entre los factores de la producción, derivados de una relación de trabajo; el artículo 604, de la Ley Federal del Trabajo, se refiere a los conflictos laborales, y establece:

> Corresponde a la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje el conocimiento y resolución de los conflictos de trabajo que se susciten entre trabajadores y patrones, sólo entre aquéllos o sólo entre éstos derivados de las relaciones de trabajo o de hechos íntimamente relacionados con ellas salvo lo dispuesto en el artículo 600 fracción IV.

Por lo que la fracción IV, del artículo 600 de la Ley Federal del Trabajo, indica:

> Las Juntas Federales de Conciliación tienen las facultades y obligaciones siguientes:
> IV. Actuar como Juntas de Conciliación y Arbitraje para conocer y resolver los conflictos que tengan por objeto el cobro de prestaciones cuyo monto no exceda del importe de tres meses de salario.

El *Diccionario jurídico mexicano* los define como:

> En sentido estricto, son las diferencias que pueden suscitarse entre trabajadores y patrones, sólo entre aquellos o sólo entre estos, como

2 De Buen, Lozano, Néstor, *Derecho del trabajo*, México, Porrúa, 1974, t. I.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

> consecuencia o con motivo del nacimiento, modificación o cumplimiento de las relaciones individuales o colectivas del trabajo.[3]

Como mencionamos anteriormente, los conflictos de trabajo se dividen en individuales y colectivos. Tenemos, como ejemplo, las demandas por despido en el primer caso o riesgo de trabajo, las que afectan intereses de grupos obreros, como son un emplazamiento a huelga por violaciones del contrato colectivo; o bien, por firma del mismo, de esta existen dos clasificaciones: las de naturaleza jurídica y auquellas de naturaleza económica, entendiéndose por las primeras de aplicación directa de la norma, y las segundas, las que tienden por la creación o modificación de las reglas de carácter económico entre las relaciones obrero patronales.[4]

Sirve de apoyo a lo antes mencionado la tesis de jurisprudencia:

> Conflictos individuales y colectivos de trabajo, distinción y naturaleza de los. La clasificación de los conflictos de trabajo en individuales y colectivos no responde a motivos de carácter numérico en cuanto a las personas que actúan en la contienda, sino que la clasificación surge en la diferencia fundamental que existe en los fines de la reclamación y por consecuencia en los modos de la acción; de donde se obtiene que cuando la acción ejercitada tenga por objeto plantear una situación en la que se dirima el interés profesional del grupo o sindicato, se estará frente a un conflicto colectivo, y en presencia de un conflicto individual cuando la situación planteada tenga por objeto la decisión sobre el derecho que a un trabajador o a varios trabajadores les corresponda personalmente.[5]

3 Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Diccionario jurídico mexicano,* 10a. ed., México, Porrúa, 1997, p. 620.

4 *Cfr.* Climent Beltrán, Juan B., *Derecho procesal del trabajo*, México, Esfinge, 2001, pp. 205 y 206.

5 Tesis 85, amparo directo 4503/72, Séptima Época, Cuarta Sala, Apéndice 2000, t. V, p. 74. Fábrica de Papel Coyoacán, S. A., 6 de abril de 1973; mayoría de cuatro votos. Ponente: María Cristina Salmorán de Tamayo; amparo directo 6548/76, Petróleos Mexicanos, 30 de abril de 1979, unanimidad de cuatro votos. Ponente: María Cristina Salmorán de Tamayo; amparo directo 3218/79, Sindicato de Telefonistas de la República Mexicana, 7 de enero de 1980, cinco votos. Ponente: María Cristina Salmorán de Tamayo; amparo directo 2865/78, Perfecto

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

III. Conflictos económicos

Se define al conflicto económico como

> ...aquellos que no pueden resolverse mediante la aplicación de una norma jurídica, sino cuya solución se apoya con exclusividad en consideraciones de carácter social y económico. Por esto, la característica distintiva en el derecho mexicano del trabajo de los conflictos económicos radica en la facultad del juzgador de crear libremente las normas que lo resuelvan y de establecer a su arbitrio condiciones especiales de trabajo, pudiendo inclusive modificar las bases de lo solicitado al plantearse el conflicto en la sentencia colectiva que se pronuncie...".[6]

Es importante señalar que la definición transcrita con anterioridad, y en la cual se afirma que los conflictos económicos no cuentan con normas jurídicas para su solución, es decir, que cada decisión que tome el tribunal genera las bases para determinar los elementos de valoración al momento de dictar la resolución, esto es por las diferencias que existen en cada una de las empresas, no siendo posible que exista un procedimiento lineal, sino que más bien cada uno deberá ir tomando su propia forma de solución.

Por esta razón, es necesario observarlas para la solución de los conflictos colectivos de naturaleza económica; donde no hay nada escrito y la manera efectiva para resolverlos sin afectar a las partes, es a través de la conciliación.

> No hay que olvidar que el conflicto económico es en rigor, un choque entre la necesidad de preservar la existencia de la fuente de trabajo, así sea reducida, y los derechos individuales de los traba-

Mercado Mondragón, 9 de julio de 1980, unanimidad de cuatro votos. Ponente: María Cristina Salmorán de Tamayo; amparo directo 5323/79, Sindicato Patronal de la Línea de Autotransportes Urbanos de Acapulco, Benito Juárez, 10 de noviembre de 1980, unanimidad de cuatro votos. Ponente: María Cristina Salmorán de Tamayo, apéndice 1917-1995, t. V, primera parte, p. 66, cuarta sala, tesis 93.

6 Lastra, Lastra, José Manuel, *Diccionario de derecho del trabajo*, México, Porrúa, 2001.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

> jadores: al trabajo, en sí y a las condiciones de trabajo. De no poder resolver el conflicto, el gran final será el cierre total, sin recursos para el pago de las indemnizaciones, de manera que los perjuicios extendidos a toda la fuerza laboral e indirectamente a la sociedad, serán mucho mayores.[7]
>
> Fundamentalmente, el proceso económico es instrumento de la justicia distributiva, en función de que el derecho del trabajo, ya sea la norma jurídica, procesal o substancial, es proteccionista o tutelar de la clase trabajadora; si no fuese así, entonces se trataría de otra disciplina. Por tanto, en el campo jurisdiccional, el proceso económico emanado de los conflictos que obedezcan a causas económicas entre el capital y el trabajo, es un medio de proteger a los trabajadores de perjuicios mayores en el peor de los casos, pues de no ser así no estaría regulado en la Ley del Trabajo.[8]

En otro conflicto de la misma naturaleza,[9] nuestro máximo tribunal, reitero el criterio anterior en términos similares:

> ...Si el conflicto que resuelve una Junta de Conciliación y Arbitraje, es de orden económico, como en conflictos de esta índole las autoridades del trabajo están facultadas para dictar la resolución que estimen más conveniente, de acuerdo con los dictámenes de los peritos y con las objeciones de las pruebas presentadas por las partes, pudiendo hasta modificar las condiciones del contrato de trabajo y ofrecer una solución distinta a la que las partes hayan propuesto....

El procedimiento colectivo de naturaleza económica, tiene por objeto equilibrar las relaciones obrero-patronales, aplicando los principios de la justicia social, lo cual, implica el respeto absoluto de los derechos mínimos del sector obrero, y libertad para modificar las condiciones generales de trabajo que privan en el centro de labores.

7 De Buen, Néstor, *Derecho procesal del trabajo*, México, Porrúa, 1988, p. 559.

8 Trueba Urbina, Alberto, *Tratado teórico-práctico de derecho procesal del trabajo*, México, Porrúa, pp. 449 y 450.

9 SJF, t. XVI, p. 3788.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Y entonces, las prerrogativas concedidas al trabajador, que superan los mínimos constitucionales, tienen carácter dispositivo; por ello, pueden modificarse al tenor de los siguientes principios:

a) Unilateralmente por el patrón, sin el consentimiento del trabajador, lo cual, a todas luces viola sus derechos y constituye una conducta ilícita.
b) Mediante el procedimiento de huelga, la cual, al calificarse de existente, obliga a la contraparte a una aceptación del pliego de peticiones o, en su caso, arreglo conciliatorio.
c) Conflicto colectivo de naturaleza económica, en cuya etapa conciliatoria las partes pueden llegar a un acuerdo.
d) Paro técnico (neologismo contemporáneo), en donde las partes celebran un convenio colectivo modificando las condiciones de trabajo, sin afectar los derechos mínimos.

La situación crítica que ha vivido nuestro país con motivo de la globalización mundial, ha motivado que, los problemas del exterior, influyan en la economía nacional, provocando cierres, huelgas, suspensiones colectivas, etcétera. El Estado, consciente de la obligación de preservar el empleo, mantiene activas las fuentes de trabajo.

Es de tomarse en cuenta la siguiente tesis de jurisprudencia, en cuanto a los conflictos de naturaleza económica, que se transcribe a continuación:

> Conflictos de orden económico. Conforme a los artículos del 572 al 578, inclusive, de la Ley Federal del Trabajo, los conflictos de orden económico, tienen dos etapas claramente demarcadas: una, que tiende a la investigación de las condiciones que prevalecen en la fuente de trabajo, y otra, de carácter contencioso, en la que las partes plantean sus respectivos puntos de vista, rinden las pruebas relacionadas con las objeciones al dictamen, a efecto de que se pueda dictar la resolución correspondiente. Ahora bien, en la primera etapa, la Junta opera dentro del sistema inquisitivo, y es ella la reguladora del procedimiento y quien tiene que cuidar que los peritos y las comisiones asesoras, actúen de acuerdo con su encargo; por lo que la omisión en que haya incurrido la Junta, al no cuidar el desa-

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

> rrollo normal del procedimiento, nunca puede redundar en perjuicio de cualquiera de las partes, ya sea la patronal o la representante de los trabajadores, y en el caso, debe concederse el amparo, a fin de que la Junta resuelva el conflicto de orden económico, en los términos del artículo 576 del citado ordenamiento, en presencia del dictamen rendido por los peritos, las objeciones y las pruebas rendidas por las partes.[10]

La Ley Federal del Trabajo, en sus artículos, del 900 al 919, señala el procedimiento que se debe agotar para dirimir los conflictos colectivos de trabajo de naturaleza económica, permitiéndonos citar textualmente la jurisprudencia histórica, del tenor siguiente:

> Conflictos De Orden Económico, Procedimientos en los (tesis histórica). Existen en la Ley Federal del Trabajo dos procedimientos señalados para la resolución de los conflictos entre patronos y trabajadores, los cuales se encuentran contenidos en los capítulos IV y VII del título noveno. El procedimiento ordinario comprendido en el capítulo cuarto, tiene por objeto satisfacer la necesidad jurídica de que una de las partes cumpla con cierta disposición de la ley o con determinada obligación contractual que se ha impuesto. El procedimiento especial establecido en el capítulo séptimo, se integra por una serie de disposiciones bajo el rubro: "Conflictos de orden económico", entendiéndose por tales, aquellos que se originan por la acción de complejas causas económicas, que dan lugar a frecuentes alternativas en la industria, que dañan o favorecen a determinadas negociaciones, puesto que se refieren a periodos de depresión que de tiempo en tiempo se manifiestan, subsiguientemente a períodos de prosperidad, provocando necesariamente aquéllos, una contracción y éstos, una expansión de todas las ramas productoras, con el licenciamiento u ocupación de muchos trabajadores o la disminución o aumento del capital destinado a remunerarlos. Las autoridades del trabajo, en estos casos, cumplen su papel de orientadoras de la producción,

[10] Amparo directo en materia de trabajo 256/46, Tesis 95, Quinta Época, cuarta sala, apéndice 2000, t. V, Trabajo, P. R. SCJN, p. 56, Hernández de Rigada Petra, 14 de agosto de 1946, unanimidad de cuatro votos; ausente: Roque Estrada. La publicación no menciona el nombre del ponente. *Semanario Judicial de la Federación*, t. LXXXIX, p. 1719.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

ajustándose a los principios que rigen la demanda y la oferta del trabajo; justifican su remuneración y las formas de realizarla, pues sabido es que las leyes del salario oscilan a menudo según que la producción industrial esté bien o mal dirigida, técnicamente, o que las cantidades producidas sean o no menores que las consumidas. De allí que el artículo 570 de la Ley Federal del Trabajo considere estos conflictos como de naturaleza especial, cuya tramitación es distinta de los términos establecidos para el procedimiento ordinario. Sucintamente, el juicio que nos ocupa tiene por objeto el que expertos o técnicos estudien y opinen sobre el conflicto planteado, señalando la forma de resolverlo, en un dictamen que es dado a conocer a las partes, a fin de que lo objeten, aportando al efecto las pruebas en que funden sus observaciones, para que la Junta del conocimiento dicte, sin más trámite, la resolución que corresponda. En consecuencia, el carácter predominante de un procedimiento como el señalado, no puede ser otro que la brevedad en los términos y la simplicidad en las actuaciones, sin que por esto deje de conciliarse la necesidad de otorgar a las partes, garantías suficientes de imparcialidad en los trámites, con una pronta y eficaz resolución que venga a restablecer el desequilibrio económico suscitado. Es, por tanto, inadmisible que en controversias de esta índole, puedan seguirse o adoptarse no sólo instituciones procesales del derecho civil, pero ni aún las que pertenezcan al procedimiento ordinario, en materia de trabajo, máxime que la ley ofrece un sistema completo y coherente para resolverlas. Así, por ejemplo, respecto a los técnicos o peritos que conforme al artículo 572 de la Ley Federal del Trabajo, designa la Junta para que, asesorados de dos comisiones, una de obreros y otra de patronos y haciendo uso de la mayor libertad, lleven a cabo un completo estudio de las causas del conflicto, inspeccionen los establecimientos, recaben informes, etc., en un plazo previamente fijado en consonancia con la gravedad de la situación, estudio que, terminado, no pasa a la apreciación inmediata de la autoridad, sin antes ser motivo de objeciones por las partes, de conformidad con el artículo 576 de la misma ley, sería antijurídico suponer que dichos técnicos o peritos pudieran ser recusados, puesto que la deseada imparcialidad que se busca en sus opiniones, se logra ampliamente con el sistema mencionado de la ley, sin necesidad de hacer uso de recurso alguno tomado del sistema civil, y aun cuando el artículo 535 de la Ley Federal del Trabajo, manda que el auxiliar del presidente, en cada grupo especial, formule un dictamen haciendo breve

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

> relato de las diversas actuaciones que se hubieren llevado a cabo, durante el juicio, para deducir de los hechos controvertidos los que deban tenerse por firmes y probados, de acuerdo con las disposiciones reglamentarias, debe tenerse en cuenta que es precisamente la ausencia de estas disposiciones, dentro del procedimiento para los conflictos de orden económico y la redacción terminante de los artículos 575 y 576 del ordenamiento del trabajo, lo que hace innecesaria la opinión del auxiliar, y en cuanto a los alegatos, no siendo sin duda otra cosa que demostraciones por medio de razonamientos, es claro que a ellos se refiere la ley, cuando en su artículo 575 otorga a las partes un término de setenta y dos horas para que formulen objeciones sobre el valor de los dictámenes periciales, ofreciendo al mismo tiempo los elementos que comprueben sus aseveraciones, atenta además, la disposición expresa del artículo 576, que ordena que después de celebrada la audiencia, debe dictarse resolución, de lo que se concluye que no siendo indispensable que en estos procedimientos se formule dictamen por el auxiliar, claro está que el mismo no puede ser entregado a los representantes obrero-patronales, ni tienen éstos que emitir opinión sobre su contenido, siendo tan sólo en la audiencia de discusión y votación donde deben emitir su fallo.[11]

Los conflictos colectivos de naturaleza económica pueden tener las siguientes finalidades:

a) Modificación o implantación de nuevas condiciones de trabajo.
b) Suspensión o terminación de las condiciones colectivas de trabajo (salvo que la ley establezca otro procedimiento).

La conciliación representa un objetivo fundamental del proceso, la cual deberá intentarse en todas las fases procesales.

Constituye una omisión incalificable del legislador, haberla excluido como un principio general del derecho, no obstante que se considera la institución más importante de la disciplina.

[11] Amparo directo en materia de trabajo 2/38, Quinta Época, cuarta sala, apéndice 2000, t. V; Trabajo, P. R. p. 697, Compañía de Petróleo El Aguila, S. A. y coags., 1o. de marzo de 1938, unanimidad de cuatro votos; excusa: Xavier Icaza; relator: Alfredo Iñárritu, *Semanario Judicial de la Federación*, t. LV, p. 2008.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

José de Jesús Castorena[12] lo señalaba en los siguientes términos:

> La conciliación no es nada más un elemento del proceso, es también un carácter de él. Hay procesos o partes de él, dispuestos para alcanzar la conciliación; digamos la fase ante las Juntas Municipales y Federales de conciliación que concluye con una opinión del órgano para determinar el arreglo, sea que se acepte, sea que se introduzcan algunas modificaciones por las partes; digamos también del proceso de tipo económico, cuyo laudo es una formula conciliatoria más que una decisión, que no se apoya en las cuestiones debatidas, sino en las que por principio de equidad, considera la Junta esenciales del conflicto y cuya substanciación va encaminada a descubrir la verdad real, no la dispuesta por las partes; señalemos, por último, la oportunidad, en el proceso ordinario, después de pronunciado el laudo, que los artículos 589 y siguientes dan a las partes para encontrar una fórmula de cumplimiento o de ejecución, diversa de la que deriva de los mandamientos contenidos en el laudo.

Sin embargo, sus conceptos fueron pasados por alto en la Comisión Redactora de la Ley; y el Congreso de la Unión, se concretó a aprobarla sin el menor análisis, provocando esta laguna convalidada tácitamente en las diversas disposiciones jurídicas que privilegian la conciliación en los diversos procedimientos.

1. *El conflicto económico*

Por razones inexplicables procede la suspensión del trámite cuando los trabajadores ejercitan el derecho de huelga, salvo que decidan someter el conflicto al arbitraje de la junta.

Este precepto, es a todas luces inconstitucional, puesto que le niegan a una de las partes su derecho de acción ante las autoridades jurisdiccionales, condicionándolo a una decisión (potestativa), de los trabajadores, la cual, de no tomarse, paraliza los derechos fundamentales de una de las partes.

12 Castorena, Jesús J. *Procesos del derecho obrero*, México, Imprenta DIDIOT, p. 49.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Como es lógico suponer, la simple presentación de la demanda patronal en un conflicto colectivo económico que constituye el detonador para que los obreros promuevan una huelga, independientemente de su justificación, que se traduce en la aplicación del principio citado en detrimento de la empresa.

Durante mucho tiempo se discutió si la presentación del emplazamiento suspendía el conflicto colectivo, bajo una interpretación exegética, esto no es posible atendiendo a la propia definición,[13] que considera la huelga como la suspensión efectiva de labores. Por otro lado, mientras no se actualice la interrupción de actividades, su ejercicio no se ha concretizado; luego entonces, el supuesto jurídico que prevé la paralización del conflicto colectivo no se concretiza en realidad efectiva.

De lo anterior, se infiere la necesidad de un estallamiento de huelga para no continuar con el trámite de la demanda interpuesta por la empresa, hasta que el conflicto obrero se someta a la imputabilidad de la autoridad laboral.

2. *Modificación de condiciones*

Este concepto, incluido a partir de la vigencia de la legislación actual, considera los elementos económicos que incidieran en la contratación colectiva durante su vigencia, por tal motivo, los sindicatos o patrones se encuentran en posibilidad de variar las condiciones de trabajo, siempre y cuando se concreticen las siguientes hipótesis:

a) Circunstancias económicas que lo justifiquen.
b) Aumento del costo de vida que origine un desequilibrio entre capital y trabajo.

El primer supuesto, es aplicable a los patrones; y, el segundo a los trabajadores.

En efecto, cualquier impacto económico en las finanzas de la empresa tendrá que ser negativo, resultando ilógico que en tiempos

13 Artículo 440, de la Ley Federal del Trabajo.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

de bonanza, y esta promoviera un conflicto económico para mejorar las condiciones de laborales, ya que, unilateralmente lo puede hacer, o en su caso, acordarlo con el sindicato, el cual jamás se negaría al incremento de prestaciones del personal.

El segundo supuesto es aplicable a ambas partes; luego entonces, el desequilibrio económico justifica la necesidad de iniciar el conflicto colectivo, sin embargo, las organizaciones sindicales tienen otra vía más expedita, a través del emplazamiento a huelga, cuyo fundamento constitucional es precisamente el desequilibrio entre los factores de la producción.

Empero frente a la posibilidad alternativa de escoger la vía procesal, indiscutiblemente que la huelga será seleccionada.

La historia laboral mexicana, sólo registra un caso en el cual los trabajadores escogieron el conflicto colectivo para resolver sus diferencias (la expropiación petrolera de 1938), y tuvo como fundamento, la negativa de las empresas al acatamiento del laudo dictado por la Junta Federal de Conciliación, derivado de dicho conflicto.

En el caso, la excepción se fundó en el propio interés del gobierno, para conocer la situación económica de las afectadas, a través de los estudios periciales en sus contabilidades, lo cual no podía lograrse con la suspensión de labores derivada de una simple huelga.

La estrategia dio los resultados esperados, y al conocerse los estados financieros, no se justificaba la negativa a incrementar salarios y prestaciones, cuya desobediencia al mandato jurisdiccional, justificó ampliamente la expropiación petrolera.

3. *Implantación de nuevas condiciones*

En esta hipótesis, la empresa no invoca situaciones financieras; por el contrario, las nuevas inversiones, fusiones con otras sociedades, modernidad tecnológica etcétera, provocan exceso de personal que requiere reajuste o reacomodo.

El progreso y desarrollo siempre ha impactado en el sector laboral, y en forma inevitable modifica los términos de su contratación, por tal motivo, es el único caso donde la indemnización del personal

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

se incrementa en un mes más (cuatro en total), independientemente de las prestaciones accesorias.

4. *Suspensión colectiva*

Son causas de interrupción temporal de las relaciones de trabajo en una empresa o establecimiento:

- El exceso de producción con relación a sus condiciones económicas y a las circunstancias del mercado.
- La incosteabilidad, de naturaleza temporal, notoria y manifiesta de la explotación.
- La falta de fondos y la imposibilidad de obtenerlos para la prosecución normal de los trabajadores, si se comprueba plenamente por el patrón.

5. *Terminación colectiva*

La conclusión definitiva de las relaciones con parte o la totalidad del personal, se concretiza también por la incosteabilidad notoria y manifiesta de la explotación, debemos hacer notar, sin embargo, sus diferencias en los casos de suspensión la empresa considera que las condiciones del mercado son temporales, y en un futuro inmediato cambiarán. En los casos de terminación se da un primer paso de suspensión y posteriormente se pide la terminación, con la posibilidad también que la terminación no transite por esta etapa previa.

6. *Riguroso cumplimiento de las normas especiales*

Por tratarse de un procedimiento *sui generis*, en su tramitación deben observarse estrictamente las normas procesales especiales, único caso en el que procedería el juicio constitucional, según lo determinó el máximo tribunal:

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

> Las normas adjetivas fijadas en la Ley Federal del Trabajo, para la tramitación de los conflictos de orden económico, son de orden público y los Tribunales están obligados a acatarlas, para estar en posibilidad de dictar una decisión conforme a derecho, haciendo que ambas partes queden colocadas en situaciones procesales de justicia que permitan lograr el propósito ya apuntado; por lo que si del expediente original remitido por la junta señalada como responsable, aparece que el procedimiento seguido en un juicio de esa naturaleza, fue irregular, por no haberse seguido conforme a lo dispuesto por el artículo 579 de la Ley de la materia, en relación con lo que estatuye la fracción V del artículo 116 de la misma, debe tenerse por justificado el concepto de violación hecho valer por este motivos y concederse el amparo que por el mismo se solicite.[14]

Debemos tomar en consideración que este conflicto es el resultado del desequilibrio económico entre los factores de la producción, el cual tiene por objeto la suspensión, terminación de condiciones colectivas de trabajo, o la implantación o creación de nuevas condiciones de trabajo.

> Artículo 900. Los conflictos colectivos de naturaleza económica, son aquéllos cuyo planteamiento tiene por objeto la modificación o implantación de nuevas condiciones de trabajo, o bien, la suspensión o terminación de las relaciones colectivas de trabajo, salvo que la presente Ley señale otro procedimiento.

Para muchos es considerado como una opción conciliatoria y contenciosa del procedimiento de huelga y la negociación colectiva, que mediante la rendición de peritajes financieros de la empresa se dictamina, y resuelven las medidas particulares de solución. En la práctica, este procedimiento es de difícil realización, ya que en términos del artículo 902 de la Ley laboral, el emplazamiento a huelga suspende su tramitación (huelga estallada).

14 Apéndice de jurisprudencia al *Semanario Judicial de la Federación*, México, 1955, vol. II, tesis 258, p. 498.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

> El ejercicio del derecho de huelga suspende la tramitación de los conflictos colectivos de naturaleza económica, pendientes ante la Junta de Conciliación y Arbitraje y la de las solicitudes que se presenten, salvo que los trabajadores manifiesten por escrito, estar de acuerdo en someter el conflicto a la decisión de la Junta.

No es aplicable lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando la huelga tenga por objeto lo señalado en el artículo 450, fracción VI (huelga por solidaridad).

Las juntas, mediante este procedimiento, no se contraen a expresar el derecho, sino que crean la solución aplicable al caso concreto. Las conquistas laborales, por su carácter irreversible, deben prevalecer; sin embargo, ante el cierre definitivo de la fuente de trabajo, las condiciones deben modificarse, adecuándolas a las circunstancias económicas de las empresas, que se traducen en un beneficio, respetando los derechos mínimos consagrados en la Constitución.

> Contratos colectivos de trabajo o contratos-ley. En ellos no se pueden pactar condiciones generales de trabajo inferiores a las establecidas en el artículo 123 constitucional ni contrariar las garantías individuales. Las partes en la relación laboral, trabajadores y patrones, tienen la libertad de pactar las condiciones en que habrá de prestarse el trabajo, siendo alguna de las formas o medios de hacerlo la celebración del contrato colectivo de trabajo, o bien, del contrato-ley, siempre y cuando no contravengan las disposiciones que, de manera imperativa, se encuentran establecidas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por lo que en tales contratos las condiciones generales de trabajo convenidas no podrán ser inferiores a las previstas en el artículo 123 de la propia Carta Magna, ni contrariar las garantías individuales consagradas en su capítulo I, del título primero.[15]

La suspensión de las condiciones colectivas podrá ser promovida por el patrón en los siguientes casos:

[15] Tesis 2a. LXII/2001, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XIII, mayo de 2001, p. 445

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

a) Exceso de producción (artículo 427, fracción III).
b) Incosteabilidad temporal (artículo 427, fracción IV).
c) Falta de fondos (artículo 427, fracción V).

La terminación de las relaciones colectivas por incosteabilidad total (artículo 434, fracción II).

La implantación y modificación de las condiciones colectivas de trabajo, por las circunstancias económicas que la justifiquen (disminución de derechos contractuales).

La suspensión de las condiciones colectivas podrá ser promovida por los trabajadores en los siguientes casos:

1) Modificación de las condiciones colectivas de trabajo.
2) Circunstancias económicas que la justifiquen (aumento de derechos contractuales).
3) Aumento del costo de vida que origine desequilibrio entre el capital y el trabajo (artículo 426).
4) Sometimiento al arbitraje en huelga estallada (artículo 937).

La legitimación de los conflictos colectivos de naturaleza económica podrán ser planteadas por los sindicatos de trabajadores titulares de los contratos colectivos de trabajo, por la mayoría de los trabajadores de una empresa o establecimiento, siempre que se afecte el interés profesional, o por el patrón o patronos, mediante demanda por escrito.

El medio idóneo para acreditar un conflicto colectivo de naturaleza económica es mediante, documentos o peritajes que acrediten la medida solicitada (estados financieros, contrato de trabajo, prestaciones, relación de trabajadores: nombres, salario y antigüedades: y, condiciones de trabajo, y peritaje de la situación económica de la empresa).

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

IV. Procedimiento

La Ley Federal del Trabajo señala los requisitos necesarios para promover un conflicto colectivo de naturaleza económica, en artículo 903, de dicho ordenamiento; y señala lo siguiente:

Los conflictos colectivos de naturaleza económica podrán ser planteados por los sindicatos de trabajadores titulares de los contratos colectivos de trabajo, por la mayoría de los trabajadores de una empresa o establecimiento, siempre que se afecte el interés profesional, o por el patrón o patronos, mediante demanda por escrito, la cual deberá contener:

> I. Nombre y domicilio del que promueve y los documentos que justifiquen su personalidad;
> II. Exposición de los hechos y causas que dieron origen al conflicto; y
> III. Las pretensiones del promovente, expresando claramente lo que se pide.

Los documentos anexos a la demanda, según el artículo 904, son:

> El promovente, según el caso, deberá acompañar a la demanda lo siguiente:
> I. Los documentos públicos o privados que tiendan a comprobar la situación económica de la empresa o establecimiento y la necesidad de las medidas que se solicitan;
> II. La relación de los trabajadores que prestan sus servicios en la empresa o establecimiento, indicando sus nombres, apellidos, empleo que desempeñan, salario que perciban y antigüedad en el trabajo;
> III. Un dictamen formulado por el perito relativo a la situación económica de la empresa o establecimiento;
> IV. Las pruebas que juzgue conveniente para acreditar sus pretensiones; y
> V. Las copias necesarias de la demanda y sus anexos, para correr traslado a la contraparte.

La junta en su fallo, acorde con la solicitud de parte, deberá determinar la pretensión concreta, a fin de conseguir el equilibrio y la

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

justicia social en las relaciones entre los trabajadores y patrones, sin que en ningún caso pueda reducir los derechos mínimos consignados en las leyes, y podrá resolver lo siguiente:

1) Aumentar o disminuir el personal.
2) Aumentar o disminuir la jornada de trabajo.
3) Aumentar o disminuir la semana de trabajo.
4) Aumentar o disminuir los salarios.
5) En general, modificar las condiciones de trabajo.

1. *Audiencia inicial*

Deberá realizarse dentro de los cinco días siguientes de recibida la demanda, desarrollándose bajo las siguientes reglas:

a) La ausencia del promovente presume desistimiento tácito.
b) La inasistencia de la contraparte, implicará inconformidad con todo arreglo.
c) En el caso anterior el promovente deberá exponer a continuación, los hechos y causas que originan el conflicto ratificando su petición.
d) Si concurren ambos, después de escucharlos, se les exhortará a una conciliación, debiendo intervenir los representantes de la junta, sugiriendo formas de conclusión conciliatoria.
e) De suscribirse un convenio aprobado por la autoridad, concluirá el conflicto produciendo todos los efectos jurídicos a un laudo.
f) Si no hay acuerdo, cada parte hará uso de la palabra, formulará peticiones, y ofrecerá pruebas ordenándose el desahogo de las que se admitan.

2. *Periciales de oficio*

a) En la diligencia, la Junta deberá designar por lo menos a tres peritos para que investiguen los antecedentes del conflicto.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

b) Los peritos deberán formular su dictamen en un periodo no mayor de 30 días, sugiriendo la forma de concluir con la controversia.
c) Cada una de las partes puede a su vez, designar a un perito para que se asocie a los anteriores, o rinda su dictamen independientemente.
d) Las partes además, podrán designar comisiones para que acompañen a los peritos y formulen observaciones y sugestiones.

3. *Requisitos de los peritos*

a) Mexicano en pleno ejercicio de sus derechos.
b) Autorizado y capacitado para ejercer la técnica, ciencia o arte del dictamen.
c) Si no se requiere autorización, demostrar conocimientos en la materia.
d) No haber sido condenado por delito intencional.

4. *Intervención de las partes ante los peritos*

Las partes dentro de los primero diez días, concedidos a los peritos, para formular su dictamen podrán presentarles observaciones, informes, estudios y, todos los elementos que a su juicio deberán ser tomados en cuenta.

5. *Facultades periciales*

Los peritos de oficio realizarán todas las investigaciones y estudios que consideren indispensables actuando con toda libertad pudiendo inclusive:

a) Solicitar informes y estudios a toda clase de autoridades, instituciones, órganos del Estado o particulares que se ocupen de problemas económicos relacionados con el tema a dictaminar.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

b) Practicar inspecciones en el centro de trabajo, revisando sus libros y documentos.
c) Examinar a las partes y a todo aquel que se encuentre relacionado con el problema, formulándoles el interrogatorio pertinente.

6. *Contenido del dictamen*

a) Hechos y causas que originaron el conflicto.
b) Relación del costo de la vida familiar y salarios del personal.
c) Salarios promedio en empresas de la misma rama y condiciones generales de labores.
d) Condiciones económicas del promovente.
e) Condición general de la industria que forma parte de la empresa.
f) Condiciones generales del mercado.
g) Estadísticas de la economía nacional.
h) Sugerencias para solucionar el conflicto.

7. *Interrogatorio pericial*

a) Una vez entregado el dictamen a la autoridad, y copia a las partes, estas pueden formular las observaciones pertinentes.
b) De existir objeciones fundamentales, podrán ser citados para contestar las preguntas que se les formulen.
c) La parte que se considera afectada con el dictamen, podrá ofrecer pruebas para justificar las razones de inconformidad.

8. *Actuaciones oficiosas*

a) La autoridad laboral goza de facultades absolutas para complementar, aclarar o precisar cualquier punto relacionado con el dictamen, complementarse con informes de terceros, interrogar directamente a los peritos o designar comisiones para que practique investigaciones o estudios especiales.
b) Los terceros deberán proporcionar a la autoridad y a los peritos oficiales, todos los informes que les soliciten, y coadyuvar para el mejor esclarecimiento de la controversia.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

9. *Alegatos*

Una vez desahogadas todas las pruebas y previa certificación de la secretaria que así lo determine, las partes gozarán de un término de 72 horas para formular alegatos por escrito, y en caso de omisión se les tendrá por perdido su derecho.

10. *Dictamen laboral*

Declarada cerrada la instrucción, deberá formularse el dictamen, el cual se rige por los principios generales de las resoluciones laborales:

a) Extracto de las exposiciones y peticiones de las partes.
b) Síntesis del dictamen pericial y observaciones que se hubieren hecho.
c) Enumeración y apreciación de las pruebas y diligencias practicadas por la Junta.
d) Resumen de los alegatos.
e) Motivos y fundamentos para solución del conflicto.

Cada uno de los representantes de la junta, recibirá una copia citándoles a una audiencia de resolución, la cual deberá realizarse en la forma acostumbrada para los conflictos ordinarios.

11. *Contenido del fallo*

La autoridad laboral deberá tomar en consideración el equilibrio y la justicia social que debe prevalecer en las relaciones entre trabajadores y patrones. Como una consecuencia goza de la más amplia libertad para:

a) Aumentar o disminuir el personal.
b) Aumentar o disminuir la jornada diaria o la semana de trabajo.
c) Aumentar o disminuir los salarios.
d) Modificar libremente las condiciones de trabajo existentes.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

e) Estas facultades aludidas con anterioridad solo son limitables por los derechos mínimos de los trabajadores consignados en la constitución y Ley Federal del Trabajo, que por su carácter irrenunciable no pueden ser motivo de disminución

Engrosado el laudo o sentencia económica colectiva, que crea condiciones nuevas de trabajo, y una vez recabadas las firmas de los representantes que votaron en el negocio, se turnará el expediente al actuario para que de inmediato lo notifique personalmente a las partes. Con gran polémica se estima que la resolución produce los efectos de un laudo, bajo la forma de sentencia económica colectiva, por lo que se considera improcedente el amparo de fondo, por referirse a condiciones económicas y no jurídicas, en todo caso, sería procedente por indebida apreciación de pruebas o por violaciones al procedimiento.

V. Conclusiones

Podemos definir a los conflictos colectivos de naturaleza económica como aquellos que tienen por objeto la modificación o implantación de nuevas condiciones de trabajo, o bien, la suspensión o terminación de las relaciones colectivas de trabajo.

En la ley de 1970 nos indica que los conflictos económicos no pueden resolverse en procedimiento ordinario, por lo que los mismos tuvieron que mantenerse al margen de los juicios individuales o colectivos, ya que su naturaleza es completamente diferente.

En la reforma de 1980, se analiza la exposición de motivos en donde se desprende que, por su propia naturaleza económica, este tipo de conflicto obedecen más a prácticas periciales que a los aspectos legales aplicable al caso.

En nuestra legislación laboral federal siempre ha aparecido en el capítulo de procedimientos los aspectos colectivos económicos y actualmente, por definición establece cuatro hipótesis para su ejercicio:

- La modificación.
- Implantación de condiciones.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

- Suspensión.
- Terminación de relaciones de trabajo.

Los conflictos colectivos de orden económico, están relacionadas con el establecimiento de nuevas condiciones de trabajo, que por su naturaleza especial, no puedan resolverse mediante el procedimiento ordinario; por lo tanto, por la trascendencia que tiene en las relaciones obrero-patronales y la sociedad deben tener un lugar prioritario en el proceso del trabajo, sin embargo, la lentitud y obstáculos legales, lo convierten en un procedimiento de difícil realización.

La modificación, suspensión o terminación de las relaciones colectivas de trabajo en todos los casos deberían tramitarse mediante procedimiento sumario o especiales, para que se reduzca a una audiencia de conciliación; demanda y excepciones; ofrecimiento y admisión de pruebas y resolución, con una regulación particular en peritajes y efectos de la sentencia, y sin la posibilidad de que el emplazamiento a huelga suspenda su tramitación.

Luego entonces, los titulares del derecho, en la mayoría de los casos, y ante los problemas procesales antes señalados, únicamente tienen el derecho de modificar las condiciones colectivas de trabajo, mediante la libre negociación, y buscar mejores opciones para la prestación del trabajo en la inteligencia de que dicha modificación no debe implicar la renuncia de los derechos mínimos consagrados constitucional y legalmente, en favor de los trabajadores, como se resolvió en la tesis jurisprudencial que cito a continuación:

> Contrato y convenios colectivos en materia de trabajo. Pueden modificarse sin tener que cumplir el procedimiento establecido en el artículo 426 de la ley federal del trabajo. El principio de la autonomía de la voluntad, que sostiene la libertad soberana de los individuos para obligarse contractualmente, se encuentra limitado, constitucional y legalmente, en materia de trabajo, con la finalidad de establecer el equilibrio entre patrones y trabajadores; sin embargo, debe entenderse que dicho principio rige en todos los aspectos no regulados por la Constitución, particularmente en su artículo 123, o por la Ley Federal del Trabajo, y que en ejercicio de su libertad, trabajadores y patrones pueden establecer derechos y obligaciones recíprocos. Una de las formas a través de las que pueden

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

obligarse los sujetos de la relación laboral es el contrato colectivo de trabajo mediante el que se establecen las condiciones generales de trabajo que regirán en una o varias empresas o establecimientos y que puede ser modificado libremente por ellas a través de diversos convenios, sin necesidad de agotar el procedimiento establecido en el artículo 426 de la Ley Federal del Trabajo, en virtud de que tal disposición es una norma protectora de los trabajadores o de la fuente de trabajo, la cual garantiza que por lo menos dicho acuerdo se revisará una vez al año, tratándose de salarios, y cada dos años, en los demás aspectos, y, precisamente, en ejercicio de su libertad de contratación, las partes patronal y trabajadora pueden buscar mejores opciones para la prestación del trabajo, todo eso en el entendido de que dicha modificación no implique una renuncia de los derechos mínimos consagrados constitucional y legalmente en favor de los trabajadores.[16]

16 Contradicción de tesis 2/97; tesis de jurisprudencia 3/99, aprobada por la segunda sala de este alto tribunal, en sesión pública del 18 de noviembre de 1998.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

CRITERIOS DE APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DEL DÉCIMO TRANSITORIO DE LA LEY DEL ISSSTE

María Ascensión Morales Ramírez*

Sumario: I. *Introducción*. II. *Derecho de opción*. III. *Régimen del décimo transitorio*. IV. *Condiciones para el otorgamiento de las prestaciones*. V. *Sujeción a las disposiciones de la nueva ley*. VI. *Ejercicio del derecho de opción*. VII. *Aplicación de los criterios*. VIII. *Conclusiones*. XI. *Bibliografía*.

I. Introducción

La Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales (LISSSTE), vigente a partir del 1o. de abril de 2007, reestructuró de manera general los seguros, prestaciones y servicios.

La exposición de motivos precisó que las principales novedades y cambios estaban relacionados con el sistema de pensiones de retiro.[1] La modificación fundamental consistía en la adopción de un nuevo esquema a través del establecimiento de cuentas individuales, en lugar del sistema de reparto de la ley anterior.

Desde el anuncio de la revisión de la ley, causó preocupación entre los trabajadores, académicos y expertos; su publicación el 31 de marzo de 2007, propició inconformidades en forma general,respecto de toda la nueva ley y, en forma específica, en

* Profesora titular de carrera de la Facultad de derecho de la UNAM.

1 Exposición de motivos de la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, el 31 de marzo de 2007.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

materia de pensiones, que dieron lugar a la interposición de 237 mil demandas de amparo, promovidas por más de dos millones de quejosos.[2]

La primera sentencia dictada por el juez de distrito, motivó la presentación de amparos en revisión y, por tanto, la intervención del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

El máximo tribunal determinó analizar de manera general, los conceptos de violación aducidos por los diversos quejosos, con la finalidad de emitir lineamientos que sirvieran de referencia a los juzgados de distrito creados *ad hoc,* para inducir o sugerir que las resoluciones respectivas se pronunciaran en el mismo sentido y, con ello evitar, por una parte, la diversidad y dispersión de criterios sobre las mismas cuestiones; y por otra, facilitar la resolución de los amparos en revisión.

En este marco, el pleno de la corte elaboró una ruta crítica, a través de un documento denominado *Problemario general*, con el cual se realizaría el análisis y discusión de los primeros diez amparos en revisión promovidos, agrupados en el expediente 220/2008; el documento comprendía 33 temas, extraídos de las diversas demandas de amparo, sentencias y agravios de los amparos en revisión que resultaban ser esencialmente iguales, con mínimas diferencias.

La discusión de los temas por parte del pleno de la corte, en cuatro sesiones públicas[3] reveló lo complicado de la nueva Ley del ISSSTE y de sus particularidades complejas; en forma específica, mostró la dificultad para hacer una interpretación inteligible del artículo décimo transitorio, que preveía un régimen de transición para ser optado por los asegurados en activo, y el cual ofrecía muchas posibilidades de duda, generando una gran preocupación al tratarse de disposiciones fundamentalmente dirigidas a trabajadores, y no a juristas especializados; dicho artículo ameritó especialmente, ser discutido en una sesión pública.

[2] En 2007 existían 2,800,000 asegurados y 10,000,000 derechohabientes, según se expresó en la exposición de motivos de la ley.

[3] Del 16 al 19 de junio de 2008, el pleno de la corte llevó a cabo cuatro sesiones públicas ordinarias en las cuales entró al estudio de los primeros 19 temas; en tanto los restantes, fueron objeto de la sentencia definitiva.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

La sentencia dictada por el pleno de la corte en el amparo en revisión 220/2008, dio lugar a más de 90 tesis jurisprudenciales, de las cuales 12 correspondieron a la interpretación y alcance del artículo décimo transitorio.

El presente trabajo tiene como objetivo ofrecer, en una forma sintética, los aspectos relevantes de los criterios jurisprudenciales emitidos con relación al complejo e impreciso régimen de transición derivado del artículo décimo transitorio y artículos relacionados,[4] por constituir materia de un estudio especial por sí solo. Para ello, en primer lugar, se revisa el mecanismo de transición a optar, en segundo lugar, se analizan los criterios de interpretación y aplicación del régimen del décimo transitorio y, por último, se presentan las conclusiones.

II. Derecho de opción

El mecanismo de transición previsto en el artículo quinto transitorio para los trabajadores en activo al entrar en vigor la ley, consistente en optar entre el régimen del artículo décimo transitorio, o por la acreditación de bonos de pensión del ISSSTE (cuentas individuales),[5] fue objeto de controversia al considerarse que imprimía cambios trascendentales al sistema de pensiones de retiro y, por tanto, violaba diversas garantías constitucionales, a saber:

1. *Garantía de irretroactividad*

Se consideró que el mecanismo de transición, al permitir optar sólo entre dos sistemas de pensiones y no dar la opción a permanecer en el antiguo sistema, lesionaba derechos adquiridos con anterioridad.

La Corte estimó que no se violaba la garantía constitucional señalada porque:

4 Artículos 5o., 7o., 11, 12, 19, 26, 27 y 31 de la nueva ley.

5 El nuevo sistema de ahorro, denominado internacionalmente como de capitalización individual.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

a) Aún cuando no se daba el derecho a permanecer en el sistema de pensiones bajo las mismas condiciones de la ley anterior, el régimen del décimo transitorio era regulado por la ley derogada; pero sujeto a ciertas modificaciones graduales,[6] a fin de garantizar su viabilidad en términos financieros.
b) El ejercicio de la opción no conllevaba por sí, a una afectación de los derechos adquiridos al amparo de la ley anterior, porque los trabajadores no adquieren el derecho a pensionarse en cualquier momento, sino cuando cumplen los requisitos previstos en la ley respectiva.

El pleno de la corte fundamentó su criterio en la teoría de los derechos adquiridos, y expectativas de derecho; y en la teoría de los componentes de la norma, así como en los criterios emitidos al respecto por el propio máximo tribunal.

Conforme a la teoría de los derechos adquiridos se explicó, que,

> el derecho adquirido, es definible, cuando el acto realizado introduce un bien, una facultad, un aprovechamiento al patrimonio de una persona, y ese hecho ya no puede afectarse, ni por voluntad de quienes intervinieron en el acto, ni por disposición legal en contrario.

Por su parte, la expectativa de derecho es una esperanza, una pretensión, de que se realice una determinada situación jurídica; pero no ha entrado al patrimonio de la persona; así, la ley es retroactiva cuando trata de modificar o destruir los derechos que una persona adquirió, bajo la vigencia de la ley anterior, porque esos derechos ya habían entrado a su patrimonio o esfera jurídica.

Con base en la teoría de los componentes de la norma, se señaló:

> toda norma jurídica contiene un supuesto y una consecuencia, en el que si el supuesto se realiza la consecuencia debe producirse,

6 Tesis jurisprudencial 113/2008. ISSSTE. El derecho que se otorga a los trabajadores que se encuentren en activo para elegir entre dos regímenes de pensiones de retiro diferentes, no viola la garantía de irretroactividad de la ley que consagra el artículo 14, de la Constitución Federal.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

generándose así los derechos y obligaciones correspondientes. Sin embargo, el supuesto y la consecuencia no siempre se generan de modo inmediato; puede suceder que su realización ocurra fraccionada en el tiempo dando lugar a diversas hipótesis.

Con estas teorías, las pensiones constituyen un derecho adquirido cuando se cumple con la edad y años de servicio requeridos.[7]

2. *Garantías igualdad y no discriminación*

a) Trato desigual entre los trabajadores del Estado. Se objetó que el mecanismo de transición suponía en sus dos alternativas, el goce de derechos de diferente alcance y contenido, con lo que daba lugar a un trato diferenciado a todos los trabajadores del Estado, ubicados en una misma situación jurídica.

El Pleno consideró que no se violaban tales garantías, pues aún cuando pudiera estimarse que el mecanismo de transición suponía el goce de derechos de diferente sentido y alcance, lo cierto era que el derecho de opción no generaba un trato disímil y discriminatorio entre los trabajadores del Estado, porque se otorgaba a todos los trabajadores en activo, al entrar en vigor la ley, sin hacer distinción alguna por razones de género, edad, profesión u otra análoga; además, porque su ejercicio no se sujetaba a ninguna condición, evidenciando que tampoco tenía como fin anular o menoscabar la igualdad real de oportunidades de los trabajadores ni sus derechos, porque en el artículo cuarto transitorio, reconocía a

[7] En voto particular, los ministros Meza Silva y Ortiz Mayagoitia, consideraron que el cambio de sistema de pensiones de retiro y las modalidades previstas en el artículo décimo transitorio, eran trascendentales, adolecían del vicio de retroactividad para los trabajadores en activo, porque los sacaba del antiguo sistema; y aunque establecía una opción, la cual no era quedarse el anterior o ir a un nuevo régimen, sino ir a dos nuevas posibilidades diferentes: una, contrastantemente diferente con el sistema anterior; la otra, se asemeja a aquél, pero imprime modalidades que afectan derechos adquiridos.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

todos las aportaciones realizadas con anterioridad a fin de garantizar sus beneficios pensionarios.[8]

b) Trato desigual respecto de los trabajadores sujetos a la Ley del Seguro Social. Se argumentó que el artículo séptimo transitorio, al prever un plazo para ejercer el derecho de opción (entre dos esquemas, con condiciones y modalidades diversas), antes de actualizarse cualquier supuesto de pensión violaba la garantía de igualdad jurídica con relación a lo dispuesto por el artículo tercero transitorio del decreto relativo a la expedición de la Ley del Seguro Social,[9] que estableció al momento del retiro, el derecho de los asegurados para optar por la aplicación de la ley anterior, o de la nueva, sin modalidades, ni plazos perentorios.

La corte consideró que no se violaba la garantía de igualdad, pues si bien se otorgaba un trato diferente a los servidores públicos respecto de los afiliados del seguro social, era porque no se encontraban en la misma situación jurídica, a causa de que las relaciones laborales son de diversa naturaleza.

El máximo tribunal se apoyó en la interpretación administrativa[10] del artículo 123 constitucional, al señalar que,

> ...mientras éstos (obreros) laboran para empresas con fines de lucro o de satisfacción personal, los servidores públicos trabajan para instituciones de interés general, constituyéndose en colaboradores en el ejercicio de la función pública, lo que evidencia, que sin desconocer los derechos fundamentales de los trabajadores, el Constituyente Permanente estimó necesario otorgar un tratamiento igual a los que se encuentran bajo una misma situación jurídica y desigual a los que se colocan en situaciones jurídicas disímiles.

8 Tesis jurisprudencial 114/2008. ISSSTE. El artículo quinto transitorio de la ley relativa, no viola las garantías de igualdad y no discriminación previstas en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

9 Publicada el 21 de diciembre de 1995, en el *Diario Oficial de la Federación*.

10 La interpretación laboralista, defendía la aplicación del artículo 123 constitucional a todos los trabajadores.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Respecto de la implementación del nuevo sistema de pensiones (cuentas individuales),[11] la corte estimó que el legislador tampoco tenía la intención de colocarlos en una situación de absoluta igualdad jurídica frente a los trabajadores afiliados al seguro social, pues la intención obedecía a:

a) Evitar que los trabajadores públicos perdieran sus aportaciones y se desconocieran sus períodos de cotización cuando dejaran de prestar sus servicios al Estado.
b) La migración al nuevo sistema, implicaba el otorgamiento de un bono equivalente a la pensión reconocida a la fecha de entrada de la nueva ley, lo que no aconteció con los trabajadores afiliados al seguro social.

En suma, con estos razonamientos, la corte confirma el trato desigual a los trabajadores, en donde rigen criterios de trabajadores de primera y segunda clase.

III. Régimen del décimo transitorio

El complejo e impreciso régimen de transición previsto en el artículo décimo transitorio, obligó al pleno de la Suprema Corte a realizar un estudio e interpretación[12] del mismo, antes de pasar al análisis de su constitucionalidad.[13]

11 Tesis jurisprudencial 115/2008. ISSSTE. El artículo séptimo transitorio de la ley relativa. No viola las garantías de igualdad y no discriminación previstas en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

12 La corte reconoció la incongruencia entre la exposición de motivos, los dictámenes de las respectivas Cámaras de diputados y senadores y la redacción final del artículo; por ello, era necesaria su interpretación a efecto de entenderlo en sus términos y alcances.

13 El análisis de constitucionalidad de una ley conlleva a confrontar lo previsto por esta con lo dispuesto en la Constitución; para ello, primero se tienen que interpretar las disposiciones, a fin de precisar el justo alcance de las mismas y, con base en ello, determinar su apego a la norma suprema.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

1. *Estudio e interpretación*

En el análisis del décimo transitorio, el pleno de la corte, decidió realizar una interpretación integradora, que consiste en precisar el verdadero sentido y alcance de un precepto legal.

En este sentido, el máximo tribunal tuvo que definir la materia de dicho artículo (qué pensiones regulaba), y determinar su alcance (si a estas pensiones les eran aplicables la totalidad de las disposiciones de la derogada ley o solamente algunas de ellas).[14] El estudio e interpretación abarcó los siguientes aspectos:[15]

- Modalidades. La corte estimó que el término modalidades, previsto en el párrafo primero del artículo objeto de estudio, se refiere al régimen de pensiones de la ley anterior, previstas en el capítulo V, del segundo título, esto es, la ultra actividad de dicha ley aplicaba sólo a las pensiones de jubilación, edad y tiempo de servicios, cesantía por edad avanzada, invalidez y muerte.[16]

14 Entre los propios ministros no existía claridad sobre el alcance del décimo transitorio, de tal suerte que existieron tres posturas: *a*) el antiguo sistema únicamente operaba en las pensiones de jubilación, retiro en edad y tiempo de servicios; *b*) el antiguo sistema se extendía a las primeras cuatro fracciones del décimo transitorio: jubilación, retiro por edad y tiempo de servicios, invalidez y muerte, cesantía e indemnización global y *c*) la aplicación del anterior régimen comprendía a todo el sistema pensionario, incluida la fracción V, del décimo transitorio, referida a la pensión por riesgos de trabajo porque esta se encuentra moralizada; en cuanto a esta, le eran aplicables los artículos 40, 41 y 42 de la nueva ley, pues la modalidad consistía en que el gobierno contratara una renta vitalicia a favor del trabajador, o en caso de fallecimiento, el seguro de sobrevivencia para sus familiares derechohabientes, y respecto del monto de la pensión, le aplicaba lo correspondiente de la ley anterior, porque este aspecto no estaba referido en el décimo transitorio.

15 El ministro en retiro, Juan Díaz Romero, consideró que la Suprema Corte estableció criterios innovadores por el análisis extensivo de los conceptos de violación, el precisar con claridad los derechos señalados en las normas de tránsito, con miras a determinar la opción sobre el sistema en el que deseaban estar. *Cfr*: *Razón y conciencia,* Órgano Informativo del Instituto de Investigaciones Jurisprudenciales y de Promoción y Difusión de la Ética Judicial, Suprema Corte de Justicia de la Nación, núm. 20, 2008, p.14.

16 Tesis Jurisprudencial 110/2008, ISSSTE. Al régimen previsto en el artículo décimo transitorio de la ley relativa, sólo le son aplicables las disposiciones del capítulo V, del título segundo de la ley abrogada.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

- Beneficios. En razón de que del artículo décimo transitorio no era posible desprender claramente los beneficios, la corte determinó como tales, los siguientes:[17]

1) Otorgamiento de una Pensión.

   a) De jubilación, de retiro por edad y tiempo de servicios, de cesantía por edad avanzada, de invalidez o de muerte.
   b) Gratificación anual, en igual número de días a las concedidas a los trabajadores en activo, según la cuota diaria de su pensión.
   c) La actualización anual de la cuantía de la pensión a partir del primero de enero de cada año.

2) Otorgamiento de una Indemnización global.

Cuando el trabajador se separe definitivamente del servicio sin tener derecho a pensión alguna. En caso de muerte, el importe de la indemnización se entregará a sus beneficiarios.[18]

- Cuotas. Ante la duda de cuáles cuotas cubrirían los trabajadores que optasen por mantenerse en el anterior sistema de pensiones modificado, a causa de no existir disposición legal expresa, la corte precisó que el régimen del décimo transitorio, al contener modalidades, también tenían ese carácter las cuotas y, en ese sentido, el artículo trigésimo primero transitorio, permitía vincular el artículo 102 (cuotas del denominado de retiro, cesantía en edad avanzada y vejez), de la nueva ley al régimen anterior; por tanto, aplicarían las cuotas establecidas en los artículos señalados, con el respectivo incremento gradual.[19]

17 Tesis Jurisprudencial 111/2008, ISSSTE. Beneficios de los trabajadores que opten por el régimen del artículo transitorio de la ley relativa.

18 *Idem*.

19 En opinión de algunos ministros, los artículos señalados no aplicaban al régimen del décimo transitorio porque la condición jubilatoria reconocida en la ley anterior (capítulo V), era distinta, o sea, no referida a las cuotas de retiro, cesantía en edad avanzada y vejez, en este sentido, emitió un voto particular el ministro Franco González.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

- Sueldo básico o sueldo del tabulador regional. Respecto de la controversia en qué consistía el sueldo del tabular regional, el pleno de la corte determinó, con base en una resolución de la segunda sala del máximo tribunal, en contradicción de tesis, que "el sueldo tabular era consignado en los tabuladores regionales para cada puesto y cuya cantidad era el sueldo total que debía pagarse al trabajador a cambio de los servicios prestados"; en este sentido, afirmó que el sueldo tabular no era inferior al previsto en la ley abrogada denominado sueldo básico, sino equivalente, dado que se integraba con los mismos conceptos: nominal, el sobresueldo y las compensaciones adicionales por servicios especiales.[20]

Asimismo, el alto tribunal, precisó que el artículo trigésimo quinto transitorio, al prever que el cálculo del sueldo básico, en ningún caso podría dar por resultado una cantidad menor al sueldo básico establecido en la ley abrogada para el cálculo de las cuotas y aportaciones al instituto; con ello, se protegía al trabajador de cualquier discordancia en el cálculo.

- Cálculo de la pensión. En torno a la impugnación del otorgamiento de una posible pensión inferior, de acuerdo a lo establecido en la fracción IV, del décimo transitorio:

> Para calcular el monto de las cantidades que correspondan por pensión, se tomará en cuenta el promedio del sueldo básico disfrutado en el último año inmediato anterior a la fecha de la baja del trabajador, siempre y cuando tenga una antigüedad mínima de tres años en el mismo puesto y nivel. Si el trabajador tuviere menos de tres años ocupando el mismo puesto y nivel, se tomará en cuenta el sueldo inmediato a dicho puesto que hubiere percibido sin importar su antigüedad en el mismo, presumía que la pensión sería inferior a la correspondiente en términos de la ley anterior.

20 Tesis jurisprudencial 119/2008, ISSSTE. El sueldo del tabulador regional que establece el artículo 17 de la ley relativa, es equivalente al sueldo básico establecido en la ley abrogada.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

El Pleno de la corte determinó que,

> esta condición normativa era inconstitucional porque la justificación de la política administrativa invocada por el legislador carecía de razonabilidad,[21] habida cuenta que se propiciaba una reducción en la cuantía de la pensión, siendo contrario al fin esencial de la jubilación, consistente en que al concluir su etapa productiva, el trabajador reciba una renta vitalicia que le permita mantener la calidad de vida que tenía al separarse definitivamente del servicio.[22]

De esta forma se justificó la violación a los preceptos constitucionales 123, fracción XI, inciso a, y 16, al afectarse la certeza y las bases mínimas de la protección social, pues al exigirse un tiempo amplio de promedio de sueldos, se afectaba económicamente la salida del trabajador a la jubilación, en razón de que el promedio era para rebajar el sueldo, y a mayor tiempo de este sería menor el sueldo a considerarse para el pago de la pensión.[23]

En este marco, la cuantía se calcularía considerando el promedio del sueldo básico percibido en el último año anterior a la

21 En la discusión de este tema, los ministros asumieron diferentes posturas: *a*) para algunos, la ampliación del plazo obedecía a una política pública con objeto de acabar con los fraudes administrativos de ascender al trabajador en el último momento para obtener una pensión mayor, *b*) para otros, resultaba violatoria de la fracción del 123 constitucional, y *c*) para los restantes, se requería una interpretación conforme, porque sería difícil establecer la racionalidad *a priori* en una norma de esta naturaleza para poder asegurar que se dio el ascenso para jubilarse con un sueldo mayor sin merecerlo, o ascendiendo con méritos, faltó un mes o más para lograr la antigüedad exigida, siendo injusto tanto un razonamiento como otro, en consecuencia, se requería el establecimiento de un sueldo promedio o proporcional que mediara el problema.

22 Tesis jurisprudencial 127/2008, ISSSTE. La fracción IV, del artículo décimo transitorio de la ley relativa, es inconstitucional en la parte que condiciona el cálculo de la pensión sobre el promedio del sueldo básico percibido en el año anterior a la baja, a la permanencia del trabajador en el mismo puesto y nivel en los tres últimos años.

23 Los ministros Franco González Salas y Sánchez Cordero emitieron un voto de minoría, en el cual, hicieron notar la incongruencia respecto de lo determinado, en relación a las fracciones del décimo y trigésimo transitorios, a los cuales, se les reconoció la constitucionalidad.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

fecha de baja, en la inteligencia de que la cuota máxima de la pensión no podrá exceder del equivalente a 10 veces del salario mínimo general del Distrito Federal.

- Modificación de los requisitos del anterior sistema de pensiones.

a) Aumento de la edad mínima y la garantía de seguridad social. En el establecimiento de una edad mínima y el aumento gradual de la misma para poder gozar de una pensión (jubilación, retiro por edad y tiempo de servicios o cesantía en edad avanzada), la corte consideró que no se violaba la garantía de seguridad social, por las siguientes razones:[24]

- El artículo 123 constitucional, apartado B, fracción XI establece los derechos mínimos de la seguridad social de los trabajadores públicos (jubilación, invalidez, vejez y muerte), sin señalar los términos o condiciones conforme a los cuales deberán otorgarse las prestaciones correspondientes,[25] en este sentido, la facultad del legislador para regular tales aspectos no tiene limitación alguna en dicho precepto.
- Los cambios atienden a criterios de sostenibilidad financiera del Instituto y de las pensiones. La corte estimó que de la exposición de motivos de la ley, se advertía que la principal razón para la reforma, fue la crisis financiera del instituto, siendo el problema más grave el pago de las pensiones, explicable porque con el paso de los años la esperanza de vida se ha incrementado y la edad promedio de retiro ha disminuido, lo que genera incremento en su dura-

24 Tesis jurisprudencial 123/2008, ISSSTE. La modificación para tener derecho a una pensión de jubilación, de retiro por edad y tiempo de servicios o de cesantía en edad avanzada, no viola la garantía de seguridad social. (artículo décimo transitorio de la ley vigente a partir del 1o. de abril de 2007).

25 Se argumentó que el Constituyente no estableció peculiaridades y particularidades de un sistema de seguridad social, sino sólo bases mínimas en este sentido, el aumento de los requisitos (incremento de las edades), previstos en las modalidades del décimo transitorio respetaban los mínimos constitucionales.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

ción, mientras que el número de cotizantes por pensionado se ha reducido considerablemente.[26]

- El instituto presentaba un déficit de caja anualmente, que debía ser subsidiado por el Gobierno Federal ante un mayor requerimiento de servicios de salud, además el perfil epidemiológico de la población cambió de enfermedades infecciosas a crónico-degenerativas, a unas más costosas y prolongadas.

En este contexto, el pleno de la corte determinó que el aumento gradual de las edades previsto para el régimen del décimo transitorio en el otorgamiento de una pensión (jubilación, edad y retiro y cesantía en edad avanzada),[27] si bien implicaba laborar más años en relación con el sistema anterior, ello no provocaba la violación de la garantía de irretroactividad porque no se afectaban los supuestos parciales acontecidos con anterioridad a la entrada en vigor de la ley actual puesto que no se desconocían los años de servicios prestados, ni las cotizaciones realizadas durante ese período y, por tanto, los aumentos en la edad se encontraban plenamente justificados, máxime que el Estado no tiene obligación de cubrir, con cargo al presupuesto federal, el pago de las pensiones.

b) Incremento de las cuotas y el principio de progresividad. Respecto del incremento de las cuotas a cargo del trabajador, la corte determinó no ser contrario al principio de progresividad de los derechos sociales previstos en normas internacionales, como el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como el 2o. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en razón de que no restringían, ni menoscababan las prestaciones relativas al seguro de jubilación

26 De acuerdo con algunos ministros, el legislador quiso de alguna manera que prevaleciera una parte del sistema anterior aunque el mecanismo propuesto en el décimo transitorio resultaba complejo.

27 Tesis jurisprudencial 125/2008, ISSSTE. Las modificaciones al anterior sistema de pensiones no transgreden la garantía de irretroactividad de la ley.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

de retiro en edad y tiempo de servicios, invalidez, muerte y cesantía en edad avanzada e indemnización global.[28]

En este sentido, el aumento de las cuotas no implicaba una violación a la garantía de retroactividad, en razón de que los pueblos contribuyentes no adquieren el derecho a contribuir siempre sobre la misma base o cuota.[29] Para ello, se fundamentó en la tesis, del propio pleno, de rubro: "Contribuciones. Las leyes que las incrementan no violan la garantía de irretroactividad"; el Congreso de la Unión, en ejercicio de la potestad tributaria que la propia Constitución le confiere, anualmente determina las contribuciones del año fiscal correspondiente, y cuando las incrementa hacia el futuro no se afectan situaciones anteriores.

Adicionalmente, se adujo que el incremento no era desproporcional, porque se realizaría paulatinamente; además, el legislador, con base en su facultad, puede cambiar el régimen de financiamiento de los seguros mientras este resulte razonable.

2. *Análisis de la constitucionalidad*

Se cuestionó la inconstitucionalidad de los artículos transitorios y, de manera particular, del artículo décimo transitorio, por regular cuestiones de carácter permanente y definitivo, establecer nuevos derechos u obligaciones, crear, modificar o suprimir instituciones o figuras jurídicas de carácter permanente.

La corte estimó que los artículos transitorios, en ocasiones sirven para precisar el alcance de la ley con la que se relacionan, ya sea mediante la fijación del período de su vigencia, o la determinación de los casos en los cuales será aplicada; pero también, puede incluir,

28 Tesis jurisprudencial 124/2008, ISSSTE. Las modificaciones al anterior sistema de pensiones, y el incremento de las cuotas a cargo del trabajador, no violan normas internacionales.

29 Tesis jurisprudencial 126/2008, ISSSTE. El incremento de las cuotas a cargo del trabajador, no transgrede la garantía de irretroactividad de la ley (artículo décimo transitorio de la ley vigente a partir del 1o. de abril de 2007).

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

obligaciones y derechos específicos o bien, crear, modificar o suprimir instituciones jurídicas.

Y así,el décimo transitorio no resultaba inconstitucional, porque sus disposiciones formaban parte del ordenamiento legal; en todo caso, constituía un defecto de técnica legislativa. El pleno señaló, que una violación constitucional sólo podría darse respecto del artículo 72, inciso f, constitucional, cuando no se hubieran observado el trámite para la iniciativa, discusión y aprobación de la ley.[30]

IV. Condiciones para el otorgamiento de las prestaciones

Determinadas las pensiones y beneficios del régimen décimo transitorio, a partir de la interpretación integral, el pleno de la corte precisó también las condiciones para el otorgamiento de los mismos, su financiamiento y administración, a saber:[31]

a) Los trabajadores deberán cubrir las cuotas relativas a los seguros de invalidez y vida (IV), y retiro, cesantía en edad avanzada y vejez (RCV), en los términos y condiciones previstos en la nueva ley, para el financiamiento de las pensiones del sistema anterior modificado (jubilación, cesantía en edad avanzada, vejez, invalidez y muerte).
b) Las cuotas y aportaciones del seguro de retiro, cesantía en edad avanzada y vejez (que para efectos del décimo transitorio, son las señaladas en el inciso anterior); con excepción del ramo de retiro, se ingresarán a la tesorería del instituto, la cual a su vez, transferiría los recursos relativos a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para el pago de las pensiones respectivas.

30 El máximo tribunal justificó su determinación con la jurisprudencia "Impuesto establecido en el artículo transitorio de una ley. No determina su inconstitucionalidad", tesis, núm. de registro: 232,149, *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, 205-216, p. 165.

31 Tesis jurisprudencial 192/2008, ISSSTE. Efectos del amparo concedido respecto de los quejosos que opten por el régimen de pensiones que prevé el artículo décimo transitorio de la ley relativa.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

c) La aportación del 2% del ramo de retiro, se destinará a la subcuenta de ahorro para el retiro (SAR),[32] de la cuenta individual que deberá tener el trabajador y que será administrada exclusivamente por el Fondo Nacional de Pensiones de los Trabajadores al Servicio del Estado (pensión-ISSSTE).[33]

V. Sujeción a las disposiciones de la nueva ley

En materia de seguro de salud, de riesgos de trabajo, préstamos personales e hipotecarios y servicios sociales y culturales; financiamiento de todos los seguros, prestaciones y servicios, transferencia de derechos y otros aspectos generales, quedarán sujetos a las disposiciones de la nueva ley,[34] con las siguientes salvedades:

a) No se podrán suspender los seguros, prestaciones y servicios por incumplimiento de las dependencias o entidades para las que laboran en el entero de las cuotas, aportaciones y descuentos.[35]
b) Riesgos de trabajo:

- La procedencia de la solicitud de su calificación y reconocimiento, por ende, el derecho a acceder a las prestaciones en dinero y especie no se condicionará a lo previsto en el artículo 60, último párrafo de la ley,[36] consistente en que el riesgo

32 Estos recursos se recibirán cuando el trabajador cumpla 65 años o adquiera el derecho a disfrutar una pensión (artículo 49 del reglamento) para el ejercicio del derecho de opción que tienen los trabajadores de conformidad con los artículos quinto y séptimo transitorios del decreto por el que se expide la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales.

33 El Pensión-ISSSTE inició operaciones el 2 de mayo de 2008.

34 Tesis jurisprudencial 192/2008, *cit*.

35 Lo anterior, a causa de que el artículo 25, segundo y tercero párrafos de la nueva ley, fuera declarado inconstitucional, porque el entero de las cuotas es responsabilidad de la dependencia, no del asegurado.

36 El último párrafo del artículo 60 de la ley fue declarado inconstitucional, por considerarse violatorio de los artículos constitucionales 123, apartado B, fracción XI, inciso a, y el 14, en razón de que la notificación del riesgo de trabajo es una obligación para las dependencias y entidades; en consecuencia, no debe ocasionarle perjuicio alguno al trabajador accidentado.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

de trabajo haya sido notificado al instituto por la dependencia o entidad para la cual labora el trabajador, o por los familiares de este, dentro de los tres días siguientes al que se haya tenido conocimiento del mismo.[37]

- Tendrán derecho a una pensión conforme al nuevo sistema de pensiones, para lo cual el Gobierno Federal deberá transferir al instituto los recursos necesarios para la contratación del seguro de pensión (renta vitalicia), y el seguro de sobrevivencia.

c) Pensión de viudez. Para su otorgamiento no resultan aplicables las limitaciones consistentes en que el trabajador fallezca antes de cumplir seis meses de matrimonio, o bien, que al contraer matrimonio, tenga más de 55 años de edad o estuviere percibiendo una pensión de riesgos de trabajo o invalidez, y fallezca antes de que transcurra un año a partir de su celebración.[38]

VI. Ejercicio del derecho de opción

De conformidad con los artículos séptimo y octavo transitorios de la ley, los trabajadores tendrían seis meses a partir de enero de 2008 para optar por el régimen del décimo transitorio, o por la acreditación de un bono de pensión (cuentas individuales).

El 14 de diciembre de 2007 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación*, el Reglamento para el Ejercicio del Derecho de Opción que tienen los trabajadores, de conformidad con los artículos quinto y séptimo transitorios del decreto por el que se expide la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, el cual, aclaró en su artículo 35 que, quienes no eligieran en la fecha límite, se les aplicaría el régimen del décimo transitorio.

Dada la cantidad de demandas de amparo, sentencias y amparos en revisión, el plazo se prorrogó al 14 de noviembre de 2008 me-

37 Tesis 192, *cit.*

38 Los supuestos previstos en el artículo 136 fueron declarados inconstitucionales, al condicionar un derecho a circunstancias ajenas, con lo que se afecta el principio de igualdad.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

diante reformas al mencionado artículo 35 del citado reglamento, publicadas el 27 de junio de 2008.

El pleno de la corte determinó apoyarse en el principio de suplencia de la queja, para que los amparos que llegaran a concederse, beneficiaran por igual a todos los quejosos, y no sólo en relación a los conceptos de violación hechos valer por cada uno.

El Ejecutivo Federal, al considerar que los derechohabientes que no impugnaron la ley quedarían desprotegidos, resolvió hacer extensivos los beneficios derivados de los criterios de la corte a todos los sujetos de aseguramiento del ISSSTE.

VII. Aplicación de los criterios

Los criterios del máximo tribunal antes expuestos, fueron recogidos en el Reglamento para el Otorgamiento de Pensiones de los Trabajadores sujetos al régimen del artículo décimo transitorio, publicado el 21 de julio de 2009 en el *Diario Oficial de la Federación*;[39] en dicho reglamento se explicitan, entre otros, los siguientes temas:

1. *Pensiones*

A. *Pensiones de retiro*

Tendrán derecho a pensiones, bajo un esquema en el que a partir de 2010, se incrementarán progresivamente cada dos años las edades mínimas requeridas hasta alcanzar parámetros equiparables al nuevo sistema.[40]

a) Pensión de jubilación. 30 años de servicios para hombres y 28 las mujeres. El aumento de las edades inició en 2010 con 51 años de edad para los hombres y de 49 las mujeres y se esta-

39 Estos requisitos fueron precisados en la tesis jurisprudencial 194/2008, ISSSTE. Requisitos para acceder a una pensión conforme al régimen previsto en el artículo décimo transitorio de la ley relativa.

40 Artículos 18 al 25, del reglamento.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

bilizarán en 60 años y 58 años respectivamente, en el 2028. El pago de la pensión será equivalente al 100% del promedio del sueldo básico disfrutado en el último año inmediato anterior a la fecha de la baja del trabajador.

b) Pensión por edad y tiempo de servicios. 15 años de cotización; los incrementos en la edad iniciarán en el 2012 con 56 años de edad, hasta llegar a 60 para ambos géneros, en el 2018. La pensión se pagará con el promedio del sueldo básico del último año de servicios del trabajador, según el porcentaje que corresponda (del 50% al 95%).
c) Pensión por cesantía en edad avanzada. 10 años de cotizaciones. El aumento de las edades inició en 2010 con 61 años, y se llegará a 65, tanto en hombres, como mujeres en el 2018. La pensión se pagará con el promedio del sueldo básico del último año de servicios del trabajador, según el porcentaje que corresponda (del 40% al 50%).

Se aplican los criterios de la corte ya estudiados, respecto de los requisitos para el otorgamiento de los beneficios anteriores y el pago de las cuotas y aportaciones respectivas.[41]

B. *Pensión de invalidez*

Procede cuando el trabajador se inhabilite, física o mentalmente, por causas ajenas al desempeño de su cargo y hubiera cotizado cuando menos 15 años.[42]

Se tomará en cuenta el sueldo básico disfrutado en el año anterior al que ocurra la invalidez, en cada uno de los porcentajes correspondientes (50%-95%), correspondientes a los años de servicios (entre 15 y 29).

Para el otorgamiento de las prestaciones, los trabajadores deberán cubrir las cuotas relativas al seguro de invalidez y vida en términos de la nueva ley.

41 Tesis jurisprudencial 192/2008, *cit.*

42 Artículos 26 al 33, del reglamento.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

- No otorgamiento de la pensión de invalidez.

  1) Si se ocasiona intencionalmente una lesión o es originada por algún delito cometido por el mismo.
  2) Cuando la invalidez sea anterior a la fecha del nombramiento.

- Suspensión de la pensión.

  1) Reingrese al servicio, en un cargo, empleo o comisión.
  2) Se niegue injustificadamente a someterse a las investigaciones o se resista a las medidas preventivas o curativas, salvo que se encuentre afectado de sus facultades mentales.

- Revocación de la pensión.

  1) Recupere su capacidad para el servicio. En este supuesto, la dependencia o entidad deberá: *a*) restituir al trabajador en su empleo si es apto para el mismo, o *b*) asignarle un trabajo que pueda desempeñar, con sueldo y categoría equivalente a los que disfrutaba al acontecer la invalidez.
  2) Se niegue a reingresar.
  3) Esté desempeñando cualquier trabajo.

C. *Pensión por muerte*

Procede por causas ajenas al servicio, cualquiera que sea su edad, y hubiere cotizado por más de 15 años.[43] Las pensiones pueden ser:

a) Viudez. El cónyuge supérstite.
b) Concubinato. La persona que hubiera vivido con el fallecido.
c) Orfandad. Hijos menores de 18 años; entre 18 y 25 años si se encuentran en el sistema educativo nacional.
d) Ascendencia. A falta de los dos anteriores beneficiarios, la pensión se entregará a la madre o padre del fallecido, conjunta o

43 Artículos 34 al 42, del reglamento.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

separadamente. A falta de éstos, a los demás descendientes, cuando hubieran dependido económicamente.

Los beneficiarios del trabajador fallecido tendrán derecho a una pensión equivalente al porcentaje (entre 50% a100%) del sueldo básico disfrutado en el año anterior al de la muerte del mismo, correspondiente a los años de servicio (entre 15 y 30, o más años).

Los beneficiarios del pensionado fallecido, tendrán derecho a una pensión equivalente al 100% del importe de la pensión que venía disfrutando el pensionado.

2. *Prestaciones complementarias*

El reglamento define como prestaciones complementarias a la gratificación anual, la indemnización global y la ayuda para gastos de defunción.[44]

A. *Gratificación anual*

Los pensionados tendrán derecho a una gratificación anual, en igual número de días a las concedidas a los trabajadores en activo, según la cuota diaria de su pensión.

Asimismo, tendrán derecho en su proporción, a las prestaciones en dinero que les sean aumentadas a los trabajadores en activo.

B. *Indemnización global*

Cuando el trabajador se separe definitivamente del servicio y no tenga derecho a las pensiones de retiro, recibirá en los siguientes términos:[45]

44 Estas prestaciones reguladas por la antigua ley fueron omitidas indebidamente en el artículo décimo transitorio. Los criterios del pleno de la corte las rescataron.

45 Artículo 44 del reglamento.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

1) Entre 1 y 4 años de servicios:

   - Las cuotas por pensiones, prestaciones y servicios cubiertas al 31 de diciembre de 2007, bajo el régimen de la ley anterior.
   - Las cuotas cubiertas a partir de enero de 2008 en los seguros de retiro, cesantía en edad avanzada y vejez; invalidez y vida, servicios sociales en término de la nueva ley.

2) Entre 5-9 años de servicios. El monto de las anteriores cuotas, más 45 días de su último sueldo básico.
3) Entre 10-14 años de servicios. El monto de las cuotas, y 90 días del último suelo básico.

C. *Ayuda para gastos de defunción*

Se otorgará el importe de 120 días de pensión por concepto de gastos de defunción al deudo que se hubiera hecho cargo de los gastos respectivos.[46]

3. *Subcuenta del fondo de vivienda*

Cuando el trabajador cumpla 65 años de edad, o adquiera el derecho a disfrutar una pensión, podrá retirar la totalidad de las aportaciones enteradas en esta subcuenta, salvo que tuviere un crédito hipotecario, en cuyo caso se aplicarán para el mismo; de existir un remanente, le será entregado.

En caso de fallecimiento, se entregará a los beneficiarios designados por escrito por parte del trabajador, los recursos de las subcuentas de ahorro para el retiro y del fondo de vivienda.

46 Artículo 47 del reglamento.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

VIII. Conclusiones

La realidad ha mostrado que los sistemas de pensiones son parte de complejos esquemas de protección y organización social, y por sus consecuencias fiscales y sociales no pueden quedar aislados sin ser oportunamente adaptados; también, ha exhibido que los trabajadores están empezando a envejecer; pero en la adaptación, no resulta correcto atribuir al envejecimiento una responsabilidad predominante en la viabilidad o inviabilidad del sistema, porque en él participan otras variables importantes.

La nueva Ley del ISSSTE y, en forma particular, los regímenes previstos para las pensiones de retiro, tomaron en cuenta una sola variable, con la finalidad de preservar la viabilidad del sistema mediante la contención del gasto público y la disminución paulatina de las tasas de reemplazo de las cuantías de las pensiones a través de la modificación de los elementos de cálculo, elevar la edad y ampliar los años de cotización.

A causa de dicha variable, es posible entender la oscuridad, falta de claridad y comprensión, vaguedad y ambigüedad[47] en la redacción del artículo décimo transitorio, tal como quedó evidenciado con el estudio e interpretación realizado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

En este marco, la nueva ley y, en forma específica, el régimen del décimo transitorio, se ubican dentro de lo que se denomina legislación en cascada, en donde el derecho es impreciso, por un lado, con el propósito de envolver u ocultar los ajustes a los derechos de los asegurados; y, por otro, para ir adecuando el andamiaje legal a través de disposiciones complementarias.

En efecto, con el artículo décimo transitorio se trató de disfrazar los cortes o ajustes a los beneficios de los trabajadores, en forma burda a través de las modificaciones en los parámetros del antiguo sistema, y con las más de 90 tesis jurisprudenciales (12 referidas al

47 Ambigüedad es cuando un término se utiliza en diversos sentidos; vaguedad, los conceptos no están bien determinados en las notas que lo caracterizan o no puede establecerse con precisión cuál es su campo de aplicación.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

régimen objeto de estudio), así como los reglamentos que se derivaron, se adecuó el andamiaje legal.

Atienza señala que, en el fondo de cada caso jurídico (no puramente rutinario), suele esconderse una cuestión moral y/o política de envergadura;[48] al respecto, el estudio e interpretación del artículo décimo transitorio, exhibió:

a) Que dicho artículo careció de racionalidad lingüística al contener supuestos que dieron lugar a diversas interpretaciones y, por ende, generaron una incertidumbre excesiva en cuanto a la determinación de su campo de aplicación; a pesar de ello, la mayoría del pleno consideró que no violaba las garantías de certeza y seguridad jurídicas.[49]
b) Incongruencia en los criterios adoptados por el pleno de la corte, pues mientras negó el reconocimiento de derechos adquiridos, respecto de diversas fracciones del décimo transitorio y del trigésimo primero transitorio (incremento de las cuotas), bajo el argumento de razonabilidad económica, hizo lo contrario con la fracción IV del primero mencionado, declarándola inconstitucional, al considerar que la forma de calcular el monto de la pensión afectaba un derecho inmodificable de los trabajadores.[50]
c) El predominio en la gran mayoría de los ministros, de criterios económico-financieros y el reconocimiento de que las reformas y modificaciones, eran benéficas para los trabajadores, porque aseguraban la supervivencia financiera del instituto, es decir, operaron desde la lógica de los medios (equilibrio financiero), desplazando la lógica del fin social.

48 Atienza, Manuel, *Tras la justicia,* Barcelona, Ariel, 2003, p. XI.

49 En voto particular, el ministro Silva señaló que el décimo transitorio vulneraba la garantía social establecida en el artículo 123, apartado B, así como la individual consagrada en el artículo 16 constitucional, al permitir una diversidad de interpretaciones, indubitablemente transgresoras de los principios de certeza y seguridad jurídica.

50 Los ministros Franco González y Sánchez Cordero emitieron un voto de minoría en este sentido.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Por último, de la interpretación del régimen del décimo transitorio, se desprende que, al optar por el mismo, los trabajadores[51] serán sujetos de una normatividad híbrida; en efecto, se les aplicarán:

1) Las disposiciones transitorias previstas en los artículos décimo, undécimo, duodécimo, trigésimo primero transitorios, con las precisiones y alcances determinados por el pleno de la corte en las respectivas tesis jurisprudenciales y en el reglamento respectivo de aplicación.
2) También, serán objeto de las disposiciones de la nueva ley en materia de seguro de salud, riesgos de trabajo, préstamos personales e hipotecarios y servicios sociales y culturales, financiamiento de todos los seguros, prestaciones y servicios, transferencia de derechos y otros aspectos generales.

XI. Bibliografía

Atienza, Manuel, *Tras la justicia,* Barcelona, Ariel, 2003.

Exposición de Motivos de la Ley de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores al Servicio del Estado, *Diario Oficial de la Federación*, 31 de marzo de 2007.

Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones del Reglamento para el Ejercicio del Derecho de Opción que tienen los Trabajadores de conformidad con los artículos quinto y séptimo transitorios del Decreto por el que se expide la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, *Diario Oficial del la Federación*, 27 de junio de 2008.

Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, *Diario Oficial de la Federación*, 31 de marzo de 2007.

51 El total de asegurados que quedaron sujetos al régimen del décimo transitorio son 1,710,000 (1,010,000 eligieron y 700, 000 no tomaron decisión alguna; pero en términos del Reglamento respectivo, quedaron en este régimen).

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Reglamento para el Ejercicio del Derecho de Opción que tienen los Trabajadores de conformidad con los artículos quinto y séptimo transitorios del decreto por el que se expide la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales, *Diario Oficial de la Federación*, 14 de diciembre de 2007.

Reglamento para el Otorgamiento de Pensiones de los Trabajadores sujetos al régimen del artículo décimo transitorio del Decreto por el que se expide la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales, *Diario Oficial de la Federación*, 21 de julio de 2009.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Razón y Conciencia*, Órgano Informativo del Instituto de Investigaciones Jurisprudenciales y de Promoción y Difusión de la Ética Judicial, núm. 20, 2008.

———, Tesis jurisprudencial 110/2008, ISSSTE. Al régimen previsto en el artículo décimo transitorio de la ley relativa, sólo le son aplicables las disposiciones del capítulo V, del título segundo de la ley abrogada.

———, Tesis jurisprudencial 111/2008, ISSSTE. Beneficios de los trabajadores que opten por el régimen del artículo transitorio de la ley relativa.

———, Tesis jurisprudencial 113/2008. El derecho que se otorga a los trabajadores que se encuentren en activo para elegir entre dos regímenes de pensiones de retiro diferentes, no viola la garantía de irretroactividad de la ley que consagra el artículo 14 de la Constitución Federal.

———, Tesis jurisprudencial 114/2008, ISSSTE. El artículo quinto transitorio de la ley relativa, no viola las garantías de igualdad y no discriminación previstas en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

———, Tesis jurisprudencial 115/2008, ISSSTE. El artículo séptimo transitorio de la ley relativa, no viola las garantías de igualdad y no discriminación previstas en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

———, Tesis jurisprudencial 119/2008 ISSSTE. El sueldo del tabulador regional que establece el artículo 17 de la ley relativa, es equivalente al sueldo básico establecido en la ley abrogada.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

———, Tesis jurisprudencial 127/2008, ISSSTE. La fracción IV, del artículo décimo transitorio de la ley relativa es inconstitucional en la parte que condiciona el cálculo de la pensión sobre el promedio del sueldo básico percibido en el año anterior a la baja, a la permanencia del trabajador en el mismo puesto y nivel en los tres últimos años.

———, Tesis jurisprudencial 192/2008, ISSSTE. Efectos del amparo concedido respecto de los quejosos que opten por el régimen de pensiones que prevé el artículo décimo transitorio de la ley relativa.

———, Tesis jurisprudencial 123/2008, ISSSTE. La modificación para tener derecho a una pensión de jubilación, de retiro por edad y tiempo de servicios o de cesantía en edad avanzada, no viola la garantía de seguridad social (artículo décimo transitorio de la ley vigente a partir del 1 de abril de 2007).

———, Tesis jurisprudencial 125/2008, ISSSTE. Las modificaciones al anterior sistema de pensiones no transgreden la garantía de irretroactividad de la ley.

———, Tesis jurisprudencial 126/2008, ISSSTE. El incremento de las cuotas a cargo del trabajador, no transgrede la garantía de irretroactividad de la ley (artículo décimo transitorio de la ley vigente a partir del 1o. de abril de 2007).

———, Tesis jurisprudencial 194/2008, ISSSTE. Requisitos para acceder a una pensión conforme al régimen previsto en el artículo décimo transitorio de la ley relativa.

———, Versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del pleno, celebrada el 17 de junio de 2008.

———, Versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del pleno, celebrada el 18 de junio de 2008.

———, Versión taquigráfica de la sesión del 19 de junio de 2008.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

PROTECCIÓN SOCIAL Y SEGURO SOCIAL

Javier Moreno Padilla*

Sumario: I. *Introducción*. II. *Seguridad social*. III. *Estado benefactor*. IV. *Previsión social y seguridad social*. V. *Protección social y seguro social*. VI. *Seguridad social contributiva o asistencial*. VII. *Protección social para autoempleados*. VIII. *Pisos de protección social*. IX. *Impuestos indirectos para el financiamiento de seguridad social universal*. X. *Conclusión*. XI. *Bibliografía*.

I. Introducción

En la conferencia de la OIT de 2012, se aprobaron tres etapas para la aplicación de los pisos de protección social, en especial para el primero; donde se establecen las siguientes etapas:

1) Ámbito de aplicación.
2) Definición de los pisos nacionales.
3) La estrategia para extender la seguridad social.
4) Seguimiento.

Los representantes que asistimos a la conferencia, señalamos la necesidad de que estos pisos se ubiquen de acuerdo con las condiciones de cada país, por ello se insistió que, el llamado seguro al desempleo deberá comprender de manera ineludible, una infraestructura de armonización con las estructuras de capacitación para el empleo.

* Catedrático en la Facultad de Derecho de la UNAM. presidente de la Comisión Nacional de Seguridad Social de la Coparmex y de la Fundación de Reintegración Social del estado de Jalisco

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Asimismo, los servicios de salud, vivienda y pensiones deberán ser contributivos, para que siempre puedan ser financiados y no sólo soportados con cargo a las finanzas públicas.

En nuestro país se está insistiendo, de manera especial, en crear esquemas de seguridad social con cargo a impuestos indirectos; esto requiere una dimensión financiera muy sólida, y además con soporte actuarial, de lo contrario se tendrá la necesidad de generar modificaciones fiscales quinquenalmente, o no se podrá sostener el déficit que se ocasione; por esa razón, es muy importante establecer claramente los conceptos de seguridad y protección social, bajo parámetros de permanencia, estabilidad financiera y certeza.

II. Seguridad social

En diversas monografías hemos explicado el contenido de la seguridad social, por esa razón nos referiremos a la misma, y posteriormente estableceremos los nuevos conceptos que están generando esta importante institución; en nuestra obra *Derecho fiscal de la seguridad social*[1] fijamos la acepción de seguridad social, en los siguientes términos:

William Beveridge, uno de los teóricos modernos que mayor influencia ha tenido en el desarrollo de la seguridad social, considera que la misma deberá buscar esencialmente la superación de vida de los individuos para darles un nivel mejor al mínimo de subsistencia.[2] A través de la meta señalada, el autor británico elabora su famoso "Plan básico de seguridad social", donde señala los elementos primarios que deberá abarcar la referida institución para eliminar las necesidades elementales de los individuos desprovistos de recursos, con objeto de que subsistan en mejores condiciones de vida la comunidad.

El sistema que señala Beveridge se basa en seis principios fundamentales, que son: *a*) identidad de cuotas o contribuciones, *b*) identidad de prestaciones o subsidios, *c*) unificación en los sistemas ad-

1 Moreno Padilla, Javier, *Derecho fiscal de la seguridad social*, 2003.

2 Mingarro y San Martín, José, *La seguridad social en el plan Beveridge,* Polis, p. 57.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

ministrativos, *d*) financiamiento autónomo, *e*) protección a toda la población y, *f*) adecuado servicio a cada uno de los usuarios que soliciten la prestación del mismo. Éstos *guiding principles* se resumen en dos que son: *1*) universalidad en el seguro y *2*) universalidad en las cuotas y prestaciones, sobre los cuales, dice:

> El hacer extensivo el seguro social, tal como actualmente se ha propuesto, desde un solo y homogéneo grupo de personas que ganan un salario o un sueldo hasta toda la población sin distinción de edades y de ocupaciones, y aun cuando no tengan ocupación alguna, representa un cambio de gran entidad y considerable consecuencia. Ya en la introducción del presente proyecto se han expuesto las razones de principio que han incluido a ello. Consisten éstas en que en una cuestión tan fundamental tienen derecho todos los ciudadanos a formar un solo todo, sin exclusiones basadas en diferencias de posición, de funciones o de riqueza. En segundo término, existe el motivo de que hay muchas personas que en la actualidad no están cubiertas por un seguro social y que tienen tanta necesidad de sus beneficios, por lo menos, como pueden tener la mayor parte de las personas aseguradas. En tercer término, existe la razón de que sin universalidad no es posible cubrir los riesgos que motivan el seguro a través de los diversos cambios normales a base de seguros dentro del circulo cerrado de una clase.[3]

La connotación anterior se ha denominado el *desiderátum* de la seguridad social, ya que todos los habitantes deben buscar la justicia en el nivel y condiciones de vida, a través del equilibrio en los renglones primarios del individuo, como son los aspectos físicos, económicos, culturales y sociales que lo rodean; así, por medio del principio de la mutualidad, las personas se aseguran, unas a otras, para alcanzar el correcto estándar de vida.

Lógicamente, abarcar a toda la población por medio de un sistema universal, requiere un esfuerzo de proporciones mayúsculas que no se puede plantear en un país con economías limitadas, donde se tienen que jerarquizar las necesidades para satisfacer *prima facie* las mínimas de subsistencia; después de que estas se encuen-

3 *Seguridad Social*, año IX, época III, núm. 66, p. 104.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

tren correctamente planteadas y satisfechas, se pase a otras más sofisticadas y costosas.

Desde la antigüedad, el hombre buscó protegerse contra el advenimiento de riesgos, sólo que, la mayor de las veces, era a través de la caridad de las personas para ayudar a las que se encontraban en desgracia; se presentaba entonces un cuadro voluntario y gratuito.

Se desarrollan instituciones que aseguran a los miembros de las mismas contra los riesgos eventuales de la vida; por ejemplo, mutualidades, cajas de ahorro, montepíos, etcétera, mismos que proliferaron en la época de la Colonia.

El sistema de ayuda mutua evolucionó, hasta lo que se llama previsión social, donde se crean sistemas claros y definidos, se le facilita al individuo los medios indispensables para una vida cómoda e higiénica, y se asegura contra las consecuencias de los riesgos naturales y sociales susceptibles de privarle de su trabajo y, por ende, de sus ingresos.

Adolfo Llamas considera que un antecedente directo de la previsión social fueron las cofradías, donde los gremios que las constituían cubrían en forma regular y periódica una cuota para formar la reserva de gastos por enfermedad y entierro.[4]

La Revolución Industrial trajo cambios inesperados, porque se transformó completamente el régimen de la población; las grandes inversiones de capital insistieron en la necesidad de destacar el valor de la maquinaria y menospreciar el esfuerzo del trabajo, como se observa con claridad por el hecho de que los obreros se encontraban estrictamente supeditados a la oferta y la demanda de operarios, y todo estaba sujeto a los precios del mercado. Para vencer las complicadas situaciones económicas que surgían en esta revolución, el Estado sólo practicaba el ejercicio de la beneficencia, donde se proporcionaba un servicio sin ninguna exigencia, ya que era totalmente voluntario, uniforme y buscaba proteger a los indigentes.

Los trabajadores que no alcanzaban a ser indigentes, sino económicamente débiles, no podían afrontar el gasto que este tipo de asistencia les exigía y, por eso, como lo señalaba Jordana de Pozas,

[4] Llamas, Adolfo, *Seguridad social en la Nueva España*, México, UNAM, 1964, p. 129.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

los obreros comenzaron a buscar su protección bajo el principio de "considerar presentes, necesidades futuras de carácter económico".[5]

III. Estado benefactor

El concepto denominado, económicamente débiles, se encuentra en crisis, porque países más adelantados empiezan a ser tomados en cuenta por los modernos tratadistas de la materia, tal es el caso de Ricardo Moles, al manifestar que la teoría de la protección colectiva debe ser el que se manifiesta de manera definitiva, sobre anteriores aspectos de protección clasista, amén de que:

> También se ha abandonado en el lenguaje de la seguridad social la expresión ambigua de económicamente débil, remplazándola por las nociones jurídicas de contingencia o necesidades protegibles en relación con los fines de bienestar social y elevación de los niveles de vida.[6]

Con ello, se intenta que la sociedad procure su mejoramiento integral en todos sus segmentos, en forma tal que no se pretenda un desarrollo sectorial de la propia sociedad, sino que se abarque a su conjunto; todo esto, con el gradual reconocimiento a las posibilidades económicas de la misma sociedad, pero inmersa en programas de crecimiento definidos y avalados por el Estado.

Por esta razón Carmelo Mesa Lago, añade que, "La política económica y la social deben estar coordinadas, pero no se pueden desarrollar programas sociales que vayan más allá de la capacidad económica del parte".[7]

La nueva problemática es la disyuntiva de buscar la máxima cobertura, bajo los ejes de subsidiaridad, solidaridad, redistribución e integralidad.

5 Posada, Carlos, "Los seguros sociales obligatorios en España", *Revista de Derecho Privado*, Madrid, p. 4.

6 Moles, Ricardo, *La integración latinoamericana y la seguridad social*, CIESS, Cuadernos Técnicos, núm. 8, p. 3.

7 *Desafíos actuales de la seguridad social en América Latina*, Fundación Konrard Adenauer-Contribuciones 1, 1997, p. 33.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Con base en esta nueva visión de la seguridad social, no se pretende la segmentación de la colectividad para definir a los derechohabientes, sino que se deben crear las condiciones para estructurar políticas de crecimiento, con la filosofía del bienestar y protección, y así crear los mecanismos de apoyo y fortaleza para sectores desprotegidos y extender la misma a los demás sectores de la población, de acuerdo a las condiciones que permita la economía nacional.

Deberá actualizarse la nueva teoría de la seguridad social de Estado benefactor, generada en Inglaterra, a consecuencia de la conclusión de la Segunda Guerra Mundial, donde la teoría económica de Keynes y reforzada por la concepción de la seguridad social de Beveridge, dieron origen a un programa de gobierno, que:

> ...supone un conjunto de mecanismos destinados a mejorar las condiciones de vida de la población mediante la responsabilidad estatal de asegurar adecuados niveles de ocupación e ingresos salariales, sistemas de transferencia para la cobertura de contingencias que afectan necesidades básicas de las personas y proveer servicios sociales y ciertos bienes.[8]

En principio, la nueva forma de concebir la seguridad social, parte de esta visión de Estado benefactor; sin embargo, la tesis anterior es tan amplia y extensa, que podría identificarse con los mismos fines del Estado, lo cual desbordaría al de la seguridad social.

En efecto, esta última parte de la estructura legal de los servicios públicos, soportados de manera financiera en una estructura autónoma, y con la plena identificación de los derechohabientes asegurados donde se considera su cobertura y requisitos de vigencia y caducidad.

Lo anterior significa, que el nuevo esquema se justifica en la realidad de las instituciones actuales, las cuales sirven de basamento para construir nuevas alternativas, sobre metas reconocidas y viables, pero todo ello configurado en la solidez económica de las propias instituciones.

8 Paganini, Mario O., "Las políticas de previsión y el Estado benefactor", *La seguridad social y el Estado moderno*, IMSS-FCE, 1992, p. 19.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

En concreto Héctor González Uribe manifiesta que:

> El estado de bienestar se basa en el principio de que todo miembro de la comunidad, por el solo hecho de ser una persona humana, tiene derecho a participar de los beneficios del bien común. El bienestar que supone que hay un nivel debajo del cual no debe estar ningún ser humano, se ha de extender a toda la población, sin discriminación alguna.[9]

El gran reto del Estado moderno, será incorporar a la mayor parte de la población en programas obligatorios de seguridad social, para que adquieran la calificación de derechohabientes y no permanezcan en la asistencia pública.

No obstante lo anterior, Fernando Solís Soberón expresa:

> La seguridad social puede inscribirse en el concepto más amplio de Estado benefactor, entendido como las actividades del Estado en al menos cuatro grandes campos, como otorgar beneficios monetarios, cuidados de la salud, educación, alimentación, vivienda y otros servicios de bienestar.

Por tanto, el Estado tiene que cuidar el desarrollo integral de la población, y en este caso, se encuadra el rubro de Benefactor, pero la seguridad social forma parte del mismo, tiene su acepción particular en tanto se refiere a un régimen obligatorio encuadrado en ley.

IV. Previsión social y seguridad social

La primera forma de protección del asalariado fue el ahorro por medios propios, especialmente por lo que señala Javier Patiño Camarena: "presupone un consumo voluntariamente diferido".[10]

Lógicamente, en la vida miserable que se desarrollaba en el siglo XIX, los asalariados no podían generar una acumulación signi-

9 González Uribe, Héctor, *Teoría política*, México, Porrúa, 1984, p. 592.

10 Patiño Camarena, Javier, "Las formas de protección social a través de la historia", *Boletín Informativo de Seguridad Social*, núm. 1, marzo de 1978, p. 9.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

ficativa de dinero y, lo que era más importante, por este medio no se prevenían las necesidades de recuperación de la salud y protección vitalicia de los propios asalariados.

Miguel Ángel Cordini considera, que

> la previsión social evolucionó hacia una mayor protección por tres factores importantes: a) Las nuevas estructuras económicas que dieron lugar a una inmensa cantidad de accidentes en el trabajo hasta entonces insospechados; b) Los siniestros que se presentaban sin que se pudiese imputar culpa al obrero en particular, y c) Además, estos elementos eran perturbadores y disolventes de la paz social".[11]

Sin embargo, en este campo no se alcanzaba realmente una correcta previsión, porque no se proyectaban todas las ingentes necesidades del hombre hacía el futuro; o, como dice Mario De La Cueva: "hacia la seguridad de la existencia futura".[12]

El ahorro viene a constituir solamente una previsión social, en donde se establezcan métodos colectivos para resolver las necesidades de las personas que no son autosuficientes económicamente. Especialmente, la tendencia fue asegurar a los individuos una vida futura en condiciones semejantes a las que tenían durante su época de trabajo y por esta razón, la previsión social, como señala Mario De La Cueva, "es creadora de una relación jurídica entre la sociedad y los trabajadores que caen en estado de necesidad".[13]

Por lo anterior, el individuo no puede absorber todo el compromiso de resolver sus necesidades, sino que la sociedad es la que debe procurar la solución de las mismas.

De estas ideas, emerge la seguridad social como sistema de protección del individuo en sus aspectos económicos, sociales, físicos y culturales, bajo una organización integral, y cuyo costo debe ser soportado especialmente por la comunidad, por ser esta la que ve amenazada su armonía cuando dichas necesidades no se satisfacen correctamente.

11 *Ibidem*, p. 15.

12 De La Cueva, Mario*, El nuevo derecho mexicano del trabajo*, México, Porrúa, 1979, p. 13, t. II.

13 *Ibidem*, p. 23.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Alfonso Velarde Beristaín describe la necesidad de aclarar el término en forma correcta a través de la teoría y de la legislación, para concluir que, "este vocablo no sólo se refiere a la actualización de las necesidades futuras de los trabajadores, sino que debe ser de todos los individuos de una colectividad, con objetivo de solucionar las mismas y de subsanar los riesgos".[14]

La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, considera en sus artículos 22 y 25 los mínimos indispensables para que las personas gocen de las prestaciones económicas, sociales y culturales de carácter elemental, y así establece que,

> Toda persona como miembro de la sociedad tiene derecho a la seguridad social y a obtener mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.

Por su parte, el segundo señala como meta para todos los individuos el derecho que tienen a

> ...un nivel de vida, adecuado que les asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica, y los servicios sociales necesarios; tienen, asimismo, derecho a los seguros pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.

El segundo informe de sir William Beveridge define la seguridad social como:

> El conjunto de medidas adoptadas por el Estado para proteger a los ciudadanos contra aquellos riesgos de concreción individual

14 Velarde Beristaín, Alfonso, "Seguro social. Seguridad social", *Boletín de Información Jurídica del IMSS*, núm. 8, julio-agosto de 1974, p. 43.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

> que jamás dejarán de presentarse, por óptima que se la situación de conjunto de la sociedad en que vivan.[15]

Por su parte, Manuel Alonso Olea señala a la seguridad como las "Medidas de ordenación estatal para la prevención y remedio de riesgos personales mediante prestaciones individualizando un nivel mínimo de rentas".[16]

Hugo Cifuentes Lillo cita una definición de Jorge Prat, donde la seguridad social:

> ...pertenece a una rama de la política económica y social de un país, mediante la cual la comunidad protege a sus miembros, asegurándoles condiciones de vida, salud y trabajo suficientes para obtener con ello más productividad, más progreso y mayor bienestar común.[17]

Fernando Solís Soberón y Alejandro Villagómez nos refiere una acepción de la seguridad social, descrita por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en la forma siguiente:

> Puede interpretarse como la protección que la sociedad proporciona a sus miembros, mediante una serie de medidas públicas, contra las privaciones económicas y sociales que de otra manera derivarían en la desaparición o en una fuerte reducción de sus ingresos como consecuencia de enfermedades, maternidad, accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, desempleo, invalidez, vejez y muerte, así como la protección en forma de asistencia médica y de ayuda a las familias con hijos.[18]

Bajo estos enunciados, el legislador mexicano declaró en el artículo 2o. de la ley de la materia que: "La seguridad social tiene por finalidad garantizar el derecho a la salud, la asistencia médica,

15 Olea, Manuel Alonso*, Instituciones de seguridad social*, Madrid, Civitas, 1983, p. 16.

16 *Ibidem*, p. 27.

17 Cifuentes Lillo, Hugo, *Políticas sociales y seguridad social en Chile*, Contribuciones 1, 1997, p. 45.

18 Solís Soberón, Fernando, *Seguridad social en México*, CIDE, núm. 88, p. 17.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

la protección de los medios de subsistencia y los servicios sociales necesarios para el bienestar individual y colectivo...".

Posada, agrega que esta misión "sólo es del Estado, por ser un instrumento de bienestar colectivo que debe ser coordinado con la asistencia pública, la organización sanitaria y otros sistemas de protección colectiva".[19]

Para alcanzar las metas que se proponen con la seguridad social, se requiere del instrumento que procure los medios necesarios para lograr estos objetivos, donde realmente interviene la actividad estatal para desarrollar todos los programas indispensables que engloben a toda la población, y donde se alcancen los propósitos prefijados, todo lo cual se denomina seguro social.

Este instrumento tiene que ser un servicio público que, como señala el artículo 4o. de la ley respectiva, tendrá carácter nacional, y que abarcará el mayor volumen de la población.

La seguridad social, significa el mecanismo que permite al Estado la estabilidad y convivencia colectiva, donde se redistribuye el ingreso y se busca la armonía entre sus miembros.

Estos fines se persiguen de manera inmediata por el destino de las contribuciones, que son directamente gasto público para satisfacer necesidades concretas; por ende, se actúa de forma precisa y focal para el mejoramiento de los sectores protegidos.

Los otros ingresos públicos pueden alcanzar estos fines, pero sólo de manera mediata y no por destino, con lo cual, no se obtienen siempre los efectos de solidaridad, que sí se generan en la seguridad social.

No es sólo una política de tipo económico, ni tampoco un servicio público enmarcado en ley; eminentemente es una política de Estado, que se convierte en razón y fundamento de su actuación por el bien común.

El primer país que inicialmente se encargó bajo un marco institucional de crear el seguro social, fue Alemania en 1883, por medio de su canciller Bismarck, quien estableció el seguro de enfermedades y accidentes de trabajo, y el que, con un criterio político, declaró que

19 Posada, Carlos, *op. cit.*, p. 15.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

"el dinero invertido para conseguir la tranquilidad de los desheredados, no sería exagerado, pues con ello se evitaría una revolución".[20]

Posteriormente, el mismo canciller alemán se encargó de difundir los institutos de seguridad social, especialmente para evitar una competencia desleal de los demás países europeos, en relación a los productos alemanes que tenían un costo superior por la necesidad de soportar el financiamiento de éstos sistemas; además, cabe agregar que la sociedad industrial se encontraba en evolución, porque, para 1911, la mayor parte de los países europeos habían implantado esta clase de servicios.

La consecuencia inmediata de la creación de éstos institutos fue la necesidad de presentar un marco jurídico adecuado que reglamentara su desarrollo, así se gesta un derecho de la seguridad social y el del seguro social; el primero lo define Francisco Díaz Lombardo como la disciplina autónoma del derecho social a fin de organizar a los particulares y al Estado para procurar el mayor bienestar integral de los individuos, para que se desenvuelvan con dignidad; al segundo, como

> la institución o el instrumento de la seguridad social mediante la cual se tendría que garantizar solidariamente organizados los esfuerzos del Estado y de la población económicamente activa, para garantizar primero los riesgos y contingencias sociales y necesidades a que está expuesta y aquellas que de ella dependen, a fin de lograr para todos el mayor bienestar social bio-económico y cultural posible.[21]

Podemos señalar que esta rama del derecho social se encarga de establecer las normas que rigen el funcionamiento de los institutos encargados de otorgar las prestaciones que satisfacen las necesidades físicas, culturales, económicas y sociales de los individuos.

20 *Ibidem*, p. 15.

21 González Díaz Lombardo, Francisco, *El derecho social y la seguridad social integral*, Textos Universitarios, 1973, p. 129.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

V. Protección social y seguro social

El 20 de febrero de 2011, el secretario general de las Naciones Unidas, Ban Ki-moon, declaró un sistema de políticas denominado "Piso de protección social", para promover que, "nadie debería vivir por debajo de un nivel de ingresos determinado y todo mundo debería gozar de acceso a servicios públicos esenciales como el agua, el saneamiento, la salud y la educación".[22]

Con base a este enunciado, se constituyó un grupo consultivo que promovía un estudio inicial en 2011, para que en 2012 se alcance una recomendación en la conferencia de la OIT, de junio. Con base en esta estrategia, se desarrolla la nueva aceptación del concepto protección social con una actividad dual:

Una dimensión horizontal que incluya "un conjunto básico de garantías para todas las personas", y una dimensión vertical en la "aplicación gradual de las normas de seguridad social conforme a los supuestos mínimos que establece la organización mundial en 1952 en el importante rubro del tratado número 102".[23]

La OIT promueve los pisos de protección social, pues son

> garantías básicas de seguridad social definidos a nivel nacional que garantizan una protección destinada a prevenir o aliviar la pobreza, la vulnerabilidad y la exclusión social, estas garantías pueden asegurarse mediante regímenes contributivos o no contributivos, con o sin mecanismo de verificación de recursos.[24]

Como se puede observar, el concepto, económicamente débiles, que inicialmente tuvo una respuesta de prevención-aseguramiento y crecimiento social, en la actualidad, busca destinar la prevención y supresión de la pobreza, con las consecuencias que esto representa; de tal suerte que, la protección social es una nueva disminución al antiguo término del Estado benefactor, que busca ofrecer un mecanismo de cobertura por el hecho de ser residente de un país, sin

22 *Piso de protección social para una globalización equitativa e inclusiva*, Ginebra, OIT, 2011, p. VII.

23 *Ibidem*, p. XXV.

24 *Ibidem*, p. 4.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

clasificar o separar por actividades económicas o prestaciones de servicios personales.

El trabajo coordinado por Michelle Bachelet, menciona que la seguridad social es un privilegio, porque las condiciones de pobreza en el mundo se han acentuado a raíz de las crisis económicas, donde se calcula que 1,400 millones de personas viven con menos de $1.25 dólares por día, de los cuales, 925 millones padecen de hambre crónica; 88 millones de niños menores, problemas de salud; y, donde el 75% de la población carece de cobertura de seguridad social. En esas condiciones, la pobreza no es solamente disponer "de ingresos bajos", sus dimensiones van mucho más allá de la escases de ingresos; incluyen una salud y nutrición deficientes; educación y calificación bajas; medios de subsistencia frágiles; malas condiciones de vivienda y exclusión social.[25]

La protección social debe incluir transferencias contra el desempleo, servicio de salud, saneamiento, vivienda y acceso hidráulico, seguridad alimentaria y nutricional.

El término, piso social, puede equipararse, "a la noción existente de obligaciones centrales con el fin de garantizar la materialización de al menos unos niveles mínimos en materia de derechos económicos, sociales y culturales".[26]

Por esta razón los principios para implementar los pisos de protección social serán:

- Universalidad en la protección basada en la seguridad social.
- Prestaciones legales.
- No discriminación.
- Previsibilidad de las prestaciones.
- Equilibrio entre financiamiento y beneficios.
- Coherencia de políticas sociales económicas y de empleo.
- Progresividad.
- Multiplicidad de mecanismos financieros.
- Administración solida y transparente.
- Sustentabilidad solida fiscal y económica.

25 *Ibidem*, p. 22.
26 *Ibidem*, p. 34.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

- Participación de empleadores y trabajadores.
- Responsabilidad del Estado.[27]

Adicionalmente a las propuestas de la doctora Bachelet, la OIT, considera que deberán incluirse nivel mínimo de ingresos a desempleados y personas mayores de edad.

VI. Seguridad social contributiva o asistencial

En nuestro país es importante destacar, inicialmente las figuras de asistencia pública y seguridad social, porque las mismas, de alguna manera se complementan y concluyen en un proceso de respuesta a los pisos de protección social que se están debatiendo en este momento.

Asistencia pública son los beneficios colectivos que ofrece un Estado a los sectores vulnerables de la sociedad, por medio de reglas de política pública, tomando en cuenta el presupuesto económico del Estado para la realización de específicos gastos públicos en salud, educación y protección a sectores desprotegidos, como son niños, ancianos y mujeres.

La seguridad social es un servicio público tarifado, previsto en la ley, obligatorio, contributivo y exigible para los servicios definidos en su cobertura.

En este contexto, la seguridad social requiere un sistema financiero autónomo que garantice la prestación, permanencia y estabilidad para usuarios definidos y participantes en la contribución.

Podemos distinguir ambas instituciones en el cuadro comparativo, en la siguiente página.

Es muy importante esta distinción, de lo contrario, se pueden generar confusiones que producen expectativas o descalabros por pretender extender la seguridad social al campo de la asistencia pública. Este fue el resultado que desarrolló Europa con el Estado benefactor, donde Inglaterra, al finalizar la Segunda Guerra Mundial, con base en las premisas de William Beveridge, buscó

27 *Ibidem*, pp. 4 y 5.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

> un conjunto de mecanismos destinados a mejorar las condiciones de vida de la población mediante la responsabilidad estatal de asegurar adecuados niveles de ocupación e ingresos salariales, sistemas de transferencia para la cobertura de contingencias que afectan necesidades básicas de las personas y proveer servicios sociales y ciertos bienes.[28]

El Estado benefactor tuvo un ciclo de instauración, estabilidad, crisis y replanteamiento, porque su definición inicial fue universal, la cual aglutinaba la esencia misma del crecimiento individual y colectivo por medio de políticas públicas sostenidas, eminentemente, en el gasto del Estado, y cuyo origen eran ingresos fiscales y financieros de las propias entidades públicas; así se ofrecieron servicios de salud, educación, alimentación, vivienda, remuneraciones o subsidios y servicios sociales.

Seguridad social	Asistencia pública
Régimen legal que establece servicio público obligatorio.	Sistema presupuestario depende de políticas sexenales.
Es exigible y de cumplimiento forzoso.	Es aleatorio y voluntario.
Genera estructura de permanencia.	Está sujeto a decisiones políticas.
Es vinculativo por los derechohabientes.	No genera ninguna identidad.
Financiamiento autónomo y contributivo.	Programas públicos y colaboración circunstancial.
Seguros de cobertura contributiva.	Protección a menores, educación, salud asistencial, desarrollo social, etcétera.

28 Paganini, Mario O., *op. cit.*, p. 19.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

La crisis del Estado moderno condujo a la crisis del Estado benefactor, donde la supresión de los beneficios fue su resultado.

En la actualidad, el Estado benefactor deberá tener una definición muy clara, que consiste en la participación de políticas públicas que fomenten la seguridad social contributiva para cualquier persona que tenga ingresos o desempeñe un trabajo vinculado o autoempleado y establecer políticas públicas de asistencia colectiva, para segmentos marginados y vulnerables de la sociedad.

Esto permitiría que el Estado focalice, de manera vertical, sus recursos a los segmentos verdaderamente necesitados.

El informe IV, de la OIT, presenta un presupuesto para la recomendación donde señala que

> los pisos de protección social constituyen conjunto de garantías básicas de seguridad social definidas a nivel nacional que garantizan una protección destinada a prevenir o aliviar la pobreza, la vulnerabilidad y la exclusión social. Esas garantías pueden asegurarse mediante regímenes contributivos o no contributivos, con o sin mecanismos de verificación de recursos.

Consideramos que los pisos de protección social deberán ser claramente definidos en asistenciales y de seguridad social donde unas son política de Estado, para erradicar la pobreza y los segundos son una respuesta justa equitativa a esquemas de cobertura definidos y exigibles tanto para trabajadores vinculados a un patrón como para autoempleados.

VII. Protección social para autoempleados

Generar un gravamen a impuestos indirectos para sostener los pisos de protección social universal puede significar problemas en el crecimiento del empleo denominado formal, porque no existe un compromiso real de afiliación, so pena de un capital constitutivo, si todas las personas van a tener el mismo esquema de cobertura.

El costo de la atención de la salud se ha incrementado geométricamente por soportar la atención estrictamente por medio de la

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

medicina tradicional; amen de que la misma no abarca a los autoempleados, y por ello, acuden a instituciones alternativas y reconocidas por el Estado, como lo son la homeopatía y acupuntura. Si la atención de la salud continua con el mismo sistema que al momento ofrece, donde impera un sistema monolítico y con altísimos costos (54% de total de ingresos del IMSS), será muy difícil sostener estos programas de seguridad nacional, no obstante se fije la tasa del 23% sobre el IVA, porque en cinco años se deberá incrementar, ya que esta da la experiencia en el IMSS, donde el seguro médico de pensionados ha sido deficitario en 14 años, pero cada quinquenio deberá requerir un punto más de aportación, pues el 3% sobre SBC no es suficiente.

En los países europeos las transferencias por desempleo, arrojan abuso en su administración; las personas que están en este apartado, además de liberarse de cargas de impuesto directo, reciben subsidios estatales. El apoyo a la vejez sin un sistema financiero sostenido, puede llevar a la banca rota las finanzas del Estado, basta observar lo que sucede en nuestro país con la experiencia que dan diez años con los siguientes resultados:

1. *Subsidios federales*

Para atender de manera congruente el significado de vincular programas asistenciales con contribuciones, presentamos a continuación los ejemplos que nuestro país tiene en este apartado en los años recientes:

a) Subsidio a la vivienda. El gobierno Federal, en apoyo a la población más pobre, otorga subsidios a la vivienda, tanto para adquirirla, como para remodelarla; dichos subsidios es dinero que el ciudadano nunca tendrá que pagar y que al tener que estar acompañados por un crédito de algún intermediario financiero, le permiten a la población hacerse de una vivienda digna.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

COMISION NACIONAL DE VIVIENDA

PROGRAMA ANUAL DE FINANCIAMIENTOS PARA VIVIENDA

SUBSIDIOS FEDERALES OTORGADOS EN VIVIENDA POR ENTIDAD FEDERATIVA, ORGANISMO Y SUPROGRAMA

ENTIDAD FEDERATIVA	2010	ENE-NOV 2011
EL MONTO EJERCIDO EN MILLONES DE PESOS		
TOTAL	13,138.8	7,541.0
AGUASCALIENTES	183.7	122.7
BAJA CALIFORNIA	289.1	245.3
BAJA CALIFORNIA SUR	56.0	65.8
CAMPECHE	241.3	126.8
COAHUILA DE ZARAGOZA	358.5	188.0
COLIMA	82.1	87.7
CHIAPAS	887.2	342.2
CHIHUAHUA	723.8	330.8
DISTRITO FEDERAL	203.3	22.4
DURANGO	309.6	216.0
GUANAJUATO	482.6	379.0
GUERRERO	522.6	167.0
HIDALGO	397.7	244.3
JALISCO	598.0	425.5
MEXICO	601.3	386.8
MICHOACAN DE OCAMPO	633.9	362.5
MORELOS	194.0	90.9
NAYARIT	103.8	101.3
NUEVO LEON	497.4	382.1
OAXACA	680.8	296.0
PUEBLA	710.6	358.6
QUERETARO DE ARTEAGA	205.9	128.0
QUINTANA ROO	302.7	161.7
SAN LUIS POTOSI	385.5	133.2
SINALOA	390.4	201.5
SONORA	532.7	362.0
TABASCO	254.4	195.3
TAMAULIPAS	560.7	292.7
TLAXCALA	101.1	63.7
VERACRUZ DE IGNACIO DE LA LLAVE	1,085.3	732.2
YUCATAN	382.2	250.5
ZACATECAS	152.7	84.6

FUENTE: ELABORADO POR CONAVI; COORDINACION GENERAL DE TECNOLOGIAS DE LA INFORMACION Y SISTEMA SAP, CON INFORMACION DE LOS ORGANISMOS DE VIVIENDA.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

En 2010 se otorgaron subsidios por un monto de $13,138.8 millones; de enero a noviembre de 2011 se otorgaron $7,541 millones, lo que significó una disminución de 21%, respecto del mismo periodo del año anterior.

b) Seguro popular. Fue implementado en el *Programa Nacional de Salud 2001-2006* para brindar protección financiera a los mexicanos, que por su condición laboral y socioeconómica, no son derechohabientes de las instituciones de seguridad social (IMSS e ISSSTE).

Este seguro es público y voluntario; su costo es cubierto mediante un subsidio federal y cuotas anuales de los beneficiarios por concepto de afiliación, los cuales son progresivas según el decil salarial en el que se encuentre la familia en cuestión. Las cuotas vigentes son las siguientes:

Cuotas vigentes	
Decil del ingreso	Cuota anual familiar (pesos)
I	$ 0.00
II	$ 0.00
III	$ 0.00
IV	$ 0.00
V	$ 2,074.97
VI	$ 2,833.56
VII	$ 3,647.93
VIII	$ 5,650.38
IX	$ 7,518.97
X	$ 11,378.86

En lo que respecta al financiamiento por parte del gobierno Federal, se le destinó al "Programa de Seguro Popular" un monto por $65,652.5 millones para el 2012, lo que significa un incremento del 11.4% real, y 15.3% nominal, con respecto a los $56,946.7 millones destinados en 2011.

Las personas que de manera individual decidan afiliarse al seguro popular, deberán cubrir el equivalente al 50% de la cuota que se les aplique, según el decil en el que se encuentren,

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

sólo contribuyen el 4% de las personas, la mayor parte se encuentran sin cobro; todos estos subsidios representan un importe igual a las contribuciones patronales para vivienda.

c) Programas de apoyo económico a los adultos mayores "70 y más". Este programa federal busca reducir el nivel de pobreza en el que se encuentran los adultos de 70 años y más, incrementando su ingreso y su protección social.

Inició operaciones en 2007, y a partir de ahí ha logrado incrementar paulatinamente su nivel de cobertura, pasando de beneficiar a los adultos mayores que habitan en localidades de hasta 2,500 habitantes, a aquellos que viven en localidades hasta de 30,000.

Consiste en una transferencia bimestral por un monto de $1,000 pesos a los adultos mayores que tengan 70 años o más, y se encuentren inscritos dentro del programa.

Al cierre de 2010, el programa contaba con 2,105,306 beneficiarios registrados, a los cuales se les entregó, en apoyo económico, un total de $12,123 millones.

El costo total del programa en el Presupuesto de Egresos de la Federación (PEF) de 2010, fue de $12,922.70 millones de pesos (ejercicios); para el 2011, los recursos asignados en el PEF a este programa se incrementaron a $13,287.2 millones. Pero, para el PEF del 2012, se presenta un incremento del 60.5% real, con respecto al año anterior, alcanzando así, los $22,071.2 millones.

2. *Programas estatales*

Existen estados de la República que otorgan un apoyo económico a los adultos mayores con sus propios recursos, los cuales, fueron tomados de las páginas *web* de los diferentes estados de la República mexicana.. Dichos estados son:

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Entidad	Monto mensual	Presupuesto de Egresos Estatal
Baja California	$500.00	$31'050,000.00
Chiapas	$550.00	$1,438'649,159.86
Distrito Federal	$822.00	$4,826'244,917.00
Guerrero	$400.00	$245'000,000
Jalisco	$500.00	$203'241,000.00
Nuevo León	$700.00	$507,000,000.00
Oaxaca*	$500.00	$150'405,284.78
Tlaxcala	$500.00	$1'368,000.00
Veracruz	$850.00	$350'000,000.00
Total Entidades		$ 7,549,258,687.78

3. *Autoempleados*

El autoempleo en nuestro país arroja los siguientes datos. Para el año 2011, la población total que reporta el Instituto Nacional de Geografía Estadística es de 113,558,599, de la cual, la población económicamente activa es de 48,919,801 y la no económicamente activa de 34,778,514. La desocupada del PEA son 2,554,100; a esta cifra se puede adicionar la población subocupada por búsqueda de trabajo ocasional, que es de 3,851,053, con un total de 41,193,667. La tasa de ocupación en el sector informal es de 28.9% del total de la población; y a la misma, se adicionan los subempleados, subocupados, etcétera. Podemos reflejar entonces, un porcentaje superior a la mitad de la población total que no tiene trabajo formal. El cuadro siguiente representa un indicador serio del comportamiento que prevalece en nuestro país, y la tendencia a incrementar el trabajo, generalmente denominado, informal, mejor citado como autoempleados.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Indicadores de ocupación y empleo al segundo trimestre de 2011

Indicador	Total	Hombres	Mujeres
Población total	113,558,599	55,006,552	58,552,047
Población de 14 años y más	83,698,315	39,878,721	43,819,594
Población económicamente activa (PEA)	48,919,801	30,608,123	18,311,678
Ocupada	46,355,701	29,003,398	17,352,303
Desocupada	2,564,100	1,604,725	959,375
Población no económicamente activa (PEA)	34,778,514	9,270,598	25,507,916
Disponible	6,263,886	2,023,119	4,240,767
No disponible	28,514,628	7,247,479	21,267,149
Población ocupada por sector de actividad económica	46,355,701	29,003,398	17,352,303
Primario	6,261,777	5,630,308	631,469
Secundario	11,166,690	8,375,503	2,793,187
Terciario	28,639,914	14,798,946	13,840,968
No especificado	285,320	198,641	86,679
Población subocupada por condición de búsqueda de trabajo adicional	3,851,053	2,657,599	1,193,454
Con condición de búsqueda de trabajo adicional	395,039	296,885	98,154
Sin condición de búsqueda de trabajo adicional	3,456,014	2,360,714	1,095,300
Edad promedio de la población económicamente activa	37.8	38.0	37.5
Promedio de escolaridad de la población económicamente activa	9.3	9.0	9.7
Horas trabajadas a la semana por la población ocupada (promedio)	42.4	45.1	37.7
Ingreso promedio por hora trabajada de la población ocupada (pesos)	29.8	30.2	29.2
Tasa de participación de la población en edad de trabajar	58.4	76.8	47.8
Tasa de desocupación b	5.2	5.2	5.2
Tasa de ocupación parcial y desocupación 1 (TOPD1) b	11.4	9.1	15.3
Tasa de presión general (TPRG) b	8.9	9.4	8.1
Tasa de trabajo asalariado c	61.9	61.3	62.8
Tasa de subocupación c	8.3	9.2	6.9
Tasa de condiciones críticas de ocupación (TCCO) c	11.1	11.5	10.6
Tasa de ocupación en el sector informal c	28.9	27.9	30.4

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

a	Los datos absolutos de las encuestas en hogares se ajustan siempre a proyecciones demográficas, no sólo con la finalidad de tener un referente poblacional en periodos intercensales, sino también para eliminar las fluctuaciones en los datos estimados que son inherentes a los esquemas de muestreo probabilístico propios de estas encuestas, lo que facilita las comparaciones en el tiempo. Las proyecciones se actualizan cada vez que se tienen nuevos datos de población en este contexto, el Censo de Población y Vivienda 2010, al proporcionar información nueva sobre la magnitud y distribución de la población en el país, obliga a que el Consejo Nacional de Población reelabore las proyecciones demográficas oficiales para el país, proceso que está en marcha. Ante esta situación y con el propósito de que los usuarios de la información de la ENOE dispongan de resultados en cifras absolutas el INEGI, elaboró una estimación poblacional interna que ajusta los resultados de la encuesta a los del censo. Por lo anterior, los datos de la ENOE que ahora se presentan a nivel nacional por entidad federativa y para cuatro tamaños de localidad tienen carácter preliminar y serán sustituidos una vez que se disponga de las nuevas proyecciones oficiales de la población del país.
b	Tasas calculadas contra la población económicamente activa.
c	Tasas calculadas contra la población ocupada.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

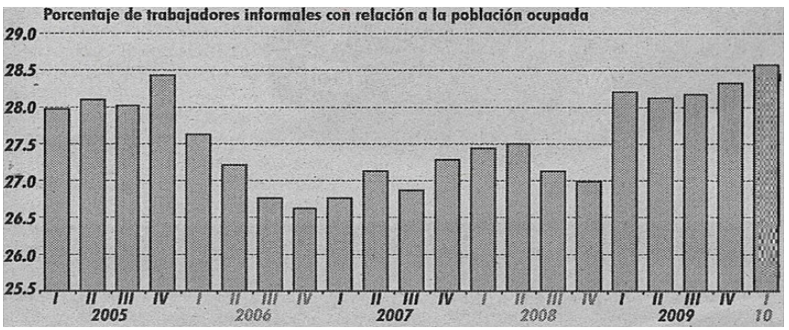
Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

a	Los datos absolutos de las encuestas en hogares se ajustan siempre a proyecciones demográficas, no sólo con la finalidad de tener un referente poblacional en periodos intercensales, sino también para eliminar las fluctuaciones en los datos estimados que son inherentes a los esquemas de muestreo probabilístico propios de estas encuestas, lo que facilita las comparaciones en el tiempo. Las proyecciones se actualizan cada vez que se tienen nuevos datos de población en este contexto, el Censo de Población y Vivienda 2010, al proporcionar información nueva sobre la magnitud y distribución de la población en el país, obliga a que el Consejo Nacional de Población reelabore las proyecciones demográficas oficiales para el país, proceso que está en marcha. Ante esta situación y con el propósito de que los usuarios de la información de la ENOE dispongan de resultados en cifras absolutas el INEGI, elaboró una estimación poblacional interna que ajusta los resultados de la encuesta a los del censo. Por lo anterior, los datos de la ENOE que ahora se presentan a nivel nacional por entidad federativa y para cuatro tamaños de localidad tienen carácter preliminar y serán sustituidos una vez que se disponga de las nuevas proyecciones oficiales de la población del país.
b	Tasas calculadas contra la población económicamente activa.
c	Tasas calculadas contra la población ocupada.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

En el primer trimestre de 2010, los trabajadores autoempleados alcanzaron tasa de crecimiento más elevada con relación a la población ocupada total del país.



Los trabajadores autoempleados se pueden clasificar en tres apartados: *a*) trabajadores autoempleados, *b*) microempresarios, y *c*) personas indigentes y en estado de pobreza.

Nos parece incorrecto fusionar a los tres en una estructura uniforme, máxime que sus requerimientos, necesidades y posibilidades son distintos y con calificaciones autónomas.

En efecto, los dos primeros grupos de personas no tienen diferencia o distinción con los trabajadores estructurados, por el contrario, son mayores las similitudes a las discrepancias, porque tienen nivel de ingresos y escolaridad similares, y en muchas ocasiones los autónomos tienen mejor estándar de vida. Lo más grave que puede sufrir este segmento de personas y sus familias es el problema de la salud, el cual, el gobierno mexicano ha tratado de resolver por medio del llamado seguro popular.

El envejecimiento de la población es agresivo, la expectativa de vida crece 2 años cada 10, lo que genera un cambio generacional de 1940, de 63 años, a 78 en 2011; esto afecta de forma más agresiva a los sectores sin protección de seguridad social.

Seguir otorgando subsidios, es sofocar el crecimiento del país, ya que se otorgan de manera temporal y con criterios políticos.

Podemos destacar que los programas subsidiados del estado de Coahuila concluyeron dos meses después del cambio de gobierno, lo que provoca gran frustración en los sectores afectados.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Por todo ello, es imprescindible tener decisiones impostergables como sociedad para resolver esta dicotomía.

En conclusión, respecto a la clasificación anterior de asistencia pública y seguro social, Carlos G. Posadas menciona que, "son instituciones complementarias, la asistencia social es un paso de la ayuda a los pobres encaminado al seguro social, mientras que el seguro social es paso del seguro privado hacia la protección colectiva".[29]

La seguridad social tiene que estar soportada financieramente, en especial, por los sectores directamente beneficiados, donde el Estado garantice por medio de un servicio público, la estabilidad, permanencia y trascendencia de éste, el cual es exigible y bajo un marco legal. La asistencia pública va directamente a los presupuestos de egresos del Estado, y sigue los parámetros de la política social del Estado.

Carmelo Mesa Lago, establece lo siguiente:

> Como los recursos son limitados deben establecerse prioridades en términos de gasto social, debe haber focalización en los programas de mayor impacto social, pero mientras estos programas se desarrollan y producen efectos, hay que dar atención a los pobres de una manera eficaz. El énfasis debe ser puesto sobre aquellos programas que produzcan una transformación a largo plazo, educación, creación de empleo productivo, pero también atención asistencial en el periodo de transición, hasta que esas medidas a largo plazo puedan tener efecto.[30]

VIII. Pisos de protección social

La OIT pretende fusionar el piso de protección social como un modelo universal de atención (inclusive describe el caso de México como representativo).

29 Posada, Carlos, *op. cit.*, p. 9.

30 Mesa Lago, Carmelo, *Desafíos actuales de la seguridad social en América Latina*, Buenos Aires, CIEDLA, 1997, pp. 33 y 34.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

1. *Piso de protección social en México*

El Gobierno mexicano ha aumentado el gasto social y los programas sociales integrados en el marco de una estrategia amplia de desarrollo social conocida como Vivir Mejor. Entre sus programas emblemáticos figuran el programa de desarrollo humano Oportunidades para las familias pobres y el régimen de pensiones sociales 70 y Más para las personas de edad. Recientemente, el régimen de seguro de salud Seguro Popular ha ampliado el acceso a la salud a familias que previamente no estaban aseguradas. Estos sistemas combinan el acceso a los servicios esenciales y la administración de transferencias sociales monetarias y en especie para sentar las bases del piso de protección social en México.

El programa Oportunidades transferencias monetarias, formación y otros servicios para promover el desarrollo humano de las familias pobres. En 2010, 5.8 millones de familias, aproximadamente un 30 por ciento de toda la población mexicana, recibía estas prestaciones. El programa cuenta con un presupuesto de 65,700 millones de pesos, el equivalente a alrededor de 5,700 millones de dólares, y ha tenido un impacto considerable en la calidad de vida de las familias pobres. Por ejemplo, el consumo de las familias beneficiarias ha experimentado un incremento del 16-22 por ciento y las tasas de escolarización y asistencia escolar han aumentado. Esto sirve para ilustrar cómo la protección social ayuda a hacer frente a los mecanismos centrales responsables de la pobreza.

El régimen de pensiones no contributivas denominado 70 y Más trata de resolver la pobreza durante la vejez mediante la asignación de transferencias mensuales de 500 pesos (41,65 dólares) a las personas pobres mayores de 70 años que residen en pequeñas localidades. Los beneficiarios gozan también de acceso a actividades y servicios destinados a mejorar su salud física y mental. A fecha de enero de 2011 había 2,1 millones de beneficiarios.

El régimen de seguro de salud Seguro Popular permite que las familias no aseguradas accedan al seguro de salud. Este programa se ofrece de forma gratuita a las más pobres y a un costo reducido a las demás. Hasta el año 2011 se habían afiliado 44 millones de personas. El presupuesto del programa se triplicó, pasando de 18,000 millones de pesos en 2006 a 52,000 millones de pesos en 2010. El objetivo a largo plazo es proporcionar cobertura médica a un total de 51 millones de personas.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Estos programas, coordinados en el marco de la estrategia Vivir Mejor, han contribuido al desarrollo social en México. Según la Secretaría de Desarrollo Social, sin estos programas 2,8 millones de personas más se hubieran visto en la pobreza extrema entre 2006-2008.[31]

Y así, la asistencia y seguridad social, se integran en una sola.

2. *Integrar al seguro social y la asistencia social*

La reforma de las pensiones llevada a cabo en Chile en el año 2008 se hizo un esfuerzo alentador por crear una "pensión solidaria" mediante la reformulación de los componentes no contributivos de su sistema de pensiones. Esto se consiguió ampliando de forma sustancial su cobertura e introduciendo una prestación complementaria de asistencia social para aquellas personas cuyo plan de pensiones individual fuese modesto a causa de las interrupciones en su vida laboral y sus contribuciones a la seguridad social y/o de sus bajos salarios. Ambas pensiones se coordinan e integran en una única institución pública de seguro social. Todas las personas que se encuentren en los primeros tres quintiles más pobres (el 60 por ciento de la población) tienen derecho a percibir la totalidad de la prestación básica no contributiva en caso de no haber desempeñado un empleo formal, o a una prestación proporcional y decreciente complementaria a la obtenida a través del plan de pensiones contributivo individual.

Desde el año 2009, Colombia también ha puesto en marcha una reforma dirigida a lograr la cobertura médica universal mediante la unificación de sus sistemas de seguro contributivo y subvencionado bajo un nuevo plan de seguro médico universal. El plan contributivo de salud, conocido como Plan Obligatorio de Salud (POS), se financia mediante un impuesto sobre los salarios de los trabajadores del sector formal y un impuesto a las empresas. Los trabajadores de bajos ingresos o informales obtienen cobertura gracias al Plan Obligatorio de Salud Subsidiado (POSS), financiado mediante un subsidio público. La integración del Piso Social en los programas de seguro facilitará la transición de los trabajadores al sistema de protección social.[32]

31 *Piso de protección social...cit.*, p. 73.

32 *Ibidem*, p. 90.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Se debe estudiar esta nueva propuesta de la OIT; aunque, creemos que para hacerla sustentable, deberá tener un análisis autónomo. Fusionar los sistemas solidarios y de política social, en relación con los instrumentos de aseguramiento colectivo, combinados en un sólo piso inicial de protección, puede generar en corto plazo, un gran desfase en las finanzas públicas, en casos de crisis económica o por el envejecimiento de la población. Creemos que el seguro de desempleo y la ayuda de vejez, deberán ser estudiados en el segundo piso de protección, y mejorar el primer piso con medidas de capacitación y habilidades para el empleo a los sectores vulnerables.

La OIT pretende sostener el nuevo mecanismo con opciones financieras, como lo señala en los siguientes ejemplos:

Espacio fiscal para la protección social
Opciones de política por país

	Bolivia	Botswana	Brasil	Costa Rica	Lesotho	Namibia	Sudáfrica	Tailandia
Tributación sobre los minerales y otros similares con un objetivo concreto (impuestos específicos)	x	x	x					
Incrementar la tributación general			x		x			x
Cotizaciones sociales			x	x	x	x	x	x
Superávit presupuestario		x	x			x		
Redefinición presupuestaria				x	x		x	x
Reducción del gasto prioritario o de los gastos militares								

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Reducción de la deuda y del servicio de la deuda	x	x	x	x	x		x	x
Asistencia oficial para el desarrollo						x		
Venta de activos estatales	x							
Canal de eficiencia			x					
Canal constitucional			x	x			x	x

Fuente. Organización Internacional de Trabajo.[33]

Como mecanismo de apoyo para que esto tenga resultado, sugieren las nuevas fuentes de financiamiento, como las siguientes:

3. *Fuentes de financiamiento innovadoras aplicadas a la protección social*

> Impuesto sobre las transacciones financieras: muchos países, entre ellos el Brasil, República de Corea, India y Reino Unido, han adoptado algún tipo de impuesto sobre las transacciones financiera, normalmente un impuesto ad valorem sobre las transacciones de acciones de 10-50 puntos básicos. En promedio, este tipo de impuesto recaudaría menos del 0.5 por ciento del PIB (Matheson. 2011). En el Brasil, la contribución provisional sobre las transacciones financieras ayudó a consolidar la universalización del sistema de salud. El informe Gates para la Cumbre del G-20 en Cannes calcula que un impuesto pequeño de 10 puntos básicos sobre las acciones y de dos puntos básicos sobre los títulos serviría para recaudar alrededor de 48,000 millones de dólares anuales en los países del G-20 (Lamb. 2011). En caso de aprobarse, parte de estos recursos podrían emplearse para apoyar el desarrollo de pisos de protección social en los países de ingresos bajos.

33 *Ibidem*, p. 79.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Impuesto sobre las transacciones monetarias internacionales: el Grupo Piloto de Financiamiento Innovador para el Desarrollo calculó que un impuesto del 0.005 por ciento sobre las operaciones divisas extranjeras en los principales mercados de divisas en el punto de liquidación lograría recaudar en torno a los 25,000-36,000 millones de dólares en las cuatro divisas principales (dólar, euro, yen y libra esterlina). El grupo sugiere que los recursos obtenidos se utilicen para crear un Fondo Global de Solidaridad que podría dedicarse a la cooperación internacional para el desarrollo, incluida la implantación de pisos sociales.

Impuesto de solidaridad sobre los billetes de avión: en 2006, el Brasil, Chile, Francia, Noruega y Reino Unido, en colaboración con las Naciones Unidas, acordaron gravar los billetes de avión e invertir los fondos recaudados en protección sanitaria básica, facilitando en particular la compra de medicamentos y medicinas para combatir el sida, la tuberculosis y la malaria en países de ingresos bajos. Benin, Burkina Faso, Camerún, Congo, República de Corea, Cote d'Ívoire, Guinea, Madagascar, Mali, Mauricio y Niger se sumarian posteriormente a esta iniciativa. El costo para los pasajeros oscila entre 1 dólar (billetes en clase económica) y 40 dólares (clase de negocios). Desde su creación, el impuesto a las aerolíneas ha ayudado a UNITAID a recaudar alrededor de 2,000 millones de dólares para financiar programas en beneficio de las poblaciones de 94 países (UNITAID, 2010).

Remesas: la migración laboral siempre ha constituido una fuente de protección social informal para las familias que quedaban atrás. Se prevé que los flujos de remesas hacia los países en desarrollo alcancen los 346,000 millones de dólares de los Estados Unidos en 2011, representando aproximadamente un 2 por ciento del PIB de los países en desarrollo y un 6 por ciento del PIB en los países de ingresos bajos (Banco Mundial, 2010). Se ha demostrado que pueden contribuir a aumentar el consumo y reducir la pobreza en los países de origen de los migrantes. La adopción de medidas decisivas para reducir los costos de estas transacciones, que se cifran de media en un 9 por ciento, pueden aumentar los ingresos netos transferidos. Un estudio reciente sobre las zonas rurales de Mozambique muestra que la migración asociada con las remesas está positivamente relacionada con el fomento de la solidaridad en las comunidades (Mendola, 2010). Los mecanismos de riesgo compartido e inclusión financiera entre los receptores de remesas

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

también podrían fomentarse para mejorar el impacto del flujo de remesas sobre el bienestar comunitario y convertir los mecanismos informales en sistemas formales de Piso Social.

Instrumentos de deuda: a partir de 2007, en virtud del acuerdo de canje Debt2health, Australia, Alemania han convertido alrededor de 160 millones de dólares de los Estados Unidos de deuda bilateral de Cóte d´Ivoire, Egipto, Etiopía, Indonesia y Pakistan en inversiones en servicios básicos de salud para estos países. En virtud de este acuerdo, el acreedor cancela la deuda bilateral y el deudor se compromete a invertir en salud básica. Podrían mejorarse los mecanismos de canje de la deuda y de cancelación de la deuda para aumentar la inversión en protección social (Fondo Mundial, 2011).[34]

IX. Impuestos indirectos para el financiamiento de seguridad social universal

Incrementar impuestos indirectos (por ejemplo IVA), sin tener exclusión, exención o tasa cero, con objeto de cubrir los pisos de protección social que pueden quedar ubicados en nuestro país como son: pensión universal, salud y desempleo, se considera bajo los siguientes parámetros:

- Tasa mínima del 22%, pero puede alcanzar 28%; se ofrecería una pensión sólo a las personas, hasta 2.5 salarios mínimos, el reto de los trabajadores deberán acumular a través del sistema de ahorro para el retiro.
- No se incluye el Infonavit, por lo que deberá continuar la cotización de este.
- Deberá homologar ISSSTE, IMSS y seguro popular, lo que costaría la unificación del cuadro básico, relaciones laborales y gestión.
- Se tienen que cancelar todos los subsidios que existen de protección social.
- Permanecerán los impuestos directos.
- Se cancelarán las aportaciones obrero-patronales.

34 *Ibidem*, p. 83.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Los consensos nacionales para alcanzar estos cambios son complicados, y se tiene que analizar con mucho cuidado la forma para no perjudicar al empleo, ya que la única diferencia entre autoempleados y trabajadores vinculados a un patrón, sería el Infonavit, por lo que deberá tener un soporte técnico administrativo como en este momento lo tiene el IMSS.

Es preferible estimular en menores a partir de los 10 años aptitudes, actitudes y habilidades para el empleo, junto a programas de crecimiento social, que incluye educación, salud, nutrición; esto es más conveniente que el seguro al desempleo, porque en nuestro país, con las tasas de incremento en autoempleo, si se otorga un seguro como el citado, desbordará el número de personas que trabajan por cuenta propia, a los vinculados a un patrón.

El porcentaje del 53% del PEA que actualmente existe a trabajadores autoempleados, se incrementará a niveles agresivos, afectando seriamente el empleo formal; en cambio, ayudar a la infancia por turnos vespertinos, para que adquiera conocimientos técnicos y habilidades de empleo, independientemente del sistema tradicional escolar, será ofrecer expectativas importantes de inserción social y una respuesta trascendente al crecimiento tradicional.

X. Conclusión

Nos parece que fusionar asistencia pública y seguridad social, puede generar problemas severos, si no tomamos en cuenta los siguientes ejes:

- Envejecimiento de la población.
- Apoyo del empleo.
- Crecimiento de subsidios con programas de protección social.
- Transferencias en desempleo que afectan las finanzas públicas por cancelar a contribuyentes, por usuarios de servicios de protección social, con lo que el problema de afectación a las finanzas públicas, se duplica.
- Cancelar esquemas contributivos, con lo que se puede generar mayor abuso de algunos sectores por dejar de cumplir normas

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

laborales en favor de los trabajadores, en virtud de la universalidad de servicios.

- Señalar como piso de protección social la asistencia pública y la seguridad social es una medida muy importante, siempre y cuando se separen las políticas sociales como son la educación, sanidad, alimentación, etcétera, con las políticas de aseguramiento colectivo que son los seguros de desempleo, ayuda de vejez y tratamientos médicos.
- Los esquemas de salud deben tener tres grandes vertientes, donde los grupos de extrema pobreza y vulnerables deben gozar de servicios sanitarios del Estado; las personas autoempleadas y los trabajadores vinculados a un patrón, deberán quedar comprendidas en esquemas de seguridad social.
- Las enfermedades catastróficas requieren una respuesta autónoma que forme parte del gasto público, con carga impositiva.
- Así mismo, se debe institucionalizar en estos servicios la medicina homeopática y acupuntura.
- En lugar de estar alentando el seguro al desempleo, nos parece muy importante que se promuevan las habilidades del empleo, en especial a los sectores más vulnerables de la población, donde se autorice la escuela-empresa. Se puede subsidiar el periodo de capacitación y estimular el aprendizaje de manera frontal, y sin calificar a los maestros como patrones; nos parece que la capacitación es el elemento trascendente para el cambio de la pobreza al empleo.
- La niñez debe contar con técnicas y habilidades de empleo a temprana edad (turno vespertino escolar), con objeto de fomentar desde los 10 años habilidades de empleo.
- Se debe establecer un órgano de gobierno que se encargue de fusionar a todas las instituciones que participan, de manera aislada, en ofrecer capacitación y habilidades de empleo.
- Es muy importante adicionar la legislación de seguridad social para establecer sistemas de cobertura en vivienda, pensiones y salud para autoempleados, donde las personas cubran el 50% de su costo y el Estado complemente el otro 50%.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

XI. Bibliografía

Bachelet, Michelle, *Piso de protección social para una globalización equitativa e inclusiva*, Ginebra, OIT, 2010.

Cifuentes Lillo, Hugo, *Políticas sociales y seguridad social en Chile*, Contribuciones 1, 1997.

Cueva, Mario De La, *El derecho mexicano del trabajo*, México, Porrúa, 1979, t. II.

Desafíos actuales de la seguridad social en América Latina, Fundación Konrard Adenauer Contribuciones 1, 1997.

González Díaz Lombardo, Francisco, *El derecho social y la seguridad social integral*, Textos Universitarios, 1973.

Gonzalez Uribe, Héctor, *Teoría política*, Porrúa, 1984.

Llamas, Adolfo, *Seguridad social en la Nueva España*, México, UNAM, 1964.

Mesa Lago, Carmelo, *Desafíos actuales de la seguridad social en América Latina*, Buenos Aires, CIEDLA, 1997.

Mingarro y San Martín, José, *La seguridad social en el Plan Beveridge*, Polis.

Moles, Ricardo, *La Integración Latinoamericana y la Seguridad Social*, CIESS, Cuadernos técnicos, núm. 8.

Moreno Padilla, Javier, *Derecho fiscal de la seguridad social*, 2003.

Olea, Manuel Alonso, *Instituciones de seguridad social,* Madrid, Civitas, 1983.

Paganini, Mario O., "Las políticas de previsión y el estado benefactor", *La seguridad social y el Estado moderno*, IMSS-FCE, 1992.

Patiño Camarena, Javier, "Las formas de Protección Social a través de la Historia", *Boletín Informativo de Seguridad Social*, marzo de 1978, núm. 1.

Posada, Carlos, "Los seguros sociales obligatorios en España", *Revista de Derecho Privado*, Madrid.

Solís Soberón, Fernando, *Seguridad social en México*, CIDE, núm. 88.

Velarde Beristáin, Alfonso, "Seguro social", *Boletín de Información Jurídica del IMSS*, núm. 8, julio-agosto de 1974.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

DERECHO COMPARADO EN EL SISTEMA DE PENSIONES POR RETIRO

Gerardo Valente Pérez López*

Sumario: I. *Introducción*. II. *México, realidad del sistema de pensiones de retiro*. III. *El sistema de pensiones por retiro en América Latina*. IV. *Bibliografía*.

I. Introducción

En la actualidad, a poco más de una década de haber iniciado el siglo XXI, a nivel internacional, y también dentro del derecho comparado, se está viviendo una evidente y grave crisis en el sistema de pensiones por retiro; esto debido, al pensar de algunos, a la deficiente administración de los distintos regímenes de financiamiento; y para otros, a la problemática que surge de la mutación de un sistema de reparto, a uno de capitalización individualizada; otros más, consideran que la crisis deviene de un incorrecto enfoque actuarial, tanto del método de financiamiento de este tipo de retiro, como del avance de la medicina preventiva, que ha ocasionado un aumento en la edad con capacidad para laborar y una disminución en el índice de mortalidad; circunstancias todas, que inciden en el número de trabajadores activos, por tanto aportantes, y de trabajadores en retiro.

México, a 15 años de la reforma de la ley del Seguro Social, en relación a las pensiones por retiro por cesantía en edad avanzada, y por vejez; y a cinco de haberse modificado la Ley del Instituto de Seguridad Social de los Trabajadores al Servicio del Estado, no se

* Doctor y profesor en derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, *valger_1@hotmail.com.*

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

escapa al entorno internacional, y actualmente, en nuestro país, se vive una gran problemática en torno a este tema.

Uno de los objetivos de este artículo, es el análisis de diversos sistemas de pensiones en la región de Latinoamérica, en la idea de que, se llegue a la comprensión de lo que, en torno a este tipo de pensiones, está sucediendo en nuestro país para, que se formule el planteamiento de posibles alternativas de solución a la problemática situación que se vive actualmente.

Puede afirmarse, por desgracia, que las normas de seguridad social vigentes, se han alejado de los fundamentos de ésta, en otras palabras, se han hecho a un lado los conceptos de solidaridad y de una aspiración de universalidad, llegando al extremo de determinarse que la administración del régimen de financiamiento de este tipo de pensiones se ubiquen en el terreno de la especulación, lo que, a nuestro criterio es inaceptable; por lo que, el alcance de este trabajo, pretende evidenciar esto último y plantear algunas alternativas de solución.

II. México, realidad del sistema de pensiones de retiro

Se considera no sólo de actualidad, sino de una gran trascendencia, el análisis de los diversos sistemas de pensiones que se han adoptado en otros países para hacer un comparativo con lo que sucede hoy día en nuestro país; y desprender de esos supuestos, un posible horizonte de la seguridad social en México, del cual, se anota, desde ahora, que el análisis se concreta al rubro de las pensiones por retiro.

En un primer plano de reflexión, consideramos que, es de suma importancia identificar el papel que debe asumir el órgano de gobierno para garantizar el buen funcionamiento del sistema de pensiones.

Al día de hoy, no sólo en Latinoamérica, sino también en Europa, se observa que el Estado benefactor está desapareciendo paulatinamente; Gustavo Cázares García comenta sobre el particular, lo siguiente:

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

> No obstante la oposición a las ideas neoliberales y sus políticas de privatización, los políticos partidarios de las mismas progresivamente fueron alcanzando el poder constituyendo gobiernos que han puesto en práctica tales ideas, socavando la idea del Estado Benefactor y transformando a través de la privatización una de sus principales instituciones como lo es la seguridad social, que, fundamentalmente con la admisión de entes particulares en el otorgamiento de prestaciones que tradicionalmente lo hacían los organismos de seguridad social, como lo son las prestaciones de retiro, cesantía en edad avanzada, vejez y vida ha dejado de ser propiamente social y no en si porque sean particulares quienes ahora intervengan, sino porque estos lo hacen con un objetivo muy claro que es la obtención de lucro sin importarles propiamente la idea informadora de la seguridad social que es la solidaridad, sustituyéndola por principios de egoísmo, que, como la historia lo ha demostrado, pero la flaca y tendenciosa memoria de los gobernantes pretenden olvidarla, lo único que ha producido es mayor pobreza y desprotección de aquellos integrantes de la gran masa de la población que son los trabajadores quienes únicamente siguen siendo sólo propietarios de su fuerza de trabajo, propiciando todo ello, como lo apuntamos en el inicio de éste apartado, no sólo un freno de la seguridad social, sino un retroceso, haciendo cada día más difícil de alcanzar su principio de universalidad e integridad.[1]

De lo expresado anteriormente, puede afirmarse, que resulta interesante analizar qué está sucediendo en torno a esta institución de seguridad social en Sudamérica, pues se considera así por las similitudes en las economías de esta región, así como en las tendencias en torno a la adopción de un régimen de pensiones por retiro, de acuerdo a las características de la zona.

III. El sistema de pensiones por retiro en América Latina

En este apartado estudiamos algunos países de América Latina con objetivos distintos en su sistema de pensiones, con la finalidad

[1] Cazares García, Gustavo, *Derecho de la seguridad social*, México, Porrúa, 2005, pp. 25 y 26.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

de identificar el régimen adoptado, los requisitos pensionarios, régimen financiero y beneficios que obtienen los asegurados al momento de su retiro.

En explicación a lo anterior, se debe acotar que las reformas no estructurales que se han dado en torno al sistema de pensiones, son las que tratan de mejorar el sistema público pensionario, y pueden también combinarlo con un programa voluntario de pensiones complementarias; por su parte, las reformas estructurales, son las que, o bien cierran o abandonan el sistema público y lo sustituyen por un sistema de capitalización individual, o asumen la alternativa de integrar un sistema mixto.

De acuerdo a los ajustes que se han dado en el sistema de pensiones para el retiro, este se puede clasificar en modelos sustitutivos, paralelos y mixtos.

1. *Modelos sustitutivos*

Este sistema de pensión por retiro, radica en que, en sí, no es complementario al sistema de reparto; por el contrario, lo sustituye: Al respecto, la doctora María Ascensión Morales Ramírez, comenta:

> Sustitutivo. Que no fuera adicional o complementario al sistema vigente, sino que lo substituyera, para financiar a menor costo mayores beneficios. Al cerrarse el antiguo sistema, se evitaría la duplicidad de costos de administración que resultaría de la operación simultánea y permanente de dos regímenes de pensiones, con sus respectivos aparatos de administración y control, además de los efectos redistributivos adversos derivados del encarecimiento del empleo. Por otra parte, en el caso de tener un carácter complementario, existía la amenaza de ser excesivos los fondos captables, dada la importancia de economías a escala en la gestión.[2]

Chile es el pionero en aplicar el modelo de la reforma sustitutiva con administración privada; en este tipo de sistema, el antiguo mo-

[2] Morales Ramírez, María Ascensión, *La recepción del modelo chileno en el sistema de pensiones mexicano*, México, UNAM-Porrúa, 2005, pp. 85 y 86.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

delo público se cierra; lo cual, significa que no se permiten nuevas afiliaciones, y es sustituido por el nuevo sistema obligatorio, basado en la capitalización privada individualizada, administrado por corporaciones privadas, con finalidad exclusiva de fines de lucro.

Por la importancia histórica y práctica del Sistema de Pensiones por Retiro, a continuación se realiza un breve análisis del modelo chileno.

El Sistema de Fondo de Pensiones incorporado a la previsión social chilena en 1981, tiene en términos generales como estructura, la siguiente:

- Orgánica. Existen dos conjuntos de instituciones operacionales fundamentales:

  - Administradores de fondos de pensiones, que son sociedades anónimas autorizadas por el gobierno para operar, y con tal carácter, percibe comisiones y genera utilidades en este país; su funcionamiento está autorizado y supervisado por la Superintendencia de las Administradoras de Fondo de Pensiones.
  - Compañías privadas de seguros de vida, que tienen la misma condición jurídica que las administradoras de fondo de pensiones, pero con dos particularidades: *a*) contratar directamente con el afiliado las rentas vitalicias a que tiene derecho, en cualquiera de sus tipos, y *b*) contratar con las administradoras de fondo de pensiones, las primas para los seguros de invalidez y muerte. Su actividad está autorizada y controlada por la Superintendencia de Valores y Seguros.

En relación a los usuarios, debe anotarse que, de manera obligatoria, son todos los trabajadores dependientes, es decir, que laboren para un empleador público o privado.

Los trabajadores independientes también pueden ser usuarios de este sistema, cuando así lo decidan voluntariamente y declaren una renta mensual.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Finalmente, el pensionado del sistema que continúe en calidad de trabajador dependiente, puede cotizar voluntariamente, si desea optar por una nueva pensión.

- Libertad de afiliación. En torno a este punto cabe anotar lo siguiente:

  - Toda persona con derecho a afiliarse elige libremente la administradora de fondo de pensiones que mejor le acomode, teniendo la posibilidad, una vez afiliado, de trasladarse voluntariamente, de una administradora a otra.
  - El afiliado, futuro pensionado, tiene plena libertad para elegir aseguradora.

- Administración de pensiones. En torno a este punto debe anotarse que las aportaciones por concepto de cotización son acumuladas y administradas por la Administradora respectiva, entidad que tiene la obligación de invertirlas para producir rentabilidad.

Como medida de protección, es esencial que la administradora resguarde, al menos, el valor real de los fondos, más una tasa de interés mínimo que la ley orgánica del sistema establece como mecanismos para garantizar el pago de una rentabilidad mínima, pero en relación a la rentabilidad promedio obtenida para los fondos de pensiones.

La rentabilidad mínima mensual establecida por la legislación chilena está garantizada en cada administradora, por un fondo denominado, reserva de fluctuación de rentabilidad, el cual constituye e incrementa la rentabilidad que puede producir el fondo de pensiones. En la eventualidad de que estos recursos de reserva no fueren suficientes para cubrir la rentabilidad mínima, la administradora de fondo de pensiones puede recurrir transitoriamente al fondo denominado encaje, debiendo reponer los giros sobre este último en plazo no superior a 15 días, y que corresponde a un fondo de reservas equivalente, al menos, del 1% del saldo del fondo de pensiones.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Debe acotarse que las aportaciones, por cotización del afiliado, son registradas en una cuenta individual y pasan a ser propiedad de aquél.

Aunque este tipo de ahorro es de su propiedad, el afiliado no puede hacer uso de él para otros fines que no sean los que cubren riesgos de carácter previsional; el retiro del saldo, en caso de no tener derecho a las prestaciones establecidas por la legislación o la devolución del excedente de los fondos necesarios, serán para financiar un beneficio.

La administradora debe invertir los fondos en instrumentos que se pueden negociar en los mercados formales, conforme a las regulaciones que establece la ley del sistema y las normas operacionales que fija una comisión.

Los seguros de invalidez y muerte tienen un financiamiento especial, complementario al régimen de cuentas individuales, originado por la forma de cálculo que la legislación introdujo respecto de estos beneficios. Este financiamiento adicional, también es responsabilidad exclusiva del afiliado. La administradora de fondo de pensiones maneja el seguro de invalidez como un seguro privado, para lo cual contrata la póliza correspondiente en alguna compañía de seguros de vida.

El fondo de pensiones no es propiedad de la administradora, sino que sólo está bajo su manejo administrativo. Los documentos que respaldan las inversiones deben, obligatoriamente, quedar en custodia en el Banco Central de Chile u otras instituciones autorizadas por la ley.

La administradora de fondo de pensiones asume el pago directo de las pensiones de la modalidad de retiro programado, originado por vejez, anticipada de vejez, invalidez y sobrevivencia; también tiene la responsabilidad de pagar físicamente las pensiones mínimas que establece el sistema.

El sistema dentro de su concepto de ahorro individual extiende su accionar, dando la posibilidad al afiliado para constituir una cuenta de ahorro voluntario, cuyos capitales obtienen la misma rentabilidad de su cuenta individual. Este ahorro puede ser utilizado con fines particulares, o si el afiliado lo estima conveniente, destinar

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

todo, o parte de él, a incrementar sus fondos previsionales con el propósito de mejorar la pensión.

Los seguros de invalidez y muerte tienen un financiamiento específico y complementario al régimen de cuentas individuales, derivado del cálculo que la legislación introdujo, respecto de estos beneficios. Este financiamiento adicional también es de cargo exclusivo del afiliado.

Por otra parte, la administradora de fondo de pensiones maneja el seguro de invalidez como un seguro privado, para lo cual, contrata la póliza correspondiente con alguna compañía de seguros de vida.

Por todo lo anterior, se considera que, de *facto*, el sistema de fondos de pensiones es un mecanismo de ahorro individual obligatorio, cuyo financiamiento es exclusivo a cargo del trabajador afiliado, y en el cual, el gobierno sólo interviene financieramente cuando se producen pensiones mínimas en caso de quiebra.

Es pertinente describir como se conforma el monto acumulado en la cuenta individual; al respecto, Morales Ramírez menciona lo siguiente:

> En el nuevo sistema de pensiones cada afiliado está obligado a ahorrar en una cuenta personal abierta en una administradora de fondos de pensiones de su elección, con el objeto de financiar sus pensiones de vejez e invalidez, así como las de sobrevivencia de sus beneficiarios.
>
> Los trabajadores afiliados están obligados a aportar en su cuenta individual las siguientes cotizaciones: *a*) una cotización básica del 10% de sus salarios mensuales para su fondo de pensiones; y *b*) una cotización adicional, determinada para la administradora, para destinarse al financiamiento de las pensiones de invalidez y sobrevivencia y al pago de la prima de seguro contratado con una compañía de seguros de vida. Además, el afiliado puede realizar cotizaciones voluntarias y depositar las sumas convenidas con su patrón para incrementar la pensión u obtener una anticipada.
>
> Además, de la cuenta individual en donde se depositan las cotizaciones obligatorias, el trabajador puede contratar una cuenta de ahorro voluntario, para depositar las cantidades que desee y con la periodicidad que estime convenientes.[3]

3 Morales Ramírez, María Ascensión, *op. cit*., pp. 62 y 63.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

En palabras propias, puede afirmarse que, en el modelo chileno las contribuciones están definidas, y es una obligación del asegurado, ya que las contribuciones de los empleadores fueron eliminadas, y las de los asegurados en el nuevo sistema fueron reducidas como un incentivo para pasarse a este, y abandonar el sistema anterior.

Explicadas algunas particularidades del sistema de pensiones chileno, consideramos oportuno mencionar algunos aspectos que lo diferencian con el sistema mexicano.

En primer lugar, cabe destacar que, en nuestro país las aportaciones a la cuenta individual son tripartitas; mientras que en Chile la carga, como se dijo, recae únicamente en el trabajador, con una aportación obligatoria del 10% de su salario.

En segundo término, debe apuntarse que, en México el sistema de capitalización individual opera únicamente para la rama de seguro de retiro, cesantía en edad avanzada y vejez, y las aportaciones están determinadas por el régimen financiero establecido en la Ley del Seguro Social para cada una de ellas; mientras que en el país sudamericano, los riesgos de invalidez y sobrevivencia de activos están a cargo del trabajador, bajo el sistema de capitalización individual, y el monto que deberá aportar el asegurado a cada uno, queda al arbitrio de la administradora del fondo de pensiones.

En Chile, en relación a los fondos acumulados en las cuentas individuales, sólo les da la posibilidad de adquirir la renta vitalicia, retiros programados o la pensión mínima; y los recursos no tendrán otro destino. Lo que no sucede en México, pues aquí, lo que se permite es realizar dos retiros parciales con cargo a la cuenta individual, mismos que generan un detrimento el monto constitutivo, y en las semanas de cotización al momento de efectuar el retiro total.

Por otro lado, debe acotarse que, para el buen funcionamiento del sistema chileno, es de suma importancia la intervención del gobierno en la regulación de aquel; y, la supervisión del mismo, queda directamente bajo su obligación. A diferencia de México, en efecto, el gobierno subroga a la Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro (Consar), esas obligaciones.

Existe una distinción relevante entre el sistema chileno y el mexicano, mismo que radica en la situación de que, el gobierno chileno emite un bono de reconocimiento por el valor de las contribuciones

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

hechas al viejo sistema por el asegurado y que pasó al nuevo; dicho bono es ajustado a la inflación y gana un interés real anual del 4%.

En el caso de quiebra de la administradora del fondo de pensiones o de una compañía de seguros, el gobierno garantiza un rendimiento mínimo de la inversión, así como también las pensiones.

En nuestro país, la Consar es financiada por el gobierno Federal, la cual regula y supervisa el nuevo sistema de pensiones, con la anotación de que el Estado mexicano no emite un bono de reconocimiento, ni garantiza un rendimiento mínimo para la inversión de las Administradoras de Fondos para el Retiro (Afores), o de las compañías de seguro.

En nuestra opinión, en Chile se ha logrado crear conciencia y cultura del ahorro al trabajador, con la carga total de su jubilación y la tasa de reemplazo que alcance con sus aportaciones, donde el buen funcionamiento del sistema de pensiones queda a cargo del Estado, factor que, en gran medida ha contribuido a obtener resultados favorables; no obstante de las variaciones en el mercado de valores; mientras que en México, aún tenemos serias dificultades para acreditar las bondades del sistema de pensiones de retiro vigente.

2. *Modelos paralelos*

Se refiere a la coexistencia de los sistemas de reparto y de capitalización individual, en donde el trabajador elegirá el que le resulte más conveniente para obtener su pensión, es decir, mantiene dos sistemas operando en forma paralela o selectiva. Países como Colombia y Perú han adoptado este modelo, por lo que, seleccionamos al primero de ellos para la explicación del sistema en cuestión.

En Colombia, en apariencia, se tiene una seguridad social dispersa; sin embargo, en años recientes ésta ha madurado considerablemente, al grado de preservar principios que en otros países con el sistema de capitalización individual han desaparecido o tienden a desaparecer, tales son la solidaridad, la subsidiariedad del Estado, en la que este, sólo opera como vigilante del sistema de pensiones o delega la función a alguna institución.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

En 1993 fue expedida la Ley 100, que define y estructura el sistema de seguridad social que rige, a partir de abril de 1994 en Colombia.

El artículo 48 de la Constitución Política de Colombia establece que, "la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se presta bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en términos que establezca la ley".

Dentro de las prestaciones económicas, se encuentra el Sistema General de Pensiones, el cual tiene por objeto garantizar a la población, el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, invalidez y muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que se determinan en la ley anteriormente precisada, así como procurar la ampliación progresiva de cobertura a los segmentos de la población no cubiertos con un sistema de pensiones.

La población beneficiaria del Instituto de Seguridad Social está conformada por los afiliados, pensionados y derechohabientes, su clasificación es la siguiente:

a) Afiliados obligatorios. Todas aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos, salvo las excepciones previstas en la ley. Así mismo, los grupos de población que por sus características o condiciones socioeconómicas, sean elegibles para ser beneficiarios a través del Fondo de Solidaridad Pensional, de acuerdo con las disponibilidades presupuestales.
b) Afiliados voluntarios. Los trabajadores independientes y, en general, todas las personas naturales residentes en el país y los colombianos domiciliados en el exterior, que no tengan la calidad de afiliados obligatorios, y que no se encuentren expresamente excluidos por la presente ley. Los trabajadores que en virtud de un contrato de trabajo permanezcan en el país y no estén cubiertos por algún régimen de su país de origen o por cualquier otro.

Por otra parte, puede anotarse que los asegurados cuentan con el seguro por invalidez, vejez y muerte, y que, frente a

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

estos riesgos, el Instituto de Seguros Sociales otorga a sus afiliados prestaciones económicas, para los cuales se requiere una tasa de cotización específica.

El gobierno nacional reglamenta el funcionamiento de las cuentas separadas en el Instituto de Seguros Sociales, de manera que, en ningún caso se puedan utilizar recursos de las reservas de pensión de vejez para gastos administrativos u otros gastos destinados.

c) Pensionados. Son aquellos asegurados que quedan privados de una vinculación por contrato de trabajo o como servidores públicos.

Para los efectos de este artículo sólo se precisarán los detalles de la pensión por vejez, así para este tipo de pensión el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

- Haber cumplido 55 años si es mujer; o, 60 si es hombre.
- Haber cotizado un mínimo de mil semanas en cualquier tiempo.

Cabe anotar que, a partir del 1o. de enero de 2014, las edades para acceder a la pensión por vejez se sujetarán a 57 años si es mujer; y, 62 si es hombre.

Ahora bien, el monto de la pensión no podrá ser superior al 85% del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima.

Para una mejor claridad del tema, a continuación, se explicarán los vértices más significativos de los sistemas mediante los cuales opera el modelo colombiano:

> En el sistema Público, las prestaciones están definidas: I) las edades de retiro son 55/60 y están gradualmente aumentando a 57762, más 20 de contribuciones; II) el salario base es o bien los últimos diez años o bien toda la vida laboral del asegurado; y III) la tasa de reemplazo va desde el 65% hasta el 85% del salario base. En el aumento en las contribuciones y el endurecimiento de las contribuciones de acceso han fortalecido financieramente al ISS. El sistema de CPI, las prestaciones no están definidas y tampoco se requiere una edad específica de retiro, ni están fijados los años de contribu-

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

ción; el sólo requisito es que el fondo acumulado en la cuenta individual pueda financiar una pensión por lo menos igual al 110% del salario mínimo. Un "bono de Pensión" (Bono de Reconocimiento) está ajustado a la inflación y devenga un interés real anual de 3% a 4%, pero requiere un mínimo de tres años de contribución previa y tiene tope. El estado garantiza una pensión mínima a condición de que el asegurado que pasó a su SAFP tenga 57/62 años y haya pagado contribuciones durante 23 años.[4]

Colombia es un país con una consolidación reciente en el ámbito de la seguridad social; no obstante, su normatividad establece el principio de solidaridad, por lo que el nuevo modelo vincula a los servicios prestados por el sistema, a una mayor población, especialmente para la que se encuentre totalmente desprotegida.

La norma vigente colombiana incorpora el Sistema General de Pensiones, mismo que está compuesto por dos regímenes solidarios excluyentes, pero que coexisten a saber:

- Régimen solidario de prima media con prestación definida.
- Régimen de ahorro individual con solidaridad.

Las generalidades de este sistema para ambos regímenes, son:

1) La afiliación es obligatoria, salvo lo previsto para los trabajadores independientes.
2) La selección de cualquiera de los regímenes es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto, manifiesta por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador, o cualquier persona natural o jurídica, que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor sanciones. Una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada tres años, contados a partir de la selección inicial, en la forma que señale el gobierno nacional.

4 Bonilla García, Alejandro y Conte-Grand, Alfredo, *Pensiones en América Latina. Dos décadas de reforma*, 3a. ed., Perú, Oficina Internacional del Trabajo, 2001, p. 99.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

3) Los afiliados tendrán derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones y de las pensiones de invalidez, vejez y de sobrevivientes.
4) Para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes, se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la ley, al Instituto de Seguros Sociales o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos, cualquiera sea el número de semanas cotizadas o el tiempo de servicio.
5) En desarrollo del principio de solidaridad, los dos regímenes previstos por el artículo 12 de la ley, garantizan a sus afiliados el reconocimiento y pago de una pensión mínima.
6) Existirá un fondo de solidaridad pensional destinado a ampliar la cobertura, mediante el subsidio a los grupos de población que, por sus características y condiciones socioeconómicas, no tienen acceso a los sistemas de seguridad social, tales como campesinos, indígenas, trabajadores independientes, artistas, deportistas y madres comunitarias.
7) Ningún afiliado podrá recibir simultáneamente pensiones de invalidez y de vejez.
8) Las entidades administradoras de cada uno de los regímenes del Sistema General de Pensiones estarán sujetas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria.

Detalladas las normas de aplicación general para ambos regímenes, a continuación se expresan las particularidades de cada uno de ellos:

A. *Régimen solidario de prima media con prestación definida*

Es un régimen solidario de prestación definida en el que las aportaciones de los afiliados y sus rendimientos constituyen un fondo común de naturaleza pública, que garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados en cada vigencia, los respectivos gastos de administración y la constitución

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

de reservas de acuerdo con lo dispuesto en la ley. En este régimen, el gobierno garantiza el pago de los beneficios a que se hacen acreedores los afiliados.

Sobre el tema en análisis se anotan como requisitos para obtener la pensión por vejez, los siguientes:

- Haber cumplido 55 años si es mujer; o 60, si es hombre.
- Haber cotizado un mínimo de mil semanas en cualquier tiempo.

A partir de 2014, las edades para acceder a la pensión de vejez se reajustarán a 57 años si es mujer; y, 62 si es hombre.

B. *Régimen de ahorro individual con solidaridad*

Los afiliados al régimen tendrán derecho al reconocimiento y pago de las pensiones de vejez, invalidez y de sobrevivientes, así como de las indemnizaciones contenidas en la ley de la materia.

Una parte de las aportaciones se capitaliza en la cuenta individual de ahorro pensional de cada afiliado; la otra, se destina al pago de primas de seguros para atender las pensiones de invalidez y de sobrevivientes, y la asesoría para la contratación de la renta vitalicia, financiar el Fondo de Solidaridad Pensional y cubrir el costo de administración del régimen.

Las cuentas de ahorro personal serán administradas por las entidades que se autoricen para tal efecto, sujetas a vigilancia y control del Estado; los afiliados al sistema podrán escoger y trasladarse libremente entre entidades administradoras, y seleccionar la aseguradora con la cual contraten las rentas o pensiones.

El conjunto de las cuentas individuales de ahorro pensional constituye un patrimonio autónomo, propiedad de los afiliados, denominado fondo de pensiones, el cual es independiente del patrimonio de la entidad administradora.

Las entidades administradoras deberán asegurar una rentabilidad mínima del fondo de pensiones que administran, y el patrimonio de estas debe garantizar el pago de la rentabilidad mínima de que trata

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

el literal anterior; además del desarrollo del negocio de administración del fondo de pensiones.

El Estado es el garante de los ahorros del afiliado y el pago de las pensiones a que éste tenga derecho; cuando las entidades administradoras o aseguradoras incumplan sus obligaciones, en los términos de ley, revirtiendo contra el patrimonio de las entidades administradoras y aplicando las sanciones pertinentes por incumplimiento, de acuerdo con la reglamentación que expida el gobierno nacional.

Tendrán derecho al reconocimiento de bonos pensionales los afiliados al régimen que hayan efectuado aportaciones o cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales, o a las cajas, fondos o entidades del sector público, o prestado servicios como servidores públicos, o trabajado en empresas que tienen a su exclusivo cargo las pensiones de sus trabajadores y trasladen la parte proporcional del cálculo actuarial correspondiente.

En respeto y aplicación del principio de solidaridad, el gobierno aportará los recursos que sean necesarios para garantizar el pago de pensiones mínimas cuando la capitalización de los aportes de los afiliados y sus rendimientos financieros fueren insuficientes, y aquéllos cumplan las condiciones requeridas para el efecto; es importante destacar que, el control y vigilancia de las entidades administradoras de los fondos de pensiones corresponde a la Superintendencia Bancaria.

Por otra parte, debe anotarse que los afiliados bajo este régimen en el rubro de ahorro individual con solidaridad, tendrán derecho a una pensión de vejez, a la edad que escojan, siempre y cuando el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual, les permita obtener una pensión mensual, superior al 110 % del salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de expedición de la ley, reajustado anualmente, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor.

Las modalidades de las pensiones podrán adoptar una de las siguientes circunstancias, a elección del afiliado o de los beneficiarios, según sea el caso:

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

- Renta vitalicia inmediata.
- Retiro programado.
- Retiro programado con renta vitalicia diferida.

En congruencia con el método de desarrollo de este artículo, a continuación se plantean las diferencias existentes entre el modelo mexicano y el colombiano.

1) En el sistema de pensiones mexicano sólo existe el sistema de capitalización individual; en Colombia coexisten el sistema de reparto y el de capitalización individual, con opción a elegir, por parte del asegurado, cada tres años entre un sistema y otro.
2) Las edades para jubilarse son menores en Colombia, para los hombres es de 60 años y para las mujeres, de 55; en el sistema de capitalización individual no establece una edad de retiro. En México, la edad establecida para todo asegurado es de 65 años, y en caso de cesantía en edad avanzada de 60 a 64 años con 11 meses.
3) En el sistema colombiano está definido el principio de solidaridad con la aportación adicional del 1%, que está a cargo de los trabajadores que perciben arriba de cuatro salarios mínimos, que van destinados al Fondo de Solidaridad Pensional para el pago de pensiones de trabajadores que no reúnan los fondos suficientes para alcanzar una pensión mínima. En México el principio en mención ha ido desapareciendo con las cuentas individuales.
4) Las semanas de cotización son mil en Colombia para el sistema de reparto y para el de capitalización individual no hay un número establecido; mientras que en México, son 1250 semanas de cotización para cualquier supuesto pensionario por retiro, cesantía en edad avanzada y vejez, o bien, para tener derecho a la pensión mínima garantizada.
5) Por lo que respecta a la carga para el trabajador colombiano, es del 25%; y del 75% para el empleador, sin carga para el Estado. A diferencia de México que es una aportación tripartita en el sentido que ya se mencionó en capítulos anteriores,

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

donde la carga es en gran parte es para el patrón y de menor proporción para el trabajador.

3. *Modelos mixtos*

El primer país en introducir un sistema mixto en Latinoamérica fue Argentina; su ley fue promulgada en 1993, y entró en vigencia en julio de 1994. Con la reforma, el sistema de pensiones cubre obligatoriamente, tanto a los trabajadores asalariados, como a los independientes.

A fin de una mejor comprensión del sistema de pensiones vigente en Argentina, cabe, en opinión personal, hacer una cronología de la seguridad social en ese país.

En 1944, se introdujeron cambios importantes en la seguridad social, se implantó la cobertura y se establecieron nuevos beneficios, creándose la caja para empleados de comercio; y dos años más tarde, se incorpora la caja de pensiones del personal de la industria.

En relación a los beneficios otorgados a los pensionados, se enuncian los siguientes: jubilación ordinaria por retiro voluntario, invalidez y, subsidios y pensiones.

En 1954, se promulgó el régimen previsional para los trabajadores rurales, y además, hacia fines de ese año, fue promulgada la Ley 14.397, que creó las cajas para los trabajadores independientes, profesionales y empresarios.

Aunque en Argentina, el tratamiento de las pensiones por retiro se dio en base a criterios de capitalización de aportes y contribuciones sin contenidos de solidaridad, posteriormente se estructuró un sistema de reparto; en los años cuarenta del siglo pasado, el sistema de pensiones se expande y universaliza incorporando a la mayoría de los trabajadores subordinados, es decir, con relación de dependencia.

El sistema funcionó con criterios de capitalización colectiva; sin embargo, en 1954, se pasó, del sistema de capitalización al de reparto.

Otra transformación en el modelo argentino, fue la adopción del sistema mixto; en el tránsito a un sistema de reparto, jugaron un papel fundamental las dificultades financieras ocasionadas por la rápida maduración del sistema.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

En efecto, la lógica del seguro privado que orienta al primero, fue reemplazada, de hecho, por una lógica social, basada en un pacto general implícito con el trabajador subordinado en activo, en otras palabras, la generación *per cápita* de los trabajadores en activo sostiene a quienes abandonaron el mercado de trabajo por vejez o invalidez, y a las familias de los trabajadores fallecidos.

Una de las bondades de este sistema, es que busca no sólo garantizar la supervivencia de los pasivos, sino que se estableció que la jubilación debía constituir una prolongación de la capacidad adquisitiva detentada por el trabajador en su vida activa, ello con independencia de las contribuciones efectuadas al financiamiento del sistema.

Como criterio general, están comprendidos obligatoriamente en el Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones, todos los trabajadores en relación de dependencia y autónomos.

Como toda aplicación de este tipo de normatividad, por desgracia, se establecían, por un lado, supuestos de exclusión, y por otro, de incorporación voluntaria; dados estos últimos en relación a ciertas actividades que establecían sistemas de retiro que involucran lo previsional, caso de personal militar o militarizado, o en razón de estar incorporados a otros regímenes previsionales, como lo son los provinciales o los municipales.

El sistema mixto o integrado vigente en Argentina contempla la coexistencia de dos regímenes:

- Régimen de reparto o previsional público. El supuesto de aplicación de este, se sustenta en el financiamiento de todas las prestaciones a pagar; se da combinando los mecanismos estatales y de reparto. Este régimen es administrado por el Estado.
- Régimen de capitalización. En este, las prestaciones provenientes del régimen de reparto, y una adicional, denominada jubilación ordinaria, se pagan mediante el financiamiento de capitalización individual. Los fondos generados en este régimen son administrados por entidades mayoritariamente privadas, y una estatal.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

La transición entre el antiguo sistema previsional y el Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones vigente, se concretó de acuerdo a las siguientes opciones:

a) Cada trabajador, bajo contrato de subordinación laboral, entre mayo y junio de 1994, debió optar por permanecer en el régimen de reparto, o bien, incorporarse al régimen de capitalización.
b) Los trabajadores que no ejercieron la opción precisada en el párrafo anterior, quedaron incorporados al régimen de capitalización, siendo sus aportaciones administradas, provisionalmente, por la administradora de fondos de jubilaciones y pensiones estatal.
c) Los trabajadores que hayan optado por el régimen de capitalización, pasaron nuevamente al régimen de reparto, y por una sola vez, podían optar por volver al de capitalización.
d) A partir del 2 de mayo de 1994, todo trabajador que hubiera elegido el régimen de reparto, en cualquier momento podría optar por pasarse al de capitalización.
e) Se destina al financiamiento de las prestaciones a cargo del régimen de capitalización, las aportaciones personales de los trabajadores que hayan elegido esta modalidad, es decir, tanto los aportes personales obligatorios (11% de la remuneración de los trabajadores dependientes y 11 de los 27 puntos sobre su renta que aportan los trabajadores autónomos), como los aportes que pueda convenir a su favor todo trabajador con un tercero, y los que voluntariamente el trabajador decida, se integrarán a su cuenta de capitalización individual.
f) Por último, como este régimen se financia por un mecanismo de capitalización individual, la totalidad de la rentabilidad obtenida con la inversión de los aportes, se destina a financiar las prestaciones de este régimen; los restantes recursos se destinan al financiamiento de las prestaciones a cargo del régimen previsional público. A saber:

    - Contribuciones a cargo del empleador, 16% de las remuneraciones de sus empleados.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

- Aporte personal del 11% de la remuneración del trabajador, en relación a la dependencia que haya elegido el régimen de reparto;
- Aporte personal del 27% de la renta del trabajo autónomo que haya elegido el régimen de capitalización; 11 puntos de los 27 se derivan a la cuenta de capitalización individual que prevé este régimen, y los 16 puntos restantes al régimen de reparto.
- Intereses y tributos de afectación específica al sistema denominado, previsional.

Actualmente, el sistema público, administrado por el Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, basado en reparto, fue reformado haciendo más estrictas sus condiciones de acceso y otorgamiento de las prestaciones.

Los asegurados tuvieron, en 1994, un período de tres meses, para escoger entre el sistema público reformado y el nuevo sistema mixto. Este último está formado por dos componentes obligatorios e integrados:

- El programa público reformado que paga una pensión básica.
- El programa de capitalización individual, que prevé pensiones complementarias y que está administrada por las administradoras de fondos de jubilaciones y pensiones. Los antiguos asegurados pueden siempre pasarse del sistema público reformado al sistema mixto, pero no a la inversa; los que ingresan por primera vez a la fuerza laboral tienen la opción de escoger entre los dos sistemas.

Las contribuciones, no están definidas en el sistema público y en el componente público del sistema mixto, pero están definidas en el componente de capitalización individual. Tanto las contribuciones de los empleadores, como las de los asegurados, permanecieron igual, pero fueron reasignadas en el sistema mixto.

El 20 de noviembre de 2008 fue sancionada la Ley 26.425 de Sistema Integrado Previsional Argentino, promulgada el 4 de diciembre del mismo año, disposición que establece la unificación

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones en un único régimen previsional público que se denomina Sistema Integrado Previsional Argentino, financiado a través de un sistema solidario de reparto, garantizando a los afiliados y beneficiarios del régimen de capitalización vigente hasta la fecha, idéntica cobertura y tratamiento, que la brindada por el régimen previsional público.

En consecuencia, se eliminó el régimen de capitalización, mismo que fue absorbido y sustituido por el régimen de reparto en las condiciones de la ley en comento.

El artículo 3o. de la ley de referencia, establece que los servicios prestados bajo relación de dependencia, o en calidad de trabajador autónomo, correspondientes a los períodos en que el trabajador se encontraba afiliado al régimen de capitalización, serán considerados a los efectos de la liquidación de los beneficios establecidos en el artículo 17 de la Ley 24.241, y sus modificatorias, como si hubiesen sido prestados al régimen previsional público.

Los beneficios de jubilación ordinaria que, a la fecha de vigencia de la presente, sean liquidados por las administradoras de fondos de jubilaciones y pensiones bajo las modalidades de retiro programado o retiro fraccionario, serán pagados por el régimen previsional público.

El importe de las prestaciones de los actuales beneficiarios de las prestaciones por invalidez, pensión y jubilación ordinaria del régimen de capitalización, será valorizado conforme el valor cuota más alto vigente entre el 1o. de enero de 2008 y el 30 de septiembre del mismo año.

Los afiliados al régimen de capitalización que hubieran ingresado importes en sus cuentas de capitalización individual, bajo la figura de imposiciones voluntarias y/o depósitos convenidos, y que aún no hubieran obtenido un beneficio previsional, podrán transferirlos a la Administración Nacional de la Seguridad Social para mejorar su haber previsional, conforme lo determine la reglamentación; o, a una administradora de fondos de jubilaciones y pensiones, y la totalidad de los recursos deben ser utilizados para pagos de los beneficios del Sistema Integrado Previsional Argentino.

Por lo anterior, actualmente la clasificación de Argentina, como país que adoptó el modelo mixto ya no es vigente, en el entendido

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

de que la Ley 26.425, instituye nuevamente el sistema de reparto y elimina el sistema de capitalización individual.

En el caso concreto de las pensiones por retiro, la Ley 24.241,en el artículo 34 bis, establece la prestación por edad avanzada para trabajadores que presten servicios en relación de dependencia, y para trabajadores autónomos; reglamentando que en esta hipótesis, los afiliados tienen derecho a esta pensión, siempre y cuando hubieran cumplido 72 años, cualquiera fuera su género, que acrediten diez años de servicios con aportaciones computables en uno o más regímenes jubilatorios comprendidos en el sistema de reciprocidad, con una prestación de servicios de, por lo menos, cinco años durante el período de ocho, inmediatamente anteriores al cese en la actividad.

Por su parte, los trabajadores autónomos deberán acreditar además, una antigüedad en la afiliación no inferior a cinco años en las condiciones que establezcan las normas reglamentarias. El haber mensual de la prestación por edad avanzada será equivalente al 72% de la prestación establecida en el inciso a, del artículo 17 de la misma ley (24.241), más la prestación compensatoria y la prestación adicional por permanencia o jubilación ordinaria en su caso.

El haber de la pensión por fallecimiento del beneficiario se determinará, según las pautas que establecen los artículos 28 y 98 de la misma ley, y su reglamentación.

Por otro lado, se hace la precisión de que, el goce de la prestación por edad avanzada es incompatible con la percepción de toda jubilación, pensión o retiro civil o militar, nacional, provincial o municipal, sin perjuicio del derecho del beneficiario, a optar por percibir únicamente la prestación mencionada en primer término.

Asimismo, se establece que las prestaciones de retiro por invalidez y/o pensión por fallecimiento del afiliado en actividad, se otorgarán a los afiliados cuya edad no exceda de 65 años.

Ahora bien, si el afiliado mayor de 65 años se incapacitare, tendrá derecho a la prestación por edad avanzada. En caso de fallecimiento, el haber de pensión de los causahabientes, será equivalente al 75% del que le hubiera correspondido percibir al causante.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Finalmente, deben acotarse las diferencias existentes entre el modelo argentino y mexicano, las que para su mejor comprensión, se detallan a continuación:

1) En Argentina se ha instituido el régimen previsional público, al que se le denomina Sistema Integrado Previsional Argentino, financiado a través de un sistema solidario de reparto, suprimiendo con ello al sistema de capitalización individual; mientras que, en nuestro país, el sistema es de capitalización individual, que está implementado al sistema de pensiones vigente.
2) En el sistema mexicano se establece la edad de 60 a 65 años para el retiro; por lo que respecta al sistema argentino, la edad para el retiro es a los 70.
3) En Argentina se requieren contribuciones a cargo del empleador, calculado sobre las remuneraciones de sus empleados, y adicionalmente una aportación personal del 11% de la remuneración del trabajador; mientras que, en México, el trabajador tiene una aportación mínima en relación al patrón y el Estado, ya que, del salario base de cotización, el asegurado únicamente aporta a la subcuenta de cesantía en edad avanzada y vejez.
4) La administración del fondo de ahorro para el retiro en Argentina queda a cargo de la Administración Nacional de la Seguridad Social; y el pago de la pensión, al Sistema Integrado Previsional Argentino. Por lo que respecta a México, la administración de los recursos, está a cargo de la Afore; y el pago será, dependiendo de la modalidad que elija el trabajador, por retiro programado, o, renta vitalicia a cargo de una compañía aseguradora.

A manera de conclusión, podemos afirmar que, el sistema de pensiones de retiro en nuestro país, no obstante haber sido modificado hace sólo 15 años, en el régimen de seguridad social del apartado A, y cinco años en el concerniente al apartado B del artículo 123 constitucional, abandonando el sistema de reparto financiado mediante un fondo solidario, y asumir el sistema de capitalización individualizada, es y ha sido motivo de severas críticas, que provocan la reflexión obligada hacia una nueva reforma a ese sistema, en el

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

que se recobre uno de los principios torales de la seguridad social, el de solidaridad.

En efecto, no solamente por aplicación justa y lógica de la norma de seguridad social, sino por la aplicación de cálculos actuariales de proyección de montos de pensión y cobro de comisión por manejo y administración de cuentas individualizadas, es que debe procurarse la adopción de un sistema de pensiones más justo y equitativo.

Es inaceptable que un sistema de seguridad social, como es el de pensiones por retiro, sea administrado por entes particulares con fines especulativos, pues esto, en completo estado de indefensión al sujeto de aseguramiento, esa mala experiencia ya la han vivido otros países y en ellos se están adoptando modelos que recuperen el esquema solidario de la seguridad social.

No es sólo el mal o corrupto manejo de los fondos de pensiones lo que es cuestionable, es el sentido y espíritu de la norma de seguridad social el que ha sido tergiversado en detrimento del interés del trabajador.

En ningún caso debe permitirse que el fondo de pensiones se vea afectado por cuestiones económicas, ni por administraciones que provoquen su quiebra, si las aportaciones son tripartitas, la administración de ellas la debe realizar un organismo público descentralizado sin fines de lucro.

La seguridad social se ha colocado en una posición casi insostenible; es cierto que la esperanza de vida se ha incrementado, y que por ello, se podría aumentar la edad en la que el trabajador se pueda retirar, pero no menos cierto es, que las aportaciones, administración y devolución, cuando el trabajador cumpla con los requisitos para su retiro, deben estar protegidos por el Estado mexicano. No entenderlo así, evidenciaría un estado de ceguera que puede aniquilar, no sólo a la seguridad social, sino al país mismo.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

IV. Bibliografía

Bonilla García, Alejandro y Conte-Grand, Alfredo H., *Pensiones en América Latina. Dos décadas de reforma,* 3a. ed., Perú, Oficina Internacional del Trabajo, 2001.

Cázares García, Gustavo, *Derecho de la seguridad social,* México, Porrúa, 2007.

Morales Ramírez, María Ascensión, *La recepción del modelo chileno en el sistema de pensiones mexicano*, México, UNAM, 2005.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

LAS NORMAS INTERNACIONALES DE LA LEY FEDERAL DEL TRABAJO

Carlos Alberto Puig Hernández*

Sumario: I. *Introducción*. II. *Nacionalidad del trabajador*. III. *Cumplimiento de obligaciones laborales en el extranjero*. IV. *Cargas procesales que tienen como referente a otro país*. V. *Intervención de extranjeros en actos procesales mexicanos*. VI. *Bibliografía*.

I. Introducción

Tuvimos la oportunidad de conocer al doctor Hugo Ítalo Morales Saldaña hace un cuarto de siglo, cuando tenía a su cargo el seminario de derecho del trabajo en nuestra querida facultad de derecho de la máxima casa de estudios, y me brindó su valioso y magistral apoyo para la presentación de mi examen doctoral, pues fungió como miembro del sínodo correspondiente; a partir de entonces me dispensa su apreciada amistad, e hizo el favor de invitarnos a participar, como tutor académico de doctorado, cuando se desempeñó como jefe del posgrado en la misma facultad. Sus fructíferos esfuerzos en la cátedra a lo largo de varias décadas han preparado a una gran cantidad de nuestros colegas para el ejercicio destacado en la materia laboral, por lo cual, nos es muy grato participar en el merecido homenaje que nuestra universidad le rinde a tan brillante laboralista.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1o. de la Ley Federal del Trabajo (en lo sucesivo, LFT), dicho ordenamiento: "...es

* Doctor y profesor en derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, *valger_1@hotmail.com.*

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

de observancia general en toda la República y rige las relaciones de trabajo comprendidas en el artículo 123, Apartado A, de la Constitución"; por lo tanto, es evidente, que el ámbito territorial de aplicación de la ley laboral comprende la superficie geográfica que corresponde a nuestro país, en términos del artículo 42 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM, en adelante) y por ello, *contrario sensu*, carecería de obligatoriedad fuera de ese perímetro, tal y como lo consideró el tercer Tribunal Colegiado en materia de Trabajo del cuarto circuito, al resolver, el 18 de octubre de 2006, y por mayoría de votos el amparo directo 163/2006, promovido por Ignacio Basauri de Alba, en los siguientes términos:

> Aviso de rescisión de la relación laboral. Cuando el trabajador labore y radique en el extranjero, el patrón no está obligado a entregárselo directa y personalmente. Los tres últimos párrafos del artículo 47 de la Ley Federal del Trabajo disponen, respectivamente, que el patrón tiene la obligación de dar al trabajador aviso por escrito de las causas de la rescisión de la relación laboral; que en el supuesto de que éste se negare a recibirlo deberá acudir, dentro de los cinco días siguientes, ante la Junta correspondiente a fin de que practique la notificación respectiva; y que la falta de tal aviso bastará para considerar que el despido fue injustificado. De lo anterior se advierte que es un requisito esencial que el patrón notifique al trabajador el aviso rescisorio; sin embargo, tratándose de un asalariado que labore en el extranjero y ahí radique, no puede obligar al patrón a que lo entregue en forma personal y directa, ya que de conformidad con el artículo 1o. de la citada legislación, ésta rige en el territorio nacional, por lo que es inaplicable fuera de él, precisamente para no quebrantar el principio de territorialidad, que consiste en que la normatividad aplicable es la del territorio donde se actúa; sin embargo, lo anterior no significa que no deba darse el referido aviso, ya que en esos supuestos el patrón debe solicitar a la Junta que practique su notificación a través de las vías consulares conducentes.[1]

[1] Tesis IV.3o.T.239 L., *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIV, diciembre de 2006, p. 1269.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

El criterio anterior toma como fundamento los tres últimos párrafos, del artículo 47, con el texto que —a la fecha—, ya se encuentra modificado, pues el nuevo tenor de los mismos, en especial el que corresponde al antepenúltimo párrafo de dicho numeral, vigente a partir del 1o. de diciembre de 2012, de conformidad con lo dispuesto en el numeral primero transitorio del decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la ley laboral, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* (en lo sucesivo, *DOF*), que a la letra dice:

> El aviso deberá entregarse personalmente al trabajador en el momento mismo del despido o bien, comunicarlo a la Junta de Conciliación y Arbitraje competente, dentro de los cinco días hábiles siguientes, en cuyo caso deberá proporcionar el último domicilio que tenga registrado del trabajador a fin de que la autoridad se lo notifique en forma personal.

Como se desprende de la transcripción anterior, el criterio sostenido por el tercer Tribunal Colegiado en materia de Trabajo del cuarto circuito, continúa siendo aplicable, pues el supuesto legal en vigor, dispone que el aviso se entregue personalmente al trabajador al momento del despido, y si este labora y radica en el extranjero, el empleador no estará obligado a entregárselo personalmente y podrá comunicarlo a la Junta de Conciliación y Arbitraje competente, dentro de los cinco días hábiles siguientes, y proporcionar el domicilio que tenga registrado del trabajador en el extranjero, para que la autoridad practique la notificación a través de las vías consulares conducentes.

Por otra parte, los compromisos internacionales que nuestro país ha asumido, conforme a lo dispuesto en el artículo 133 de la CPEUM, en relación con el artículo 1o. —a partir del día siguiente al de la publicación de su reforma en el *DOF*, del 10 de junio del 2011—, generan excepciones en la aplicación territorial de la LFT, que resuelven el conflicto de normas en el espacio, tema clásico y característico del derecho internacional del trabajo, puesto que, frente a la citada aplicación geográfica de la ley laboral mexicana,

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

se tiene la obligación internacional de cumplir con la Convención de Viena, celebrada el 18 de abril de 1961, de la cual, nuestro país es signatario, y en tales condiciones jurídicas, el primer Tribunal Colegiado en materia de Trabajo del primer circuito resolvió, el 25 de junio de 1992, el amparo directo 6551/92, promovido por José Augusto Contreras Hernández, en el que consideró:

> Embajadas. Acciones laborales ejercitadas contra las. Las misiones diplomáticas denominadas embajadas, son una ficción jurídica, constitutivas de una prolongación artificial del territorio del Estado acreditante, enclavada dentro del ámbito geográfico del Estado receptor, razón por la cual aquellas gozan de inviolabilidad, principio de derecho internacional público que México acogió y se comprometió a respetar en los artículos 20 al 28 de la Convención de Viena, celebrada el 18 de abril de 1961, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 3 de agosto de 1965. Por consiguiente resultan improcedentes las acciones que con base en la legislación nacional ejerce un trabajador al servicio de dichas misiones, porque de no estimarlo así sería tanto como invadir la soberanía del Estado acreditante.[2]

Pero ya sea que, del conflicto laboral conozca una autoridad jurisdiccional mexicana, o resulte competente un tribunal internacional, el diferendo planteado debe ser resuelto, y en caso de que el supuesto no se encuentre previsto en el artículo 705 de la LFT, que determina las autoridades que deben decidir las cuestiones competenciales, la segunda sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, debe resolver la controversia en términos de lo dispuesto en el artículo 17 constitucional, pues el particular tiene derecho a gozar de la garantía de acceso a la jurisdicción, tal y como lo sostuvo dicho órgano jurisdiccional al resolver, el 17 de marzo de 2000, y por cinco votos, la competencia 8/2000, suscitada entre la Junta Especial número 30, de la Federal de Conciliación y Arbitraje en

[2] *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, t. XI, enero de 1993, p. 251. Poder Judicial de la Federación, *Instrumentos Internacionales y su correlación con las tesis emitidas por el Poder Judicial de la Federación,* México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2005

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Morelia, Michoacán, y el consultor jurídico de la Secretaría de Relaciones Exteriores, en la tesis cuyo rubro y texto, a la letra dice:

> CONFLICTO COMPETENCIAL EN MATERIA LABORAL. DEBE ESTIMARSE INTEGRADO CUANDO UN ÓRGANO JURISDICCIONAL REHÚSA CONOCER DE LA DEMANDA POR ESTIMAR COMPETENTE A UN TRIBUNAL INTERNACIONAL Y, POR OTRO LADO, EL ÓRGANO ADMINISTRATIVO CORRESPONDIENTE DE LA SECRETARÍA DE RELACIONES EXTERIORES SE NIEGA A REALIZAR LOS TRÁMITES SOLICITADOS PARA EL ENVÍO DEL EXPEDIENTE AL EXTRANJERO. Cuando un órgano jurisdiccional nacional aduce incompetencia para conocer de una demanda laboral y, por otro lado, el órgano administrativo correspondiente de la Secretaría de Relaciones Exteriores se rehúsa a realizar los trámites necesarios para que un tribunal internacional conozca del asunto, si bien no está propiamente integrado un conflicto competencial en materia laboral, lo cierto es que el trabajador queda en el mismo estado de indefinición jurídica que cuando se presenta un conflicto de la naturaleza mencionada; por tanto, esta Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación debe determinar a quién corresponde resolver sobre las cuestiones controvertidas planteadas por el interesado, a fin de preservar la seguridad jurídica del particular, pues ninguna controversia puede quedar sin resolver, de conformidad con la garantía de acceso a la jurisdicción que instituye el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.[3]

Por ello, resulta que existen diversas disposiciones en nuestra LFT en vigor, que tienen relación directa con temas que pueden considerarse vinculados con el derecho internacional del trabajo:

a) El primer grupo de dichas normas se relaciona con la nacionalidad del trabajador ya que, si bien es cierto que, conforme a lo dispuesto en el artículo 3o., párrafo segundo de dicho ordenamiento legal, no podrán establecerse condiciones que impliquen discriminación entre los trabajadores por motivo de origen étnico o nacional, el vínculo jurídico y político que

[3] Tesis 2a. XXIII/2000, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XI, abril de 2000, p. 231.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

vincula a una persona con un Estado determina la aplicación de un sistema legal determinado, de acuerdo con el derecho internacional privado que, en el caso que nos ocupa, podemos calificar como de naturaleza laboral, dado que la legislación aplicable tiene ese contenido jurídico.

b) El segundo conjunto de preceptos, se refiere al cumplimiento de diversas obligaciones laborales a cargo de los empleadores mexicanos que deben ser solventadas a favor de los trabajadores nacionales en territorio extranjero.
c) El tercer grupo de artículos, se vincula con cargas procesales que tienen como referente a otro país, y que para surtir sus efectos legales correspondientes, deben cumplirse fuera del ámbito territorial de aplicación de la Ley Federal del Trabajo.
d) Los casos relativos a la participación de extranjeros en actuaciones correspondientes a los procedimientos que tramitan las juntas federal y locales de conciliación y arbitraje de nuestro país, en el conocimiento y resolución de los conflictos laborales de su competencia, constituyen el cuarto rubro de asuntos que presentan particularidades que guardan relación con vínculos pertenecientes al concepto de nacionalidad, como uno de los temas integrantes del derecho internacional privado.

II. Nacionalidad del trabajador

El concepto de nacionalidad es básico dentro de los componentes de la rama jurídica internacional privada, y así, por ejemplo, Leonel Péreznieto Castro lo incluye como la primera de las tres partes en que divide su libro denominado derecho internacional privado, el cual completa con los segmentos segundo y tercero referidos en su orden, a la "Condición Jurídica del Extranjero y a las Técnicas para la solución de los problemas derivados del tráfico jurídico internacional".[4]

Para iniciar el análisis de este tema, debemos recordar que, la fracción VII, del artículo 123 de nuestra CPEUM, aprobada por el

[4] Pereznieto Castro, Leonel, *Derecho internacional privado*, 2a. ed., México, Harla, 1981, pp. IX-XI.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Constituyente de Querétaro en 1917, establecía como una de las bases, conforme a las cuales, el Congreso de la Unión y las legislaturas de los Estados debían expedir leyes sobre el trabajo, fundadas en las necesidades de cada región, las cuales regirían el trabajo de los obreros, jornaleros, empleados, domésticos y artesanos, y de una manera general, todo contrato de trabajo, la que establecía que: "Para trabajo igual debe corresponder salario igual, sin tener en cuenta sexo ni nacionalidad".

Esta fue una de las muchas propuestas del grupo extraoficial de los Diputados Constituyentes de 1917, coordinado por Pastor Rouaix, y en el que participaron destacadamente José N. Macías y Rafael L. de los Ríos, así como el general y licenciado José Inocente Lugo, Director del Trabajo de la Secretaría de Fomento —quien no era diputado pero fue convocado por Rouaix para que auxiliara al grupo de trabajo—,[5] que preparó el proyecto de artículo 123, el cual fue sometido al dictamen de la primera Comisión de Constitución, integrada por el general Francisco J. Múgica, Alberto Román, Luis G. Monzón, Enrique Recio y Enrique Colunga, la cual no planteó ninguna modificación; por lo que fue aprobada en los términos originalmente propuestos.

Es evidente que el contenido de esta norma constitucional, en cuanto se refiere a la igualdad en el pago de salarios, con independencia de la nacionalidad, tiene antecedentes históricos muy sensibles para los trabajadores de nuestro país, ante el recuerdo sangriento de la huelga minera de Cananea, ocurrida el 1o. de junio de 1906, en la que perdieron la vida varios trabajadores mexicanos, toda vez que, una de las principales peticiones incluidas en el pliego presentado por parte de los líderes de este movimiento laboral, al ex senador y coronel norteamericano William C. Green,[6] propietario del fundo minero, fue precisamente que se pagara a los trabajadores

5 *Cfr.* Rouaix, Pastor, *Génesis de los artículos 27 y 123 de la Constitución Política de 1917*, 2a. ed., México, Biblioteca del Instituto de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana, 1959, p. 104.

6 *Cfr.* Remolina Roqueñí, Felipe (edit.), *Huelga de Cananea*, *1906*, México, Comisión Nacional Editorial, Comité Ejecutivo Nacional del Partido Revolucionario Institucional, 1976, p. 5.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

mexicanos el mismo salario y en idéntica manera de la que se cubría a los norteamericanos.[7]

La norma que analizamos, tiene como antecedente la propuesta del histórico programa del Partido Liberal, el cual, en la parte relativa de su numeral 32 planteaba: "...No permitir en ningún caso que trabajos de la misma clase se paguen peor al mexicano que al extranjero en el mismo establecimiento, o que a los mexicanos se les pague en otra forma que a los extranjeros"; sin duda, que el movimiento de Cananea, a través de sus principales líderes, Juan José Ríos, Esteban Baca Calderón y Manuel M. Diéguez, tuvo la influencia de los Flores Magón, pues no creemos que sea coincidencia que la huelga hubiera iniciado el mismo día en que se suscribió dicho programa.

También el vigente artículo 32 de nuestra carta magna, se relaciona con el tópico de la nacionalidad, pues establece las bases para legislar la situación de los mexicanos que adquieran una nacionalidad adicional, así como la de los nacionales por nacimiento y la preferencia frente a los extranjeros, en los siguientes términos:

> Artículo 32. La Ley regulará el ejercicio de los derechos que la legislación mexicana otorga a los mexicanos que posean otra nacionalidad y establecerá normas para evitar conflictos por doble nacionalidad.
>
> El ejercicio de los cargos y funciones para los cuales, por disposición de la presente Constitución, se requiera ser mexicano por nacimiento, se reserva a quienes tengan esa calidad y no adquieran otra nacionalidad. Esta reserva también será aplicable a los casos que así lo señalen otras leyes del Congreso de la Unión.
>
> En tiempo de paz, ningún extranjero podrá servir en el Ejército, ni en las fuerzas de policía o seguridad pública. Para pertenecer al

7 Otra huelga, que guarda cierta similitud con la de Cananea, y que tampoco tuvo un resultado favorable a los intereses de los trabajadores, pero no afectó sus vidas o integridad corporal, pues en lugar de lograr su objetivo, abandonaron el trabajo y emigraron a otras tierras, tuvo lugar en Pachuca, en 1873, en la cual —entre otros motivos—, el disgusto de los mineros mexicanos era por los altos sueldos que ganaban los empleados ingleses. *Cfr.* González y González, Luis, "La unión hace la huelga (1867–1876)", *El Trimestre Económico,* México, Fondo de Cultura Económica, vol. XXIV, núm. 1, enero-marzo de 1957, pp. 27 y 28.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

> activo del Ejército en tiempo de paz y al de la Armada o al de la Fuerza Aérea en todo momento, o desempeñar cualquier cargo o comisión en ellos, se requiere ser mexicano por nacimiento.
>
> Esta misma calidad será indispensable en capitanes, pilotos, patrones, maquinistas, mecánicos y, de una manera general, para todo el personal que tripule cualquier embarcación o aeronave que se ampare con la bandera o insignia mercante mexicana. Será también necesaria para desempeñar los cargos de capitán de puerto y todos los servicios de practicaje y comandante de aeródromo.
>
> Los mexicanos serán preferidos a los extranjeros en igualdad de circunstancias, para toda clase de concesiones y para todos los empleos, cargos o comisiones de gobierno en que no sea indispensable la calidad de ciudadano.

Por lo que se refiere a la legislación derivada del artículo 123 constitucional, el artículo 7o. de la LFT, establece como principios generales varias normas preferenciales a favor de nuestros nacionales y excluyentes de los extranjeros, puesto que:

a) Prohíbe la contratación de trabajadores extranjeros en un porcentaje superior al 10% en toda empresa o establecimiento.
b) En las categorías de técnicos y profesionales, los trabajadores deberán ser mexicanos, salvo que no los hubiera en una especialidad determinada, en cuyo caso sólo se autoriza el empleo temporal de trabajadores extranjeros, siempre que no exceda del 10% de los de la especialidad. En esta hipótesis, el empleador y los trabajadores extranjeros tendrán la obligación solidaria de capacitar a trabajadores mexicanos en la especialidad de que se trate. Interpretamos que la temporalidad en la contratación de extranjeros estará sujeta al período que resulte necesario para que se capaciten los prestadores de servicios nacionales de la especialidad correspondiente.
c) Los médicos al servicio de las empresas deberán ser mexicanos.
d) Excluye de la aplicación de las normas anteriores a los directores, administradores y gerentes generales.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Néstor De Buen Lozano, comenta el contenido del citado artículo 7o. de la LFT, vaticinando su corta vida normativa en los siguientes términos:

Esta disposición no parece que tenga un porvenir brillante. Si bien es cierto que en el Tratado de Libre Comercio (en lo sucesivo TLC), no se establece el libre tránsito de trabajadores entre los países firmantes como ocurre en cambio en la Unión Europea, no es difícil suponer que en un futuro esa libertad se acuerde.[8]

Sin embargo, está por cumplirse una década desde que este destacado laboralista emitiera su pronóstico, y no se vislumbran en el horizonte internacional, alguna señal que nos permitieran suponer un cambio en el contenido del numeral de referencia, aunque puede considerarse contrario al texto del artículo 43 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, que formó parte del protocolo de reformas a dicha carta, conocido como el Protocolo de Buenos Aires, firmado en Argentina el 27 de febrero de 1967, y que fue aprobado por la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión y publicado en el *DOF* el 26 de octubre de 1968, como lo comentaremos más adelante.

Por su parte, Carlos de Buen Unna, desarrolla con mayor amplitud sus comentarios sobre esta disposición laboral, pues señala —inicialmente—, visos discriminatorios que afectan los fundamentos igualitarios del derecho laboral y valoraciones de políticas demográficas nacionales para la autorización de los permisos a favor de los extranjeros:

> La limitación en el número de trabajadores extranjeros y la exclusividad que en principio se establece en relación con dos categorías de difícil delimitación como son los 'técnicos' y 'profesionales' para que solamente sean desempeñadas por mexicanos, son disposiciones claramente discriminatorias que mutilan gravemente el principio de igualdad al que nos referimos al comentar el artículo 3. Además, el control sobre los permisos para que los extranjeros presten sus ser-

[8] De Buen, L., Néstor y De Buen, Unna, Claudia, *Compilación de normas laborales comentada, Ley Federal del Trabajo. Disposiciones constitucionales*, México, Porrúa, 2002, pp. 5-8, t. II.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

> vicios en México corresponde a la Secretaría de Gobernación y no debe ser considerado tanto un problema de políticas laborales hacia adentro de las empresas como de políticas de población nacional.[9]

Enseguida, dicho laboralista refiere los historiales negativos contrarios al principio de igualdad laboral que se manifestaron en varias ramas de la industria, y en perjuicio de los trabajadores mexicanos:

> Es cierto que encontramos antecedentes incómodos en nuestra ya no tan reciente historia de comienzos del siglo XX, particularmente en las industrias ferrocarrilera, petrolera y minera, en donde los trabajadores extranjeros no sólo cubrían los puestos más importantes, lo que en ocasiones se justificaba por la falta de mano de obra mexicana calificada, sino que también tenían otros privilegios, éstos sí absolutamente injustificados, por sobre los trabajadores nacionales, inclusive cuando realizaban las mismas tareas.[10]

Finalmente, Carlos de Buen coincide con las apreciaciones de su progenitor respecto de los efectos extensivos del Tratado de Libre Comercio de Norteamérica (TLCAN), que le sirven de base para proponer una disminución en el porcentaje de contratación de trabajadores mexicanos frente a la proporción de extranjeros, pues considera que la regla actual puede representar un impedimento para la atracción de inversiones provenientes de otros países, aunque destaca la conveniencia de imponer la capacitación a los nacionales; pero, sugiere asignarle un componente determinado que asegure su efectividad:

> Pero éste no es un problema en la actualidad, en plena vigencia del Tratado de Libre Comercio de América del Norte y en la que la apertura comercial y la regionalización de las economías mundiales señalan claramente una vía diferente, por lo que es recomendable pensar, si no en la eliminación del límite, al menos en la modifica-

9 De Buen, Unna, Carlos, *Ley Federal del Trabajo (análisis y comentarios)*, 6a. ed., México, Themis, 2000, pp. 7 y 8.

10 *Idem*.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

> ción del porcentaje para permitir un margen mayor de contratación de extranjeros y en la eliminación de la preferencia para que ciertas categorías sean desempeñadas por mexicanos. De lo contrario corremos el riego de que los límites se convierten en obstáculos para inversionistas que pretenden instalar empresas de tecnología de punta para las que suelen requerir un número mayor de trabajadores extranjeros en su etapa inicial.
>
> Siendo un acierto obligar a los extranjeros a capacitar a los mexicanos, a dicha obligación le falta un contenido específico que permita hacerla efectiva.[11]

Respecto de la regla prevista en el inciso c, del mencionado artículo 7o. de la LFT, concerniente a los galenos que laboren para un centro de trabajo, se ha interpretado que, la orden del legislador es categórica y, por ende, no admite excepciones, como lo consideró el tercer Tribunal Colegiado en materia Administrativa del primer circuito, al resolver el 19 de junio de 1991, por unanimidad de votos, el amparo en revisión 1162/91, promovido por John Francis Smyth Durign, en los siguientes términos:

> Médicos extranjeros al servicio de una empresa. interpretación del artículo 7o. de la ley federal del trabajo. El artículo 7o. de la Ley Federal del Trabajo establece lo siguiente: En toda empresa o establecimiento, el patrón deberá emplear un noventa por ciento de trabajadores mexicanos, por lo menos. En las categorías de técnicos y profesionales, los trabajadores deberán ser mexicanos, salvo que no los haya en su especialidad determinada, en cuyo caso el patrón podrá emplear temporalmente a trabajadores extranjeros, en una proporción que no exceda del diez por ciento de los especialistas. El patrón y los trabajadores extranjeros tendrán la obligación solidaria de capacitar a los trabajadores mexicanos en la especialidad de que se trate. Los médicos al servicio de las empresas deberán ser mexicanos. No es aplicable lo dispuesto en este artículo a los directores, administradores y gerentes generales". La forma categórica como el legislador ordena que los médicos al servicio de las empresas deberán ser mexicanos, denota que la

11 *Idem.*

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

> intención normativa que orienta tal disposición, consiste en evitar que los médicos de nacionalidad mexicana se vean desplazados respecto al desempeño de dicho cargo, por personas de nacionalidad extranjera que ejerzan esa profesión; de ahí que la mencionada orden no admite la excepción consistente en que 'no es aplicable lo dispuesto en este artículo a los directores, administradores y gerentes generales', pues ello equivaldría a cambiar la naturaleza de esa orden, que es restrictiva, para convertirla en una norma permisiva, sin que ello se justifique, habida cuenta que por encima de la expresión literal del legislador debe prevalecer su intención normativa. Consecuentemente, la resolución mediante la cual la Secretaría del Trabajo y Previsión Social negó al quejoso el registro de su título de médico cirujano, en atención a que es de nacionalidad extranjera no resulta violatoria de garantías en su perjuicio, en la medida que dicha resolución resulta acorde con la citada intención normativa del legislador. No obsta, como pretende el quejoso, que éste se encuentre prestando sus servicios bajo la dirección y dependencia de una persona moral, con el cargo de Director General de Higiene y Salud, pues como ya se dijo, la orden de referencia no admite la excepción prevista en el segundo párrafo, del precepto legal en consulta y, además, la denominación del mencionado cargo del quejoso no es equiparable con los cargos que menciona el citado segundo párrafo, en cuanto que el primero constituye la denominación de un puesto de trabajo, relacionada exclusivamente con la estructura funcional y operativa de la persona moral correspondiente, mientras los segundos, se refieren a las personas cuya finalidad es manifestar la voluntad de aquélla, es decir, son cargos atinentes a su estructura jurídica, considerada la propia persona moral, como un ente con personalidad jurídica distinta de la de sus integrantes.[12]

En el diverso amparo en revisión 1163/91, promovido por el mismo quejoso, y que fue resuelto por el propio tercer Tribunal Colegiado en materia Administrativa del primer circuito, del 19 de junio de 1991 por unanimidad de votos, se analizó la denegación del registro del título profesional solicitado y se consideró que el

12 Tesis 221979, *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, t. VIII, septiembre de 1991, p. 156.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

acto de la autoridad administrativa laboral que lo llevó al cabo, no viola la garantía de libertad de trabajo:

> Médicos extranjeros al servicio de una empresa. La negativa de registrar el título profesional de los, no viola la garantía de libertad de trabajo. La resolución mediante la cual la Secretaría del Trabajo y Previsión Social niega a una persona de nacionalidad extranjera el registro de su título profesional de médico cirujano, no resulta violatoria de la garantía de libertad de trabajo, tutelada en el artículo 5o. constitucional, en tanto que únicamente niega al interesado la posibilidad de desempeñarse como médico al servicio de una empresa, sin que tal negativa signifique impedirle que ejerza libremente su profesión, si para ello acredita haber cumplido con los requisitos previstos legalmente al efecto.[13]

Sin embargo, Carlos De Buen Unna no coincide con el criterio sustentado por el tribunal colegiado citado, pues comenta que:

> La obligación de que los médicos al servicio de las empresas deban ser mexicanos, además de absurda es inconstitucional por violar los artículos, 5o. y 33 de la Constitución, ya que los trabajos de los médicos no se encuentran comprendidos entre los reservados a los mexicanos en su artículo 32.[14]

La sanción que debe aplicarse al empleador que no cumpla las normas que determinan el porcentaje, o la utilización exclusiva de trabajadores mexicanos en las empresas o establecimientos, se encuentra prevista en el artículo 993 de la LFT, la cual establece la imposición de una multa, por el equivalente de 250 a 2500 veces la cuota diaria de salario mínimo general vigente en el lugar y tiempo en que se cometa la violación.

En cumplimiento del derecho de preferencia que establece el artículo 154 de la LFT, los empleadores están obligados a preferir, en

13 Registro núm. 221980, *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, septiembre de 1991, P. 157.

14 De Buen, Unna, Carlos, *op. cit.*, pp. 7 y 8.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

igualdad de circunstancias a los trabajadores mexicanos, respecto de quienes no lo sean.

El maestro Mario De La Cueva comentó, respecto del contenido del numeral 111 de la Ley Federal del Trabajo de 1931, que es el antecedente del citado artículo 154 vigente, y que:

> Esta preferencia está emparentada con el párrafo primero del art. 32 de la Constitución, en la parte que dice que 'los mexicanos serán preferidos a los extranjeros, en igualdad de circunstancias, para todos los empleos, cargos o comisiones del gobierno'; y era un reforzamiento del art. noveno de la Ley, que imponía a las empresas la obligación de emplear un mínimo de noventa por ciento de los trabajadores mexicanos....[15]

Por su parte, los artículos 189 y 216 de la LFT establecen normas aplicables a trabajadores específicos, como lo son quienes laboren en los buques o embarcaciones que ostenten bandera mexicana, y las aeronaves civiles de matrícula nacional, los que en ambos casos deberán tener la calidad de mexicanos por nacimiento que no adquieran otra nacionalidad, con lo cual se excluye no sólo a los extranjeros, sino también a nuestros paisanos que hubiesen obtenido otra nacionalidad; también, en el caso del trabajo ferrocarrilero, que es otro tipo de trabajo especial, de acuerdo con nuestra ley laboral, se requiere que estos prestadores de servicio sean mexicanos, en términos de lo dispuesto en el artículo 246, pero no se exige que no hubiesen conseguido otra nacionalidad.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 209, fracción VI, de la LFT, el cambio de nacionalidad de un buque mexicano es causa de terminación de las relaciones de trabajo. El armador, naviero o fletador, queda obligado a repatriar a los trabajadores y a cubrir el importe de los salarios hasta su restitución al puerto de destino, o al que se haya señalado en el contrato y el de las demás prestaciones a que tuviesen derecho. Los trabajadores y el patrón podrán convenir en que se proporcione a aquellos, un trabajo de

15 De La Cueva, Mario, *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, 3a. ed., México, Porrúa, 1975, p. 418.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

la misma categoría en otro buque del patrón; si no se llega a un convenio, los trabajadores tendrán derecho a que se les indemnice de conformidad con lo dispuesto en el artículo 50; como vemos, la obligación del empleador de restituir a los trabajadores, debe cumplirse fuera del territorio de nuestro país.

Respecto del derecho administrativo del trabajo, el artículo 612, fracción I, al igual que en el caso de los trabajadores de los buques y las aeronaves civiles mexicanos, exige que el presidente de la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje, sea mexicano por nacimiento que no adquiera otra nacionalidad; dado que las disposiciones relativas a la junta citada se aplican también a la integración y funcionamiento de las juntas locales de conciliación y arbitraje, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 623, segundo párrafo de la LFT, será necesario que los presidentes de estas Juntas también sean mexicanos por nacimiento, y que no adquieran otra nacionalidad.

En el personal que labora para las autoridades del trabajo y los servicios sociales, la LFT, exige como requisito, que sea mexicano:

1) El procurador general de la defensa del trabajo (artículo 532, fracción I).
2) Los inspectores del trabajo (artículo 546, fracción I).
3) En la Comisión Nacional de los Salarios Mínimos:

    a) El presidente de la comisión (artículo 552, fracción I).
    b) Los dos representantes asesores, integrantes de la representación del gobierno, designados por el secretario del Trabajo y Previsión Social (artículo 555, fracción I).
    c) Los representantes de los trabajadores y patrones (artículo 556, fracción I).
    d) El director, los asesores técnicos y los asesores técnicos auxiliares (artículo 560, fracción I).

4) En el personal jurídico de las juntas de conciliación y arbitraje:

    a) Los actuarios (artículo 626, fracción I).

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

b) Los secretarios (artículo 627, fracción I).
c) Los auxiliares (artículo 628, fracción I).

5) Los representantes de los trabajadores y patrones en las juntas federal y locales de conciliación y arbitraje (artículo 665, fracción I).

Respecto del derecho procesal del trabajo, se requiere que los peritos designados por la Junta de Conciliación y Arbitraje en los procedimientos de los conflictos colectivos de naturaleza económica, sean mexicanos, en términos del contenido del artículo 907, fracción I, de la LFT.

En materia de derecho colectivo del trabajo, nuestra legislación laboral no permite que los extranjeros formen parte de la directiva de los sindicatos, como lo dispone el artículo 372, fracción II; nosotros consideramos que tampoco podrían formar parte del comité, perteneciente a una federación o confederación, conforme al contenido del artículo 381 de la misma ley, el cual dispone que "los sindicatos pueden formar federaciones y confederaciones, las que se regirán por las disposiciones de este capítulo, en lo que sean aplicables".

Sin embargo, en el informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, presentado a la Conferencia Internacional del Trabajo en su 100a. reunión, en 2011, dentro de las observaciones referidas a ciertos países, en el rubro de libertad sindical, negociación colectiva y relaciones laborales, en relación con nuestro país, y respecto del Convenio sobre la Libertad Sindical y la Protección del Derecho de Sindicación, núm. 87 (1948), ratificado por México en 1950, observa que existe en nuestra legislación nacional la: "Prohibición de que los extranjeros formen parte de la directiva de los sindicatos (artículo 372, fracción II, de la Ley Federal del Trabajo)", por lo cual:

> La Comisión toma nota de que el Gobierno no se refiere a esta cuestión en su memoria. La Comisión subraya que debería permitirse a los trabajadores extranjeros el acceso a las funciones como dirigente sindical, por lo menos tras haber transcurrido un perío-

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

> do razonable de residencia en el país de acogida (véase Estudio General *op. cit.,* párrafo 118). La Comisión pide al Gobierno que tenga en cuenta el principio mencionado en el marco de una futura modificación de la Ley Federal del Trabajo y que la mantenga informada al respecto en su próxima memoria.[16]

Por lo tanto, sobre el tema en concreto, relacionado con la exclusión de los extranjeros de las directivas sindicales, ya está planteada la observación específica en nuestro país, a fin de que se reforme el precepto citado para permitir a los extranjeros formar parte de los puestos representativos en las organizaciones de los trabajadores, aunque se imponga una etapa previa de residencia; si extrapoláramos el criterio de esta comisión de la OIT, podríamos suponer que las demás restricciones aplicables a los extranjeros serían vistas como inadecuadas, en coincidencia con el criterio extensivo de Néstor De Buen y su hijo, la cual, expusimos con anterioridad.

Nos queda la duda respecto de la congruencia de todas las disposiciones laborales mencionadas con anterioridad, no sólo por el criterio particular de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, en relación con la prohibición, a los extranjeros de formar parte de las directivas sindicales, sino genéricamente frente al contenido del artículo 43 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, el cual formó parte del protocolo de reformas a dicha carta, conocido como el Protocolo de Buenos Aires, el 27 de febrero de 1967, que fue aprobado por la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión y publicado en

16 Conferencia Internacional de la 110a. reunión, 2011, Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (artículos 19, 22 y 35 de la Constitución, Informes y Memorias sobre la aplicación de convenios y recomendaciones; Informe General y Observaciones referidas a ciertos países, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 2011, p. 127. *http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09963%282011-100-1A%29.pdf* (consultada el 8 de enero de 2011). El legislador federal no tomó en cuenta esta petición dentro del decreto que reforma, deroga y adiciona diversas disposiciones de la LFT, publicado en el *DOF*, del 30 de noviembre de 2012.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

el *DOF* el 26 de octubre de 1968, toda vez que el párrafo *in capite* y el inciso a, de dicho precepto, a la letra dicen:

> Los Estados Miembros, convencidos de que el hombre sólo puede alcanzar la plena realización de sus aspiraciones dentro de un orden social justo, acompañado de desarrollo económico y verdadera paz, convienen en dedicar sus máximos esfuerzos a la aplicación de los siguientes principios y mecanismos:
> a) Todos los seres humanos, sin distinción de raza, sexo, nacionalidad, credo o condición social, tienen derecho al bienestar material y a su desarrollo espiritual, en condiciones de libertad, dignidad, igualdad de oportunidades y seguridad económica....[17]

Por referirse a un tratado que, en nuestra opinión, está de acuerdo con nuestra CPEUM —pues el artículo 123 no contiene ninguna disposición en contrario—,[18] y fue celebrado por el presidente de la República con aprobación del Senado, resulta ley suprema de toda la unión, y en consecuencia, sus disposiciones deben prevalecer frente al contenido de las disposiciones de la Ley Federal del Trabajo, de acuerdo con el criterio sostenido por el pleno de la SCJN al resolver el 11 de mayo de 1999, el amparo en revisión 1475/98, promovido por el Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo, en donde sostuvo, que los tratados internacionales están colocados en una jerarquía superior, sobre el derecho federal, por lo cual estos se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales, y en un segundo plano, respecto de la Constitución, y en tal contexto jurídico, no se estaría respetando el derecho al bienestar material de los seres humanos en México en una situación de igualdad de oportunidades a los extranjeros, debido a su distinta nacionalidad, tanto más, en cuanto a que, a partir del 11 de junio de 2011, se encuentra vigente la reforma del artículo 1o. constitucional, cuyo primer párrafo dispone:

17 Poder Judicial de la Federación, *Instrumentos...*, *cit.*

18 La fracción VII, del apartado A, del artículo 123 constitucional establece concretamente el pago de salario para trabajo igual, sin tener en cuenta sexo, ni nacionalidad, por lo que, en nuestra opinión, no contraviene el texto de la Carta Interamericana mencionada.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

> En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

III. Cumplimiento de obligaciones laborales en el extranjero

Por lo que se refiere a las obligaciones de los patrones, el artículo 132, fracción XIV, de la LFT, les impone el compromiso, consistente en hacer por su cuenta, cuando empleen más de 100 y menos de mil trabajadores, los gastos indispensables para sostener, en forma decorosa, los estudios técnicos, industriales o prácticos, en centros especiales, nacionales o extranjeros, de uno de sus trabajadores, o de uno de los hijos de éstos, designado en atención a sus aptitudes, cualidades y dedicación, por los mismos trabajadores y el patrón. Cuando tengan a su servicio más de mil trabajadores, deberán sostener tres becarios en las condiciones señaladas. El patrón sólo podrá cancelar la beca cuando sea reprobado el becario en el curso de un año, o cuando observe mala conducta; pero en esos casos será sustituido por otro. Como se desprende del texto legal citado, tanto el compromiso del empleador, como el disfrute de la beca académica del trabajador o su hijo, cuando los estudios se realicen en una institución del extranjero, tienen lugar fuera del territorio de nuestro país y, por ende, resulta una aplicación extraterritorial de la norma mexicana.

En el caso especial de los trabajadores de los buques que ostenten bandera mexicana:

1) A elección de los trabajadores, los salarios podrán pagarse en el equivalente en moneda extranjera, al tipo oficial de cambio que rija en la fecha en que se cobren, cuando el buque se encuentre en puerto extranjero (artículo 201 LFT).
2) Los patrones tienen las obligaciones especiales siguientes:

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

- Proporcionar alojamiento y alimentos cuando el buque sea llevado a puerto extranjero para reparaciones y sus condiciones no permita la permanencia a bordo. La habitación y los alimentos se proporcionarán sin costo para el trabajador (artículo 204, fracción III de la LFT).
- Pagar los costos de la situación de fondos a los familiares de los trabajadores, cuando el buque se encuentre en el extranjero (artículo 204, fracción IV de la LFT).
- Informar al cónsul mexicano cuando el buque llegue a puerto extranjero, dentro de las veinticuatro horas de haber sido declarado a libre plática (visita de autoridades), de los accidentes de trabajo ocurridos a bordo (artículo 204, fracción X de la LFT).

3) No pueden darse por terminadas las relaciones de trabajo cuando el buque esté en el extranjero (artículo 209, fracción III de la LFT).

Como podemos advertir de lo expuesto en los incisos anteriores, nuevamente, estamos en presencia de disposiciones legales mexicanas que establecen obligaciones a cargo del empleador que deben ser cumplidas fuera del ámbito geográfico de obligatoriedad de la LFT, determinado en su artículo 1o. y que constituyen, consecuentemente, casos de aplicación extraterritorial de preceptos nacionales, que resultan exigibles en función de la contratación de los trabajadores, para prestar sus servicios en los buques que ostenten bandera mexicana.

Finalmente, debemos señalar, que conforme a lo dispuesto en el artículo 197 de la LFT, para la prestación de servicios de trabajadores mexicanos en buques extranjeros, se debe observar lo dispuesto en el artículo 28 de la misma ley, el cual establece diversas normas aplicables en la prestación de los servicios de trabajadores mexicanos fuera de la República contratados en territorio nacional, y cuyo contrato de trabajo se rija por la ley laboral.

Por lo que se refiere al trabajo especial de las tripulaciones que laboren en aeronaves civiles que ostenten matrícula mexicana, es importante destacar que por las características del servicio que se pres-

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

ta, el cual, en muchas ocasiones ocurre fuera del territorio de nuestro país, cuando los vuelos son de carácter internacional, se aplica al respecto, un estatuto legal personal y no territorial, ya que el artículo 217 de la LFT, dispone que las relaciones de trabajo a que se refiere el capítulo de las tripulaciones aeronáuticas, se regirán por las leyes mexicanas, independientemente del lugar en donde vayan a prestarse los servicios, por lo que podemos colegir que el lugar de prestación de los servicios corresponderá al territorio mexicano, cuando los viajes aéreos sean nacionales, y recaerá en suelo extranjero, cuando el vuelo sea internacional; en este trabajo, es causa especial de suspensión de las relaciones de trabajo, sin responsabilidad para el patrón, la suspensión transitoria de las licencias respectivas, de los pasaportes, visas y demás documentos exigidos por las leyes nacionales y extranjeras cuando sea imputable al tripulante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 243 de la misma ley; nuevamente, se actualizan supuestos normativos, previstos en la LFT, cuyo cumplimiento ocurre fuera del ámbito geográfico de nuestro país, y en consecuencia, representan casos de aplicación extraterritorial de la ley laboral mexicana.

IV. Cargas procesales que tienen como referente a otro país

En cuanto al derecho procesal del trabajo, también existen varias disposiciones de la ley laboral en vigor, que deben de ser aplicadas, tomando en cuenta que la actuación o desahogo correspondientes tienen lugar en otro país y así, tenemos lo dispuesto en el artículo 754, que dispone, que las diligencias que se practiquen en el extranjero, únicamente se autorizarán cuando se demuestre que son indispensables para probar los hechos fundamentales de la demanda, o de su contestación; y que en tal caso, se librará el despacho respectivo, tomando en cuenta lo dispuesto en los tratados o convenios internacionales.

Por lo tanto, la comprobación de hechos fútiles para la *litis* planteada en el conflicto laboral correspondiente, no amerita el desahogo de pruebas fuera del territorio de nuestro país, como lo consideró el décimo tercer Tribunal Colegiado en materia de Trabajo del

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

primer circuito al resolver el 10 de julio de 2003 y por unanimidad de votos, el amparo directo 13313/2003, del que no se menciona el nombre del quejoso, en los siguientes términos:

> Pruebas en materia laboral, desahogo de las, fuera de la República mexicana. En materia laboral está permitido que el desahogo de algunas pruebas se practique fuera del ámbito territorial de la República mexicana, pero de acuerdo con lo establecido por el artículo 754 de la Ley Federal del Trabajo, queda condicionado a que de acuerdo con la *litis* laboral sea imprescindible para probar hechos fundatorios de la demanda o de la contestación, lo que no lo constituye la demostración de un aspecto, aunque controvertido, es intrascendente para el fondo del asunto.[19]

Al dictar la ejecutoria del mismo amparo, sostuvo que para poder decidir la admisión de una prueba que deba ser desahogada fuera del territorio de nuestro país puede analizarse, en función de la controversia planteada, y la eficacia de su valor probatorio antes de que se dicte el laudo correspondiente:

> Pruebas que deben desahogarse en el extranjero. Es legalmente válido el examen de su trascendencia antes del dictado del laudo. Por regla general, el momento procesal oportuno para que las Juntas procedan al examen de la trascendencia de las pruebas allegadas al juicio es al dictado del laudo, por ser cuando deben resolver lo atinente al fondo del asunto; sin embargo, es legalmente válido que, atendiendo a la *litis* planteada, analicen el alcance de una prueba cuando se requiera autorización para librar un despacho internacional a fin de lograr su desahogo fuera del territorio nacional, dado que el legislador en el artículo 754 de la ley laboral previó que sólo se autorizará la práctica de diligencias en el extranjero cuando sean indispensables para probar hechos fundamentales de la demanda o de su contestación; lo que implica que aun sin decidir sobre el fondo del asunto se tiene que fijar previamente su posible

[19] Tesis I.13o.T.40 L, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XVIII, agosto de 2003, p. 1809. Precedentes: amparo directo 13313/2003, 10 de julio de 2003, unanimidad de votos. Ponente: Héctor Landa Razo; secretaria: Griselda L. Reyes Larrauri, *op. cit.*

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

> influencia al resultado del fallo para establecer si es de autorizarse o no el envío del despacho para su trámite por la vía diplomática.[20]

En relación con las pruebas documentales, el artículo 808 de la LFT dispone que:

> Para que hagan fe en la República, los documentos procedentes del extranjero deberán presentarse debidamente legalizados por las autoridades diplomáticas o consulares, en los términos que establezcan las leyes relativas o los tratados internacionales.

Al respecto, es importante tomar en cuenta que, sobre las pruebas documentales extranjeras de carácter público, el Senado de la República, el 19 de diciembre de 1993, aprobó la Convención de la Haya sobre la Abolición del Requisito de Legalización para Documentos Públicos Extranjeros de 1961; dicha autorización, se publicó en el *DOF*, el 17 de enero de 1994, e inició su vigencia en la fecha de su promulgación el día 14 de agosto de 1995. Esta convención dispone que, si el país en que se generó el documento pertenece a la convención, será suficiente la apostilla a que se refieren los artículos 3o. y 4o. de dicho tratado multilateral del que México forma parte, para su presentación en el territorio de otro Estado contratante; la apostilla certifica la autenticidad de la firma, la calidad en que el signatario haya actuado y, en su caso, la identidad del sello o timbre que el documento lleve; pero, no se aplica en los documentos expedidos por agentes diplomáticos o consulares, y los documentos administrativos que se refieran directamente a una operación mercantil o aduanera. Sobre el tema que nos ocupa, y a propósito del artículo 808, Carlos De Buen Unna comenta:

> La legalización se refiere solamente a documentos provenientes de autoridades de otros países y no de particulares. Aun así, la falta de ese requisito no autoriza a la Junta a desechar la prueba; en todo caso deberá equipararla a un documento privado y darle el valor probatorio correspondiente.[21]

20 Registro IUS 183437.

21 De Buen Unna, Carlos, *op. cit.*, pp. 805-808.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

En aplicación del referido artículo 808 y acorde con el criterio del comentarista mencionado, el noveno Tribunal Colegiado en materia de Trabajo del primer circuito, al resolver — por unanimidad de votos, el 7 de junio de 1995, —, el amparo directo 5629/95, promovido por Luis González y otros; sostuvo la siguiente tesis aislada:

> Personalidad. Carta poder expedida en el extranjero, exhibida en juicio laboral. No requiere legalización. La legalización ordenada por el artículo 808 de la Ley Federal del Trabajo, tiene por objeto autentificar las firmas de los funcionarios de un país extranjero, puestas en algún documento que se presente en los juicios laborales seguidos ante las autoridades mexicanas, por lo que debe entenderse exigible sólo con relación a los documentos públicos, definidos en el dispositivo 795 de la ley laboral; lo que, en el caso de documentos provenientes del extranjero, se contrae a aquellos instrumentos que, conforme a las leyes del país de su elaboración, estén encomendados o expida un funcionario de las características apuntadas en el último dispositivo citado; pero no así a los documentos reputados como privados, que para su expedición no requieren, conforme a las leyes mexicanas, de la intervención de algún funcionario investido de fe pública, porque entonces no hay firma alguna que legalizar.[22]

En el mismo rubro adjetivo, y por lo que respecta al material probatorio que puede ser aportado al juicio por las partes, a fin de acreditar su acción y pretensiones así como sus defensas y excepciones, en su especie instrumental, el artículo 809 de la LFT, dispone:

> Los documentos que se presenten en idioma extranjero deberán acompañarse de su traducción; la Junta, de oficio nombrará inmediatamente traductor oficial, el cual presentará y ratificará, bajo protesta de decir verdad, la traducción que haga dentro del término de cinco días, que podrá ser ampliado por la Junta, cuando a su juicio se justifique.

22 Tesis I.9o.T.7 K, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. II, julio de 1995, p. 260.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Carlos De Buen Unna critica el contenido del precepto citado, porque considera innecesaria una segunda traducción, si la presentada por el oferente de la prueba documental no es cuestionada, y porque se emplea incorrectamente la frase que señala:

> Es absurdo que la Junta deba nombrar de oficio a un traductor si la traducción del documento no resulta objetada o puesta en duda. Es un error hablar de un "idioma extranjero". ¿Lo serán el español que se habla en España o el que se habla en Argentina?[23]

Los documentos ofrecidos como prueba en un juicio laboral en México, redactados en un idioma distinto al nuestro, pueden haber sido elaborados tanto en el extranjero, como en nuestro propio país; pero, en ambos casos es necesario presentar la correspondiente traducción para que la Junta de Conciliación y Arbitraje que conoce del asunto, pueda imponerse de su contenido, el cual debe ser corroborado por el traductor que, oficiosamente, debe designar dicha autoridad laboral; si el instrumento fue expedido por la autoridad de una nación diferente a la nuestra, además de la traducción a la que se alude, será necesaria su legalización por las autoridades diplomáticas o consulares de México, o contar con la apostilla a que se refiere la Convención de la Haya, no así cuando en su confección solo hubieran intervenido particulares, pues en tal caso, no se requiere la legalización, como vimos con anterioridad.

Si al documento que se ofrezca como prueba por alguna de las partes en el juicio, no se acompaña la correspondiente traducción, la junta del conocimiento puede tomar —en nuestra opinión—, una interpretación estricta, y en términos del artículo 780, que a la letra dice: "Las pruebas se ofrecerán acompañadas de todos los elementos necesarios para su desahogo", desechar el medio probatorio propuesto, ya que la omisión representa el incumplimiento de una carga expresamente señalada en el citado artículo 809 de la ley laboral; sin embargo, toda vez que el mismo precepto impone a la junta la obligación de designar inmediatamente traductor oficial, para que presente y ratifique, bajo protesta de decir verdad,

23 De Buen Unna, Carlos, *op. cit.*, pp. 805-808.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

la traducción que haga dentro del término de cinco días, nos preguntamos, qué tan necesaria resulta la traducción que acompañe el oferente de la prueba, si finalmente, en caso de discrepancia, la versión que tomará en cuenta la autoridad laboral será —indudablemente—, la del perito nombrado por ella, por lo cual, consideramos adecuado, suprimir la carga al oferente y conservar la designación de oficio de un traductor por parte de la junta, para facilitar el desarrollo del procedimiento y evitar cargas inútiles a las partes, aunque el costo tuviera que cargarse al empleador; no así, cuando se trate de la parte trabajadora y esta lo solicite, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 824 de la LFT.

Alberto Trueba Urbina y Jorge Trueba Barrera comentan, respecto del contenido del artículo 780 de la LFT:

> Es importante que las partes, al ofrecer sus pruebas, acompañen éstas de todos los elementos necesarios para su desahogo, pues si no lo hacen corren el peligro de que se les desechen por no estar ofrecidas conforme a lo dispuesto por este precepto.[24]

El riesgo señalado en su comentario por el destacado laboralista campechano, autor de la *Teoría integral del derecho del trabajo*, y su hijo, se actualizó en la resolución de fecha 23 de marzo de 1994, del Amparo directo 76/94, promovido por Rubén Niño de Ramírez, en que el tercer Tribunal Colegiado del cuarto circuito y por unanimidad de votos, interpretó como correcto el desechamiento del documento escrito en idioma distinto al nuestro, al cual no se acompañó la correspondiente traducción, en la tesis cuyo rubro y texto, a la letra dice:

> Documentos redactados en idioma extranjero. Es obligación del oferente allegar su traducción. Del artículo 809 de la Ley Federal del Trabajo se infiere que los documentos redactados en idioma extranjero deben exhibirse previamente con la traducción respectiva y posteriormente señala que la Junta de oficio nombrará al traductor

24 Trueba Urbina, Alberto y Trueba Barrera, Jorge, *Ley Federal del Trabajo. Comentario, prontuario, jurisprudencia y bibliografía*, 87a. ed., México, Porrúa, 2006, p. 381.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

> oficial, el cual presentará y ratificará la traducción que haga dentro del término de cinco días, por lo que al no exhibir la traducción del documento exhibido en idioma extranjero, la Junta procede correctamente al desecharlo, ya que era necesario que el oferente acompañara la traducción respectiva del mismo, pues el precepto analizado primeramente establece la obligación del oferente de presentar el documento y la traducción y posteriormente señala que la Junta de oficio nombrará traductor oficial, de ahí que la Junta no tiene obligación de presentar un traductor y menos si no fue solicitado por el oferente.[25]

Se hace notar que el citado artículo 809 no dispone que, en caso de que no se acompañe la traducción respectiva del documento ofrecido como prueba y redactado en un idioma diferente al nuestro, debe rechazarse la admisión del instrumento; al respecto, opinamos que se está haciendo efectivo un apercibimiento carente de fundamento legal, por lo que, cuando se trate del trabajador, al que deba aplicarse el aforismo latino *in dubio pro operario* reconocido como un principio general por nuestra Ley Federal del Trabajo en su artículo 18, que a la letra dice:

> En la interpretación de las normas de trabajo se tomarán en consideración sus finalidades señaladas en los artículos 2o. y 3o. En caso de duda, prevalecerá la interpretación más favorable al trabajador". La junta debe requerirlo para que presente la traducción en comento y concederle para tal efecto un término de tres días hábiles, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 735 del mismo ordenamiento laboral que establece que: "Cuando la realización o práctica de algún acto procesal o el ejercicio de un derecho, no tengan fijado un término, éste será el de tres días hábiles.

Sin embargo, el estricto criterio sostenido por el tercer Tribunal Colegiado del cuarto circuito, al resolver el amparo directo 76/94, promovido por Rubén Niño de Ramírez, fue también aplicado posteriormente por el Tribunal Colegiado en materia de Trabajo del tercer

25 Tesis IV.3o.166 L, *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, t. XV-II, febrero de 1995, p. 316.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

circuito, en la ejecutoria emitida por unanimidad de votos el 31 de enero de 1996, correspondiente al diverso amparo directo 499/95, iniciado por Carlos Valle Gil, en la tesis de rubro y texto dicen:

> Prueba documental, redactada en idioma extranjero, desechamiento correcto de la, si al ofrecerse no se acompaña su traducción. Si al proponerse una prueba documental redactada en idioma extranjero, se omite acompañar la traducción, que señala el artículo 809 de la Ley Federal del Trabajo, el desechamiento de esa prueba es correcto porque al no cumplir el oferente con aquel requisito, existe impedimento para su desahogo.[26]

En un interesante ejercicio analógico, el décimo tercer Tribunal Colegiado en materia de Trabajo del primer circuito, al resolver el 10 de julio de 2003 y por unanimidad de votos, el amparo directo 13313/2003, sostuvo una interpretación favorable al oferente de una prueba confesional que debía recibirse fuera del territorio de nuestro país, pues consideró que —en tal caso—, la junta competente debe ordenar oficiosamente la traducción de los documentos necesarios que se requieran, como se aprecia en la siguiente tesis:

> Prueba confesional. Para su desahogo en el extranjero la junta debe ordenar de oficio la traducción de los documentos, si así se requiere. Si bien la Ley Federal del Trabajo no fija las reglas conforme a las cuales se deben desahogar en el extranjero las pruebas ofrecidas por las partes, también lo es que cuando esto resulte necesario, ante la ausencia de disposición expresa, al tenor de lo dispuesto por el artículo 17 de esa ley, se debe estar a las disposiciones que regulen casos semejantes, las que por su naturaleza se ubican dentro de las reglas generales que rigen en materia de prueba y, en especial, los artículos 782, 809 y 883 de la ley laboral. Ahora, si la prueba cuyo desahogo se pretende realizar fuera del territorio de la República mexicana es la confesional, su oferente deberá satisfacer los requisitos que el artículo 791 de la ley laboral fija para el desahogo de esa probanza fuera del lugar donde se

26 Tesis III.T.11 L, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. III, febrero de 1996, p. 468.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

> encuentre la Junta en la que el juicio se encuentra radicado, esto es, deberá presentar el pliego de posiciones relativo, el que por equiparación se asimila a un documento, que deberá ser enviado a la autoridad exhortada, y si es en el extranjero a través de despacho internacional. Asimismo, en preparación de la prueba, la Junta deberá expedir copia certificada de las constancias de autos, incluso del pliego de posiciones que deberán ser remitidas a la autoridad que corresponda a fin de que por vía diplomática se gestione la diligencia en que se ha de recibir la confesional y, por ser esto en el extranjero, si es necesario la documentación relativa deberá ser traducida al idioma del lugar correspondiente, por lo que corresponderá a la Junta designar traductor, pues la ley no impone a las partes esa carga, pero sobre todo, por existir disposición en la ley de la materia en el sentido de que cuando ante las Juntas se presenten documentos en idioma extranjero debe acompañarse su traducción y la Junta de oficio designará traductor oficial, lo que incide en la garantía de seguridad jurídica de las partes; de ahí que haciendo una interpretación analógica y extensiva de los artículos aludidos, si para lograr el desahogo de una prueba en el extranjero deben ser remitidos documentos redactados en idioma español, por similitud, la Junta deberá designar perito a fin de que se realice la traducción al idioma que corresponda, porque en ese caso la seguridad jurídica (procesal) de las partes queda protegida.[27]

El ofrecimiento de trabajo, por parte del empleador, para que el trabajador se reincorpore a sus labores y concluya el conflicto laboral correspondiente, es una institución procesal surgida de la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales de amparo en nuestro país, cuyas características deben ser analizadas en cada caso para determinar si la oferta patronal respeta las condiciones fundamentales de la relación de trabajo como son, entre otras, el tipo y la duración de la jornada, la categoría o servicios que deben prestarse; y la forma y el monto del salario, pues de ello depende su calificación de buena o mala fe, a fin de que pueda operar la inversión de la carga de la prueba hacia el trabajador, y cuando este sea de

27 Tesis I.13o.T.39 L, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XVIII, agosto de 2003, p. 1804.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

nacionalidad extranjera, el ofrecimiento debe incluir la solicitud de admisión prevista en la Ley General de Población y su reglamento, la cual se considera un elemento primordial de la relación de trabajo en este caso, y si no forma parte de dicha oferta, no revertirá la carga de la prueba pues será considerada de mala fe, como lo sostuvo el tercer Tribunal Colegiado en materia de Trabajo del primer circuito, al resolver el 10 de febrero de 2011 y por unanimidad de votos, el Amparo directo 1154/2010, promovido por Diego Gastón Alejandro Yassin y/o Diego Gastón Alejandro Yassin Cepeda, de acuerdo con la tesis siguiente:

> Ofrecimiento de trabajo tratándose de trabajadores extranjeros. Es de mala fe cuando no se realice con la solicitud de admisión a que se refiere el artículo 162, fracciones IV y V, del reglamento de la ley general de población, ni se realice su entrega, toda vez que es una condición fundamental de la relación laboral, sin la cual el trabajador no puede legalmente prestar sus servicios. Nuestro Máximo Tribunal ha establecido que para calificar el ofrecimiento de trabajo, formulado por el patrón al contestar la demanda, con el propósito de que el trabajador regrese a laborar en las mismas condiciones en que prestaba el servicio, habrán de tenerse en cuenta los siguientes elementos: 1. Las condiciones fundamentales de la relación laboral, como el puesto, salario, jornada u horario; 2. Si éstas afectan o no los derechos del trabajador, establecidos en la Constitución Federal, la Ley Federal del Trabajo, o el contrato individual o colectivo de trabajo; y 3. Los antecedentes del caso o conducta asumida por el patrón. Ahora bien, tratándose de trabajadores extranjeros, también se tomarán en cuenta los artículos 41, 42, fracción III, 43 y 61 de la Ley General de Población, así como el numeral 162, fracciones IV y V de su reglamento, que disponen que los extranjeros y extranjeras serán admitidos para ejercer una actividad remunerada o lucrativa, siempre que la solicitud de admisión se formule por la empresa, institución o persona que pretenda utilizar sus servicios, la que será responsable solidariamente con el extranjero o extranjera por el monto de las sanciones a que se haga acreedor y, en su caso, costeará los gastos de su repatriación. Consecuentemente, cuando en un juicio laboral el actor sea extranjero, y el ofrecimiento de trabajo no se realice con la solicitud de admisión a que se refieren las citadas fracciones IV

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

> y V del artículo 162, ni se realice su entrega, dicha oferta es de mala fe, porque, al igual que el puesto, salario, jornada u horario, es una condición fundamental de la relación laboral, sin la cual el trabajador no puede legalmente prestar sus servicios, máxime si el patrón se comprometió a entregarla al momento de reinstalarlo.[28]

V. Intervención de extranjeros en actos procesales mexicanos

La participación de personas de distinta nacionalidad a la mexicana en actuaciones correspondientes a juicios de naturaleza laboral, seguidos antes los tribunales, federal o local, del trabajo, cuando son ajenos al procedimiento, y sólo intervengan con carácter de testigos, no requiere la comprobación de la legal estancia del deponente, como lo interpretó el primer Tribunal Colegiado del décimo quinto circuito, al resolver el 7 de noviembre de 2002 y por unanimidad de votos, el amparo directo 695/2002, promovido por Pactel, S. A. de C. V. y otros, en los términos de la siguiente tesis aislada:

> Testigos extranjeros. No es necesario que acrediten su legal estancia en el país a fin de que sea desahogada la prueba (artículo 783 de la Ley Federal del Trabajo). De conformidad con el artículo 783 de la Ley Federal del Trabajo, quienes siendo ajenos al juicio tengan conocimiento de hechos o documentos en su poder que puedan contribuir al esclarecimiento de la verdad, están obligados a declarar sobre los primeros o a aportar los segundos, cuando sean requeridos por las Juntas, sin hacer distingo si son nacionales o extranjeros; en estas condiciones, cuando la Junta, con fundamento en los artículos 67 y 68 de la Ley General de Población, deja de desahogar una prueba testimonial ofrecida por alguna de las partes, por el hecho de que el testigo haya manifestado ser extranjero, comete una violación procesal conforme a lo previsto en la fracción III del artículo 159 de la Ley de Amparo, que textualmente establece: "En los juicios seguidos ante tribunales civiles, administrativos o del tra-

28 Tesis I.3o.T.241 L, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXIII, junio de 2011, p. 1548.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

> bajo, se considerarán violadas las leyes del procedimiento y que se afectan las defensas del quejoso: ... III. Cuando no se le reciban las pruebas que legalmente haya ofrecido, o cuando no se reciban conforme a la ley.", pues cabe hacer mención que los preceptos legales de la Ley General de Población mencionados, no son aplicables al caso, ya que se refieren a personas que tramiten directamente algún asunto o celebren algún acto, mas no cuando se trate sólo de un testimonio; por lo que en estas circunstancias debe otorgarse la protección constitucional a fin de que se reponga el procedimiento.[29]

Es importante destacar, que la tesis anterior interpreta el artículo 783 de la LFT, cuyo texto fue reformado a partir del 1o. de diciembre del 2012, conforme al decreto publicado en el *DOF* del 30 de noviembre del mismo año y, esencialmente, suprime el supuesto relacionado con el "conocimiento de hechos" de toda autoridad o persona ajena al juicio, que pudieran contribuir al esclarecimiento de la verdad, quienes estaban obligadas a aportarlos, cuando fueran requeridas por la junta de conciliación o de conciliación y arbitraje, y en la actualidad, la hipótesis legal se reduce sólo a "documentos en su poder", y ya no al conocimiento de hechos; y, también se elimina la referencia a las juntas de conciliación (las cuales desaparecen con motivo de la reforma de 2012), como se puede apreciar en el cuadro comparativo siguiente:

29 Tesis XV.1o.15 L, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XVII, enero de 2003, p. 1882. Véase, *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, t. XCIV, p. 336; tesis de rubro "Extranjeros que no comprueban su legal estancia en el país, deben tomarse en cuenta sus dichos, cuando sean testigos en el procedimiento laboral. Con motivo de la expedición de la Ley de Migración", se derogaron los artículos 7o. al 75, de la Ley General de Población, conforme al decreto publicado en el *DOF*, el 25 de mayo de 2011.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Texto anterior	Texto vigente
Artículo 783. Toda autoridad o persona ajena al juicio que tenga conocimiento de hechos o documentos en su poder que puedan contribuir al esclarecimiento de la verdad, está obligada a aportarlos, cuando sea requerida por la Junta de Conciliación o de Conciliación y Arbitraje.	Artículo 783. Toda autoridad o persona ajena al juicio que tenga documentos en su poder que puedan contribuir al esclarecimiento de la verdad deberá aportarlos, a más tardar en la audiencia de ofrecimiento y admisión de pruebas o, hasta antes del cierre de la instrucción, cuando le sean requeridos por la Junta de Conciliación y Arbitraje.

Por lo tanto, aún y cuando en la actualidad ya no aplica la anterior regla general que establecía la obligación legal para que toda persona ajena al juicio, y que tuviera conocimiento de los hechos, materia del conflicto laboral correspondiente, los aportara a la junta competente, debe recordarse que el artículo 813, fracción II, de la LFT en vigor, faculta a cualquiera de las partes en el juicio, a ofrecer como testigos a personas, respecto de las cuales exista impedimento del oferente para presentarlas directamente, en cuyo caso debe solicitarse a la junta que las cite, señalando la causa o motivo justificados que le impidan presentarlas directamente; incluso el diverso a 814 de la misma ley, dispone que —en caso de que exista el impedimento citado—, la junta cite al testigo para que rinda su declaración en la hora y día, que al efecto se señale, con el apercibimiento de ser presentado por medio de la fuerza pública, y en caso de no asistir, no obstante hacer sido citado legalmente, en términos del artículo 819 del ordenamiento laboral, se le hará efectivo el apercibimiento decretado; y la junta deberá dictar las medidas necesarias para que el testigo comparezca a rendir su declaración, el día y hora señalados.

En las condiciones legales referidas en el párrafo anterior, consideramos que, a pesar de la reforma del artículo 783, en los términos que han quedado señalados, al estar facultadas las partes para ofrecer a testigos que no puedan presentar directamente y, por mayoría de razón, cuando el oferente los presente, sí aplicaría el criterio sostenido por el primer Tribunal Colegiado del décimo quinto circuito, al resolver el amparo directo 695/2002 al que se

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

alude en párrafos anteriores, consistente en que no es necesario que los testigos extranjeros acrediten su legal estancia en el país, a fin de que sea desahogada la prueba respectiva.

Sin embargo, cuando el extranjero se ostente como trabajador, si el conflicto que plantea no se relaciona con algún accidente o enfermedad de trabajo, la junta ante la que se presente la demanda correspondiente, debe requerirlo para que —dentro del plazo de tres días, al que se refiere el artículo 873, párrafo segundo de la LFT—, acredite su legal estancia en nuestro país, como lo consideró el segundo Tribunal Colegiado en materia de Trabajo del cuarto circuito, al dictar sentencia en el amparo directo 194/2003, promovido por Halliburton de México, S. A. de C. V., el 25 de septiembre de 2003, por mayoría de votos, en la tesis:

> Trabajadores extranjeros. Cuando demandan acciones laborales desvinculadas de riesgos de trabajo, la autoridad laboral, previamente a dar trámite a la demanda, debe prevenir al accionante para que en el término de tres días compruebe su legal estancia en el país. El artículo 67 de la Ley General de Población dispone que las autoridades de la República, sean federales, locales o municipales, así como los notarios públicos, los que sustituyan a éstos o hagan sus veces y los corredores de comercio, están obligados a exigir a los extranjeros que tramiten ante ellos asuntos de su competencia, que previamente les comprueben su legal estancia en el país. Luego, si un trabajador extranjero incoa acciones laborales desvinculadas del riesgo de trabajo —que es el caso de excepción a la aplicación de la regla general—, en términos del Convenio relativo a la Igualdad de trato a los Trabajadores Extranjeros y Nacionales en Materia de Reparación de los Accidentes del Trabajo, tales como indemnización constitucional por despido injustificado, salarios caídos, séptimos días, días festivos, vacaciones, prima vacacional, aguinaldo, etcétera; la autoridad del trabajo, previamente a dar trámite a la demanda planteada, está obligada a prevenir al accionante del juicio ordinario laboral para que le compruebe su legal estancia en el país, concediéndole para ello un plazo de tres días acorde con el artículo 873, último párrafo, de la Ley Federal del Trabajo.[30]

30 Tesis IV.2o.T.77 L, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XIX, febrero de 2004, p. 1162.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Es importante observar que, en la resolución anterior, se consideró, que la omisión de acreditar la legal estancia por parte del trabajador extranjero, constituye una irregularidad en el escrito de demanda; sin embargo, este criterio fue superado en la contradicción de tesis 96/2007-SS, entre las sustentadas por los tribunales colegiados segundo del tercer circuito y segundo del cuarto circuito, ambos en materia de trabajo, la cual fue resuelta el 14 de noviembre de 2007 por cinco votos, de donde se derivó la tesis de jurisprudencial 230/2007, aprobada por la segunda sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en sesión privada del 21 de noviembre de 2007, en los siguientes términos:

> Trabajadores extranjeros. La obligación de las autoridades federales o locales prevista en el artículo 67 de la ley general de población de requerirlos para que acrediten su legal estancia en el país, no es exigible a las juntas de conciliación y arbitraje. El Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis P. IX/2007, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXV, abril de 2007, página 6, sostuvo que los tratados internacionales se ubican jerárquicamente por encima de las leyes generales, federales y locales. En este tenor debe considerarse que la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1990, suscrita por el Estado Mexicano el 22 de mayo de 1991, aprobada por la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión el 14 de diciembre de 1998 (según decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de febrero de 1999), ratificada por el Presidente de la República el 13 de febrero de 1999, y promulgada el 15 de marzo de 1999 (según decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 13 de agosto de 1999), se encuentra por encima del artículo 67 de la Ley General de Población, por lo que debe estarse a lo estatuido en ella, a saber: a) los trabajadores extranjeros, con situación migratoria regular o irregular, tienen los mismos derechos que los nacionales del Estado de que se trate ante los tribunales y las cortes de justicia, incluyendo lo tocante a la conclusión de la relación del empleo, conforme a la legislación y práctica nacionales; b) el Estado adoptará todas las medidas adecuadas para que no se les prive

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

> de este derecho por irregularidades en su permanencia o empleo; y, c) los empleadores no quedarán exentos de obligaciones jurídicas o contractuales, ni se limitarán por cualquiera de esas irregularidades. Por consiguiente, la obligación que el artículo 67 de la Ley General de Población impone a las autoridades federales o locales para que exijan a los extranjeros que acudan ante ellas a realizar algún trámite de su competencia para que previamente acrediten su legal estancia en el país, no es extensiva a las autoridades ante quienes deban tramitarse los juicios laborales que promuevan extranjeros con motivo de alguna acción derivada de un despido injustificado, ya que éstos gozan de iguales derechos que los nacionales ante los órganos jurisdiccionales, incluyendo lo relativo a la conclusión de la relación de trabajo, la cual deberá dirimirse ante las Juntas de Conciliación y Arbitraje como si se tratara de nacionales.[31]

Por lo tanto, las juntas de conciliación y arbitraje no deben requerir a los trabajadores extranjeros para que acrediten su legal estancia en nuestro país, en aplicación de la tesis jurisprudencial citada, que se basa en una interpretación *pro persona*, conforme a los derechos humanos reconocidos en nuestra carta magna y en los tratados internacionales, en los cuales, el Estado mexicano es parte.

VI. Bibliografía

Buen Lozano, Néstor De y Buen Unna, Claudia De, *Compilación de normas laborales comentada, Ley Federal del Trabajo, disposiciones constitucionales*, México, Porrúa, 2002, t. II.

Buen Unna, Carlos De, *Ley Federal del Trabajo (análisis y comentarios),* 6a. ed., México, Themis, 2000.

Conferencia Internacional del Trabajo, *110a. Reunión, 2011, Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (artículos 19, 22 y 35 de la Constitución, tercer punto del orden del día: informes y memorias sobre la aplicación de convenios y recomendaciones, informe III (parte*

31 Tesis 2a./J. 230/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVI, diciembre de 2007, p. 221.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

IA), informe general y observaciones referidas a ciertos países, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 2011.

Cueva, Mario De La, *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, 3a. ed., México, Porrúa, 1975.

González y González, Luis, "La unión hace la huelga (1867–1876)", en *El Trimestre Económico,* México, Fondo de Cultura Económica, vol. XXIV, núm. 1, enero–marzo de 1957.

Pereznieto Castro, Leonel, *Derecho internacional privado*, 2a. ed., México, Harla, 1981.

Poder Judicial de la Federación, *Instrumentos Internacionales y su correlación con las tesis emitidas por el Poder Judicial de la Federación,* México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2005.

———, *Legislación Laboral y de Seguridad Social y su interpretación por el Poder Judicial de la Federación*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2005.

Remolina Roqueñí, Felipe (edit.), *Huelga de Cananea*, *1906*, México, Comisión Nacional Editorial-Comité Ejecutivo Nacional del Partido Revolucionario Institucional, 1976.

Rouaix, Pastor, *Génesis de los artículos 27 y 123 de la Constitución Política de 1917*, 2a. ed., México, Biblioteca del Instituto de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana, 1959.

Trueba Urbina, Alberto y Trueba Barrera, Jorge, *Ley Federal del Trabajo. Comentario, prontuario, jurisprudencia y bibliografía*, 87a. ed., México, Porrúa, 2006.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

CREACIÓN DE LA CUARTA SALA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN EN EL PERÍODO DE LA QUINTA ÉPOCA DEL *SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN*

Rafael Quintana Miranda*

Sumario: I. *Introducción*. II. *Necesidad de creación de la cuarta sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para tratar asuntos laborales y de seguridad social*. III. *Conclusión*. IV. *Bibliografía*.

I. Introducción

Antes de entrar a profundidad en el tema que nos ocupará, es oportuno afirmar que la seguridad social constituye una de las aspiraciones más auténticas de los pueblos, por lo cual, es congruente establecer similitudes entre el desarrollo de esta, con el nivel y legitimidad de los distintos sistemas estatales que existen en el orbe.

Concretando nuestra atención al desarrollo de la seguridad social, algunos indicadores nos invitan a reflexionar sobre el nivel de representatividad de los países en vías de desarrollo, dentro de los cuales se encuentra comprendido el nuestro.

Hay que tomar en cuenta, y no olvidar en ningún momento, que los constituyentes de 1917, establecieron los derechos sociales por primera vez en México, como norma donde se materializan los anhelos de miles de compatriotas que ofrendaron su vida por cons-

* Doctor en derecho, catedrático de la división de estudios de posgrado de la facultad de derecho de la UNAM de las asignaturas: técnicas jurisprudenciales, temas selectos de jurisprudencia, y administración pública federal, estatal y municipal, México, *rquintanam@derecho.unam.mx*.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

truir un sistema más justo, por encima del liberalismo económico y los derechos individuales.

Es justo reconocer, y no pasar por alto, que de acuerdo a los distintos regímenes posrevolucionarios, se fueron cumpliendo en los tiempos que así lo permitieron, los postulados que se dieron en los debates del Congreso Constituyente que culminó con el debate que se dio para la conformación del artículo 123, en el cual se plasmó la necesidad de una justicia social para el pueblo mexicano.

II. Necesidad de creación de la cuarta sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para tratar asuntos laborales y de seguridad social

Antes de profundizar propiamente en la exploración del tema que nos interesa, es menester hacer mención que el derecho social lleva consigo mismo los alcances de la seguridad social, entendiendo a esta como aquel avance de la solidaridad colectiva, que comprende una amplia gama de servicios esenciales para preservar y mejorar la condición humana (asistenciales, clínicos, económicos, sociales, culturales, deportivos, etcétera).

Cabe cuestionarnos en principio, qué relación existe entre el petróleo y la seguridad social; y para contestarnos, debemos señalar que el petróleo, como recurso natural, pertenece al territorio mexicano, y por añadidura, a la soberanía nacional; por lo que, según lo estipula la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, radica esencialmente en el pueblo (artículo 39). Por ello, este recurso es de gran importancia ante y para el desarrollo de la seguridad social, como un instrumento redistribuidor del ingreso, amortiguador de las injusticias sociales y un vehículo de desarrollo económico; y, por ende, todo trae como resultado, elevar la calidad de vida del pueblo mexicano.

A partir de la vigencia de nuestra Constitución, promulgada en Querétaro el 5 de febrero de 1917, y que entró en vigor el 1o. de mayo del mismo año (artículo 1o. transitorio), se planteó la solución de los problemas fundamentales para la transformación económica y política; y como consecuencia, jurídica de México.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Dicha transformación radicaría principalmente en el régimen de propiedad agrícola y la explotación de los minerales del subsuelo.

Por lo que se refiere al petróleo, la fracción VI, del artículo 27, dispuso que los yacimientos del subsuelo correspondían a la nación en dominio directo, la que permitía hacer las concesiones a los particulares, para su explotación.

El artículo 27 de la Constitución, variando un estado social en el que la propiedad privada garantizaba un derecho absoluto e intangible, que daba al dueño de la superficie el goce sin taxativas de los productos del subsuelo, suscitó por parte de los extranjeros afectados una violenta oposición, sostenida por sus gobiernos, especialmente el de los Estados Unidos de América, que obraba por cuenta propia e, indirectamente, en defensa de los países europeos afectados.[1]

Pero no solamente con otros países había problemas de esta índole, sino también existía incertidumbre con la estabilidad de la clase desprotegida de nuestra nación; los obreros (además de la clase campesina).

Los antecedentes, de este histórico acontecimiento, son elocuentes desde el punto de vista social. Por ello, las relaciones obrero-patronales no se encontraban del todo armónicas dentro del período en que se llevó a cabo la expropiación petrolera, ya que el desequilibrio laboral se manifestaba también en las escasas estructuras sindicales del país, pues se encontraban estructuralmente paupérrimas, no obstante los esfuerzos efectuados por sus agremiados para fortificarla, y que finalmente en 1931, al emitirse la Ley Federal del Trabajo, alcanzó logros tan importantes que, hasta la fecha, se ven reflejados en la vida del país.

En 1935, cada empresa tenía un sindicato, siempre dividido, casi eran permanentes los conflictos intergremiales entre mayorías y minorías. Por tal razón, las cláusulas de cada contrato con las empresas petroleras eran distintas, según el lugar, el salario, la habitación de los obreros, conviviendo con su familia en barracas insalubres y sin comunicación, en contraste con el esplendor de las zonas residencia-

[1] Portes Gil, Emilio, *La lucha por el petróleo en México*, México, 1977, p. 13.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

les de los dirigentes extranjeros y altos empleados. Por lo general, las empresas eludían el cumplimiento de la Ley Federal del Trabajo.[2]

Mediante la vivencia de una serie de vicisitudes laborales, el 10 de julio de 1936, en una gran convención, se constituye el Sindicato Único de Trabajadores de Empresas Petroleras, donde su política constituye, entre otras cosas, el planteamiento de mejorías en las condiciones de vida, aumento de salarios, etcétera; demandas que organizadamente dieron a conocer, con emplazamientos a huelga. Las empresas ocurrieron al presidente Cárdenas, ofreciendo entenderse con sus trabajadores; pero, a pesar de la intervención presidencial, el entendimiento fue imposible, y la huelga estalló el 25 de mayo de 1937. De las controversias laborales suscitadas tuvo conocimiento la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje.

El laudo, que como resultado emitió la mencionada junta, estableció puntos importantes de renovación y creación de nuevos conceptos sobre el derecho de los trabajadores; entre los que encontramos, a saber, los siguientes: empleados de confianza, indemnizaciones en casos de reajuste, jornada de 40 horas semanales, servicios médicos, seguros de vida, riesgos profesionales, descanso y vacaciones, ahorro, becas para los hijos de los trabajadores en plan de perfeccionamiento técnico, casas para los trabajadores, etcétera.

Por su parte, dichos logros profesionales fueron considerados de gran valor sindical; sin embargo, para las empresas petroleras no fue del todo beneplácito, ya que 10 días posteriores a la emisión del laudo, estas ocurrieron a la Suprema Corte de Justicia de la Nación en demanda de amparo.

Cabe mencionar que, a consecuencia de las diferentes controversias que se suscitaban entre trabajadores y obreros, no solamente en las diversas empresas ferroviarias y de construcción, sino principalmente las dedicadas a la explotación del petróleo, por decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 15 de diciembre de 1934, se creó la cuarta sala (Laboral) de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, integrada por los Ministros Hermilo López Sánchez, Octavio M. Trigo, Salomón González Blanco, Alfredo Iñárritu Ramírez de Aguilar y Xavier Icaza y López Negrete, quienes en

[2] *Ibidem*, p. 43.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

su función de jurisconsultos aplicadores del derecho, negaron a las empresas en cuestión, el amparo de la justicia de la unión, tal como lo podemos inferir de las tesis que a continuación se presentan:

> Obreros, peticiones de mejoramiento por los. Si los trabajadores exigen el establecimiento de nuevas condiciones de trabajo y se estima que dada la situación económica de la empresa y las utilidades que percibía en relación con el standard de vida de los obreros; procede mejorar, en beneficio de éstos, las condiciones de trabajo, es indudable que la declaración de la Junta, en el sentido de que existe un desequilibrio entre los factores de la producción, no implica incongruencia alguna con las peticiones de las partes, ni la decisión de una cuestión no sometida a la Junta, porque la petición para que se fijen nuevas condiciones de trabajo, implica la estimación, por parte de los obreros, de que esas condiciones no corresponden a la situación económica de la empresa, lo que en el fondo constituye un desequilibrio entre las utilidades de la empresa y la situación real de los obreros.[3]
>
> Trabajo, naturaleza de la contratación en materia de. Si bien el principio de la libre contratación rige en forma absoluta en el derecho civil, el mismo encuentra numerosas limitaciones en el derecho del trabajo. La formación de las relaciones de trabajo depende de la voluntad de las partes, en el sentido de que a ninguna persona puede obligarse a que establezca una industria, ni a los trabajadores a que presten sus servicios en ella, y es claro que si una persona trata de abrir una industria, puede en ese momento discutir las condiciones de trabajo con los obreros, y si no se ponen de acuerdo, no celebrar contratos de trabajo; pero cuando una empresa está trabajando y existen ya celebrados contratos de trabajo, el principio de libre contratación queda restringido, tanto por lo que se refiere a los contratos colectivos, como por lo que toca a los individuales; vencidos los términos de vigencia de esos contratos, pueden las partes solicitar su revisión, y siendo indudable que cuando no se ponen de

[3] Amparo directo en materia de trabajo 2/38, Compañía de Petróleo "El Aguila", S. A. y coags., 1o. de marzo de 1938, unanimidad de cuatro votos, excusa: Xavier Icaza, relator: Alfredo Iñárritu [TA], *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, 4a. sala, t. LV, p. 2011, *www.ius.scjn.gob.mx*.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

acuerdo pueden acudir a las Juntas de Conciliación y Arbitraje, para que éstas fijen las cláusulas de los contratos, aparece manifiesto que el principio de libre contratación no rige en forma absoluta, pues de otra manera, habría que dar por terminados los contratos, sin que las Juntas pudieran desempeñar la función que les ha asignado el Estado, de intervenir, mediante sus fallos, para la fijación de las nuevas condiciones de trabajo; la existencia de este derecho a la revisión de los contratos, deriva, tocante a los individuales, del artículo 56 de la ley y por lo que hace a los individuales, del artículo 115 del propio ordenamiento. Afirmar que los patronos se encuentran facultados para exigir la reducción de las condiciones de trabajo, implica la negación del principio de libre contratación; puesto que si éste rigiera en forma absoluta, no sería posible que los patronos demandaran dicha reducción, puesto que esto equivale a destruir el principio de libre contratación, y es absurdo pretender, dada la naturaleza de la legislación del trabajo, que ésta destruya el repetido principio, en perjuicio de los trabajadores y que la deje vigente en favor de los patronos, ya que, como es notorio, el derecho del trabajo no es una legislación en beneficio de la clase patronal, sino a la inversa, de los obreros.[4]

Obreros, mejoramiento en las condiciones de los. La intervención del Estado en el fenómeno de la producción tiene dos objetos: velar por el derecho de los trabajadores para que cuando las condiciones de la empresa lo permitan, se eleve el nivel de vida de aquellos, otorgándoles mayores beneficios, y limitar las facultades de las Juntas para la fijación de esos beneficios, respetando el derecho de las empresas, para obtener una utilidad proporcional al capital invertido, ya que si los trabajadores tienen derecho a que se mejore su nivel de vida, ese derecho se encuentra subordinado a que las empresas obtengan una utilidad; porque si se obligara a los patronos a trabajar con pérdida, se les impondría en realidad la obligación de hacer donaciones en favor de los obreros. Una empresa que no tiene utilidades o que las percibe en un límite que no corresponde al capital invertido, no puede ser obligada a mejorar las condiciones de los obreros, porque entonces la justicia distributiva que impartiera el Estado, no respondería a la equidad, al no asignar al capital la parte que le toca, consistente en una utilidad proporcional a su capital, lo que significa que el principio de la capacidad económica

4 *Idem.*

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

> de las empresas, se traduce en el respeto a una utilidad de las negociaciones, proporcionada a su capital y en el mejoramiento de las condiciones de vida de los obreros, a costa de la utilidad restante. El artículo 123 de la Constitución fija el mínimo de condiciones para los obreros, de tal manera que cuando las utilidades de una empresa no alcancen a cubrir ese mínimo, no autoriza el Estado Mexicano la apertura de la negociación; pero cuando la condición de la industria, mejora, y cuando sus utilidades son mayores, deben fijarse nuevas prestaciones para los obreros, puesto que de otra manera no existiría un equilibrio entre los factores de la producción y tampoco habría una distribución equitativa de las utilidades, entre dichos factores.[5]

El fallo del amparo directo 2/38 emitido por la cuarta sala, en combinación con la resolución del amparo administrativo en revisión 2902/39, del cual se extrae la tesis jurisprudencial que a continuación se expone, dieron legitimidad a la expropiación petrolera del 18 de marzo de 1938:

> Expropiación, causas de utilidad pública consignadas en la ley de, de 23 de noviembre de 1936, en el decreto de 18 de marzo de 1938. El Ejecutivo Federal, al decretar la expropiación por causa de utilidad pública, no está obligado a esperar a que los males que se apuntan en las fracciones V, VII y X, del artículo 1o. de la Ley de Expropiación de 23 de noviembre de 1936, ya se hayan realizado, sino que puede prevenir esos mismos males, y si bien es verdad que la fracción V de la ley mencionada, establece como causa de utilidad pública, la satisfacción de necesidades colectivas en casos de guerra o trastornos interiores, también es verdad que consigna como causa de utilidad pública, el abastecimiento de las ciudades, de artículos de consumo necesario, y entre ellos debe considerarse comprendido el petróleo, pues la paralización de la industria petrolera ocasionaría un trastorno a la economía del país, y se suspenderían inevitablemente los medios de locomoción. Ahora bien, el Decreto Expropiatorio de 18 de marzo de 1938, aplicó correctamente las disposiciones de la ley, al establecer la grande utilidad pública que reclama la expropiación de los bienes petroleros, para evitar

5 *Idem*.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

> perjuicios irreparables para la riqueza nacional, que ocasionaría la destrucción o pérdida del petróleo, el cual constituye un elemento natural, que es propiedad del Estado.[6]

Al promulgarse la Ley Federal del Trabajo, en 1931, repercutió en la reestructuración de los criterios seguidos por la Suprema Corte de Justicia en materia laboral, y multiplicó el número de negocios que debían ser resueltos por violaciones a esta nueva ley.

La segunda sala de la Suprema Corte de Justicia fue la primera que tuvo que conocer sobre este tipo de asuntos, mediante los amparos directos interpuestos en contra de los laudos emitidos por la Junta de Conciliación y Arbitraje; ejecutorias (muchas de ellas), de innovador contenido jurídico, que fueron conformando los criterios a seguir en posteriores soluciones de conflictos del trabajo, tanto individuales como colectivas, particularmente estos últimos.

Difícil fue el trabajo de nuestro más alto tribunal, al encontrarse con diversos criterios, que en materia laboral en términos de civilismo, y no concebían que los juicios se resolvieran bajo el principio de "a verdad sabida y buena fe guardada". Tal era la inestabilidad de este proceso que basta recordar, inclusive, que hubo eminentes maestros de la antigua Escuela Nacional de Jurisprudencia que, allá por los años treinta, decían que el llamado derecho industrial o derecho obrero que se quería imponer (denominaciones en la época para el actual derecho del trabajo), ni era obrero y mucho menos derecho.

Por ello, la segunda sala, tuvo que unificar algunos criterios que dieron origen al sustento del derecho laboral, entre los cuales, encontramos los siguientes:

> Otras cuestiones que, después de los problemas relativos a las huelgas, más preocuparon a trabajadores y patrones, fueron los conflic-

6 Amparo administrativo en revisión 2902/39, Compañía Mexicana de Petróleo "El Aguila", S. A. y coagraviados, 2 de diciembre de 1939, unanimidad de cuatro votos y mayoría de tres votos, en lo relativo al punto cuarto resolutivo. El ministro Agustín Gómez Campos, no intervino en este negocio, por haberse calificado de legal el impedimento que sometió a la consideración de la sala; disidente: José M. Truchuelo. La publicación no menciona el nombre del ponente; [TA], *Semanario Judicial de la Federación,* Quinta Época, 2a. sala, t. LXII, p. 3032.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

tos de orden económico, según denominaciones de la Ley de 1931, los obreros consideraban que las juntas carecían de facultades para modificar los contratos colectivos de trabajo inicialmente celebrados al amparo de la propia ley, al estimar que dichas convenciones constituían la ley de la empresa y sus cláusulas sólo podían ser interpretadas y cumplidas pero no alteradas, por encontrarse fuera de los acuerdos establecidos con los empleadores. La Suprema Corte declaró sobre el particular que las Juntas de Conciliación y Arbitraje, aun cuando fueran tribunales de derecho, podían conocer los conflictos de orden económico y sus facultades podían extenderse hasta disminuir o aumentar personal, la jornada de trabajo, los salarios y, en general, cambiar las condiciones de trabajo, cuando estas necesidades fueran acreditadas por los patrones y fuese urgente tal modificación. Indicó, asimismo, que las normas para la tramitación de estos conflictos eran de estricto orden público, y por ello, que los tribunales de trabajo estaban obligados a acatarlas, haciendo que ambas partes quedaran colocadas en situaciones procesales de justicia que permitieran lograr el propósito apuntado.[7]

Otra jurisprudencia interesante de la Corte en materia laboral, fue la que estableció la presunción de existencia de un contrato de trabajo entre la persona que presta un servicio y quien lo recibe, por cuyo solo motivo, a falta de estipulación expresa, la prestación de servicios se entenderá regida por la ley del trabajo y las normas que le son supletorias. Los contratos de trabajo —se agregaba— en ningún caso pueden quedar sometidos a una mera apreciación que, en conciencia, pudieran hacer las juntas, dado que las cláusulas de aquellos, envuelven necesariamente cuestiones cuya resolución implica la necesidad de emplear procedimientos de investigación jurídica, sin confundirse con las simples impresiones que lleven los hechos a la conciencia de los juzgadores.[8]

7 Véase tesis de jurisprudencia número 24, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, fallos pronunciados en los años de 1917 a 1965,* 5a. parte, cuarta sala, México, Imprenta Murguía, 1965.

8 Véase tesis de jurisprudencia número 44 y tesis relacionadas, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, que contiene las ejecutorias correspondientes a los años 1917-1975*, México, Ediciones Mayo, 1974, pp. 54-57.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Respecto a los laudos, dispuso el legislador de 1931 que serán dictados a verdad sabida, sin necesidad de sujetarse a reglas sobre estimación de las pruebas, sino apreciando los hechos según los miembros de la junta lo creyeran en conciencia. Hemos indicado los términos en los que la Segunda Sala, en sus primeras ejecutorias laborales, resolvió respecto de la apreciación en conciencia de toda actuación en un juicio de trabajo. Congruente con esta idea, resolvió también que la apreciación de dichas pruebas por las juntas tampoco debían hacerse en forma global, como se había acostumbrado en los inicios de la aplicación de la ley, sino estudiando cada una de dichas pruebas y expresando las razones por las cuales les concedieran o negaran valor probatorio, pues si bien era cierto que eran soberanas para llevar a cabo tal apreciación sin que ninguna otra autoridad se substituyera a su criterio, resultaba inexacto que la facultad asumida por las Juntas para formular el análisis de las que hubieran sido rendidas por las partes, las considerasen son valor legal, como si carecieran de existencia en el expediente.

Por tanto, la Corte estimó que, era correcta la intervención de la justicia federal, y dispuso que las Juntas ajustaran todos sus actos a los mandamientos de la Constitución, concluyendo:

> Si se afirma que una junta ha interpretado indebidamente la Carta Fundamental, no se desconoce su soberanía, porque no se trata de apreciación de pruebas o deducción de hechos, sino de interpretación ajustada a la ley, situación jurídica que no constituye acto propio de la soberanía de las Juntas.

Las tesis correspondientes todavía constituyen jurisprudencia firme.[9]

Por tal motivo, cuando el creciente número de amparos en materia laboral se acrecentó, hubo necesidad de crear una sala especializada, y fue así que se creó la cuarta sala en materia laboral de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

9 *Cfr. Apéndice al Semanario Judicial de la Federación que contiene las tesis de ejecutorias correspondientes al período 1917-1975,* pp. 137-171, tesis 132-137.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

> Iniciadas sus funciones en el año de 1936, a la Cuarta Sala le sobrevino un intenso trabajo que, como expresara el Doctor Mario de la Cueva, uno de los primeros secretarios de la nueva Sala que fueron nombrados, obligó al flamante cuerpo colegiado a tomar el rumbo político y social del momento, a fin de adaptarse a las circunstancias que se vivieron durante el régimen del General Lázaro Cárdenas, de intensa raigambre obrero-campesina, y quien inclusive avalara, con su prestigio personal, la independencia soberana y de criterio del Poder Judicial Federal. En ese ambiente de libertad, la Cuarta Sala, al presentar al juicio de la opinión pública sus primeros fallos, en una etapa crítica de nuestra convivencia, adquirió enorme prestigio y obtuvo de inmediato el reconocimiento y confianza de patrones y trabajadores. Tal fue el mérito de sus resoluciones.[10]

De esta manera, el general Lázaro Cárdenas, comenta lo siguiente:

> Ya en estas condiciones no será suficiente, en el presente caso, seguir los procedimientos de ejecución de sentencia que señalan nuestras leyes para someter a la obediencia a las Compañías Petroleras.

Se trata de un caso vigente y claro que obliga al Gobierno a aplicar la Ley de Expropiación en vigor, no sólo para someter a las Compañías Petroleras a la obediencia; sino que habiendo quedado rotos los contratos de trabajo entre las Compañías y sus trabajadores por haberlo así resuelto las Autoridades del Trabajo, de no ocupar el gobierno las instalaciones de las compañías, vendría la paralización inmediata de la industria petrolera, ocasionando esto males incalculables al resto de la industria y a la economía general del país.

En tal virtud, al expedir el Decreto que corresponde, se han mandado ejecutar sus conclusiones, dando cuenta de este manifiesto, al Pueblo de mi Patria, de las razones que se han tenido que proceder así y demandar de la Nación entera, apoyo moral y material necesarios, para afrontar las consecuencias de una determinación que no hubiéramos usado ni buscado por nuestro propio criterio....[11]

10 Suprema Corte de Justicia de la Nación, *La Suprema Corte de Justicia y el pensamiento jurídico*, México, 1985, p. 90.

11 *Ibidem*, p. 53.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Por último, debemos señalar la gran trascendencia jurídica y social, y porque no, económica que tuvo como consecuencia la expropiación petrolera en nuestro país, para el bienestar de la clase trabajadora y el desarrollo de la sociedad, para el mejoramiento de las condiciones de vida de la colectividad.

En general, podemos comentar, que los aspectos relacionados a la seguridad social, se encuentran inmersos bajo la protección de las instituciones que se han venido creando a lo largo de la historia, entre las que encontramos al Instituto Mexicano del Seguro Social, creado en 1943, que, por el volumen de renglones que atiende, y por el número de sus asegurados y beneficiarios tiene gran importancia; dicha institución tiene entre sus principales funciones, la implantación del régimen de seguridad social que precisa la afiliación obligatoria de patrones, trabajadores y beneficiarios, para definir las ramas del seguro a los que son derechohabientes.

Después de concienzudos estudios, prolongadas sesiones de trabajo, innumerables consultas públicas, y de recoger los puntos de vista de voces autorizadas en materia de seguridad social, quedó elaborada la iniciativa de ley (del IMSS) a finales de 1942, a propuesta de su fundador y baluarte el general Manuel Ávila Camacho, misma que fue aprobada por el Congreso de la Unión el 29 de diciembre de ese mismo año, siendo publicada el 19 de enero de 1943 en el *Diario Oficial de la Federación*.

En el sexenio del presidente Adolfo Ruiz Cortines, se reforma la ley del instituto, y se sientan las bases para implementar el régimen de seguridad social a los trabajadores del campo, se expide el reglamento y se implementa el servicio en los, ahora, estados de Baja California, Sonora y Sinaloa.

Otra institución, de no menor importancia, es el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (ISSSTE), creado en 1960 bajo la presidencia de Adolfo López Mateos, cuya función consiste, entre otras cosas, la de otorgar créditos para la adquisición de casas o terrenos, destinadas a la habitación familiar del trabajador, creación de sistemas de protección al salario, a través de tiendas, viviendas económicas en arrendamiento pertenecientes al instituto; préstamos hipotecarios, sistema de ahorro para el retiro, etcétera.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Podemos decir que el antecedente de mayor relevancia que dio origen a la creación del ISSSTE, es la llamada Dirección General de Pensiones Civiles y de Retiro, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 9 de agosto de 1925 con el presidente Plutarco Elías Calles (Ley de Pensiones y Retiro).

En 1946 se modifica la ley, incorporando a otros grupos de empleados públicos, así como a los veteranos de la Revolución. En 1947 se promueve una nueva Ley de Pensiones Civiles, que es aprobada por el presidente Miguel Alemán, y en diciembre de 1959, con el entonces presidente Adolfo López Mateos, se adiciona el apartado B, del artículo 123 constitucional, donde se incorporan las garantías para los trabajadores del Estado, quedando oficialmente como Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, Reglamentaria del apartado B, del Artículo 123 constitucional.

Por otra parte, en 1976, el titular del Poder Ejecutivo de la Nación, el presidente Luis Echeverría Álvarez, ampliando el campo de los derechos de la seguridad social y a la seguridad social, para convertir el sistema mexicano a un sistema integral, incorporó a los Institutos de las Fuerzas Armadas Mexicanas, a saber, aire, mar y tierra, a las cuales, identificó e incorporó a las fuerzas vivas de la nación, como son los trabajadores urbanos y rurales (campesinos), de donde originalmente emanaron las fuerzas militares mexicanas que participaron en el movimiento revolucionario (ejército mexicano); fue por ello que existía la urgente necesidad de otorgar y aplicar la justicia social y conmutativa a este importante sector de la sociedad (el castrense).[12] Fue con ello que se creó, en 1976, el Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas (Issfam).

Como antecedente de este instituto, encontramos la llamada Ley de Pensiones y Montepíos Militares del 7 de junio de 1887, con el entonces presidente general Porfirio Díaz, y con su correspondiente Secretario de Guerra y Marina, general Pedro Hinojosa.

Finalmente, podemos decir, que todas las instituciones de seguridad social están encauzadas al mejoramiento de las condiciones de

12 Universidad Nacional Autónoma de México, *Diccionario jurídico sobre seguridad social*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994, p. 265.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

vida de los trabajadores; entre ellas encontramos una que no podemos dejar de mencionar por su gran importancia, siendo esta, el Instituto del Fondo Nacional para la Vivienda de los Trabajadores (Infonavit), el cual fue creado por medio de la Ley del Congreso de la Unión publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 24 de abril de 1972, entrando en vigor el 1o. de mayo de 1973.

III. Conclusión

Por lo anterior, cabe mencionar y recordar al ilustre maestro Jesús Silva Herzog, que con justa razón comenta:

> Todo hombre aspira a mejorar sus condiciones de existencia con repetida terquedad. No importa que se fracase una y muchas veces. Hay un venero de esperanzas inagotables y recóndito, que nacen en un rincón de la conciencia y fluye silenciosamente hasta invadirla al ancho cause reparador.[13]

IV. Bibliografía

Portes Gil, Emilio, *La lucha por el petróleo en México*, México, 1977.

Silva Herzog, Jesús, *En defensa de México*, México, Nueva Imagen, 1984, t. I.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, *La Suprema Corte de Justicia y el pensamiento jurídico*, México, 1985.

Universidad Nacional Autónoma de México, *Diccionario jurídico sobre seguridad social*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994.

[13] Silva Herzog, Jesús, *En defensa de México*, México, Nueva Imagen, 1984, p. 19, t. I.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

LAS MUTACIONES DEL DERECHO DEL TRABAJO

Carlos Reynoso Castillo*

Sumario: I. *Introducción*. II. *Las mutaciones estructurales*. III. *Las mutaciones de la relación de trabajo*. IV. *Las mutaciones colectivas*. V. *Conclusiones*.

I. Introducción

Hace algunos años, cuando terminaba mis estudios de licenciatura en derecho, tuve el privilegio de escuchar al doctor Hugo Ítalo Morales disertando sobre las novedades legislativas e implicaciones que traería la recién publicada reforma procesal de 1980; su lucidez y la firmeza con la que exponía sus ideas, me dejaron gratamente impresionado, y al paso de los años se convertiría, por lo menos para quien escribe estas notas, en una referencia obligada en el panorama doctrinario del laboralismo nacional. Por ello, nos sentimos muy honrados para atender la amable invitación que nos hiciera la Sociedad Mexicana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, por conducto de su presidenta la doctora Patricia Kurczyn Villalobos, para rendir homenaje a un destacado abogado y formador de muchas generaciones de laboralistas, y a quien le debemos, entre otras cosas, ser parte del lustre que ha tenido el derecho del trabajo en las últimas décadas.

Consciente del gran compromiso que implica escribir un trabajo, en homenaje a un maestro, y el reto que ello conlleva, hemos considerado conveniente no detenernos en la tarea de describir tal o cual capítulo o institución jurídica de la legislación laboral;

* Profesor en la Universidad Autónoma Metropolitana

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

sino mas bien, compartir con los lectores una reflexión amplia del marco jurídico laboral actual, en la cual deseamos centrar nuestra atención en los cambios y manifestaciones de transformación que está teniendo en estos tiempos el derecho del trabajo, de quien el doctor Hugo Ítalo Morales ha sido un destacado cultor. Para ello, hemos querido plantear nuestras ideas en tres grandes direcciones: *1*) que busca analizar los cambios que se vienen dando en todo la estructura del sistema normativo laboral, ideas a las que hemos denominado mutaciones estructurales; *2*) los cambios en la relación de trabajo propiamente dicha, exploradas bajo el subtítulo de mutaciones de la relación de trabajo; y *3*), un breve vistazo a los cambios en los denominados derechos colectivos.

Estas son las ideas que, como guía, permitieron darle cuerpo al presente trabajo en sus tres partes.

Si bien el término mutación tiene su origen en la biología, en este trabajo se ha querido evidenciar con este los cambios que se vienen dando en varios de los apartados o capítulos del derecho del trabajo en países como México. Hay que recordar que si bien las mutaciones en los organismos no siempre son reversibles y forman parte muchas veces de la misma evolución de los seres vivos, en el caso de las normas laborales, no estamos aún seguros de si estamos en presencia de mutaciones temporales o definitivas, las cuales, sólo el tiempo nos permitirá identificar con tal o cual carácter. Por ahora, el sentido que aquí se le quiere dar a la palabra, es simplemente denotar la idea de cambio y transformación, sin que en este momento se haga una valoración o calificación de ellos. De cualquier manera, nos parece que una de las deudas actuales que tiene la doctrina laboral, por lo menos en México, es la falta de un análisis integral que permita estudiar y entender los cambios que está viviendo la normativa laboral; en ese sentido, consideramos que es necesario avanzar hacia la construcción de lo que podríamos denominar, como una teoría de las mutaciones, que nos ayude a identificar los grandes ejes que hoy en día orientan la evolución del derecho del trabajo. Desde este punto de vista, estas líneas deben ser vistas simplemente como una preliminar aproximación a tales propósitos.

Como puede verse, el uso de una palabra como la que lleva el título de esta colaboración, no es unívoca, y pretende llamar la

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

atención de los laboralistas sobre los cambios que está experimentando esta rama jurídica, y respecto de los cuales, no sólo conviene alimentar su análisis y debate, sino incluso, idear cuál debiera ser su futuro a partir de reflexiones y propuestas de adecuación.

II. Las mutaciones estructurales

Cuando tomamos distancia para estudiar al derecho del trabajo, advertimos un edificio, más o menos estructurado, cuya construcción data de hace no mucho tiempo, pero que coincidió con una serie de acontecimientos que marcarían la concepción política, social y filosófica de la humanidad. El triunfo del liberalismo durante el siglo XVIII y XIX, que tenía como elementos factuales el advenimiento de una nueva manera de organizar la economía, permitieron que las constituciones políticas que se adoptaron en el mundo fueran los espacios en los que se reivindicarían los derechos humanos, como reacción a los regímenes que los negaban y desconocían; de esta manera, con una organización económica basada en el lucro, la defensa de las libertades del individuo, permitieron que en los espacios de trabajo, se reivindicara la igualdad entre quienes ofrecían trabajo y los que lo aportaban. Esta situación creo una serie de injusticias basadas en esa ficción de igualdad, que si bien tenía una construcción perfecta en lo formal, no se correspondía con la realidad, dando lugar a una serie de injusticias que serían la simiente de las primeras reivindicaciones obreras, motor de lo que, años más tarde, serían las primeras normas protectoras de los trabajadores y posteriormente del derecho del trabajo todo.

El derecho del trabajo nació como un proyecto equilibrador e igualitario que buscaba ofrecer un marco jurídico propicio para el desarrollo económico, teniendo como base, diversos conceptos filosóficos de justicia, y en todos ellos, se justificaría la necesidad de reglas que permitieran relaciones laborales humanizadas. Esta historia del surgimiento de las normas laborales, contada por un historiador del derecho del trabajo, tendría, por lo menos un gran momento culminante y estelar, y que sería aquél en donde el mundo del derecho privado es vencido, para dar origen al mundo nor-

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

mativo que se alejaba de los conceptos propios del derecho privado; se trataba de la victoria de una nueva normativa justiciera como serían presentadas las normas del trabajo, frente a las egoístas garras del derecho civil, cuya frialdad habría sucumbido a los nuevos conceptos del trabajo. Los laboralistas verían, no sólo la razón de su existencia, sino también "el parto de los montes", que daría lugar, años más tarde, a toda una nueva rama jurídica, plena de vigor y autonomía. En esta historia se presentarían, como ganadores, a los principios, por ejemplo, de la norma más favorable al trabajador, frente a la igualdad de las partes, la autonomía acotada de la voluntad de las partes, frente a una autonomía sin límites, etcétera.

Se trataba del "nuevo derecho" al cual, metafóricamente se referían autores como Georges Schelle en 1922, como aquél adolescente vigoroso y en pleno desarrollo,[1] que encarnaba las mas sentidas ambiciones de un amplio sector de la población, como los trabajadores hacia la construcción de un marco jurídico, especialmente humanista.

Estas ideas sobre la naturaleza y rasgos que distinguen el derecho del trabajo no han sido ajenas al pensamiento del doctor Ítalo Morales; hay que recordar como al paso de los años, en la exposición de su pensamiento y sus conceptos, enfatizó por lo menos dos ideas; por un lado, la necesidad de proteger el empleo como una premisa indispensable, sin la cual, el derecho del trabajo carece de sentido, y por otra, la necesaria vinculación que, desde su punto de vista, debe de haber entre el entorno y la situación económica, por una parte, y los derechos y garantías de los trabajadores por el otro:

> Debemos inferir luego entonces que esta disciplina tiene por objeto la creación, desarrollo y el fomento de las relaciones de trabajo, las cuales sólo son posibles si existe previamente la fuente de labores. Basados en estos antecedentes no debemos olvidar que la ciencia económica influye en forma determinante en estos principios y todo centro de producción en tiempo de bonanza debe repartir equitativamente con su personal las ganancias. Pero también a la

[1] *Cfr*. Barbagelata, H. H., *El particularismo del derecho del trabajo*, Montevideo, FCU, 1995, p. 9.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

> inversa en periodos de crisis las condiciones de trabajo deben ajustarse a las circunstancias financieras y posibilidades de la empresa.[2]

Esta manera de ver la necesaria adecuación de las normas del trabajo, plantea para los expertos, retos en el análisis del mundo del trabajo, en donde la historia sobre las normas laborales como una historia sólo de conquistas y logros irrenunciables, no siempre es vista de esa manera. El argumento del doctor Ítalo Morales plantea un debate, siempre latente, en la doctrina iuslaboralista, a saber este estrecho nexo entre las normas laborales y otras condiciones en las cuales pretende aplicarse, y de manera particular en el entorno económico;[3] de esta manera, Ítalo Morales participa de una tendencia del laboralismo latinoamericano, en el cual, se hace un llamado y pone el énfasis en la necesidad de que las normas laborales, y los análisis que se hagan sobre las mismas, deben mantener

2 *Cfr*. Morales Saldaña, H. I., "Comentarios sobre la necesidad de reformar la Ley Federal del Trabajo", conferencia sustentada por el doctor Hugo Ítalo Morales Saldaña, Tuxtla Gutiérrez y Tapachula, Chiapas, 2 y 3 de marzo de 1990.

3 Al plantear las cosas de esta manera, la evolución de las normas del trabajo así como su eventual modificación e interpretación, parecieran situarse ante la necesidad de incorporar el ingrediente económico y sociológico que no siempre está presente en los análisis de la dogmática jurídico laboral, pero que permite enfrentar de manera directa el análisis de la realidad laboral en un país como México. *Cfr*. Etala, C. A., *Interpretación y aplicación de las normas laborales,* Buenos Aires, Astrea, 2004, pp. 9 y ss.

En algunos estudios sobre contexto, en el cual se vienen dando esta serie de cambios a los derechos sociales que se habían adoptado, sobre todo, después de la Segunda Guerra Mundial, en muchas partes del mundo, se señala que este escenario se caracteriza por impulsar las ideas del neoliberalismo, entendido como "...una perspectiva económica, filosófica y política del funcionamiento de la economía y la sociedad, que se expresa en lineamientos de una política económica, que desde una perspectiva, de la teoría economicista y el discurso político asume que, para el funcionamiento adecuado del capitalismo, es imprescindible la libre actuación de las fuerzas del mercado". *Cfr*. Ramírez López, B., "Neoliberalismo, derechos sociales y reformas a la seguridad social", en Ruiz Moreno, G. (coord.), *El derecho social en México a inicios del siglo XXI*, México, Porrúa-U. de G., 2007, pp. 285 y ss.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

la objetividad respecto del contexto y realidad en donde pretenden ser aplicadas.[4]

Esta historia de un derecho del trabajo casi mítico contada una y mil veces y de muy diversas maneras, según el país de que se trate, pareciera estar siendo hoy revisitada, y por lo menos, severamente cuestionada por la realidad laboral. Son varias las manifestaciones tangibles de estas mutaciones, aunque por ahora quisiéramos referirnos a una que tiene que ver precisamente con esa historia secuencial y cronológica, en donde las normas laborales dejarían en el lejano horizonte a las normas privadas para encontrar una vía de surgimiento y fortalecimiento. Cuando nosotros estudiamos cuáles han sido las principales modificaciones a las leyes y códigos laborales de buena parte del mundo en los últimos 30 años, nos queda la impresión de que, una línea conductora de dichos cambios ha sido precisamente el intento por regresar y retomar los principios y reglas del derecho privado. El derecho del trabajo confrontado a un contexto de globalización, en donde su aplicación presenta severas dificultades, pareciera estar siendo rescatado por los civilistas, quienes hace unos 100 años, habrían claudicado al dejar las relaciones laborales en manos de una disciplina, como la laboral, la regulación jurídica de las relaciones obrero patronales. Muchos son los ejemplos que muestran este regreso a los criterios civilistas, plasmados en reformas laborales de los últimos años, como el intento por rescatar la forma y contenidos de los contratos individuales, la búsqueda por reestablecer la unilateralidad en la definición de las condiciones de trabajo, el remozamiento de los diferentes mecanismos legales para disolver la relación laboral, solo por mencionar algunos casos; y que son muestra de que la añeja teoría de las obligaciones del derecho civil, está de regreso, lo cual, sin duda

[4] Algunos autores, al referirse a este aspecto lo hacen señalando que "El jurista y mas concretamente el juslaboralista, no puede enclaustrarse, ni menos todavía caer, en la especulación nihilista de la ciencia por la ciencia misma. Tampoco puede en su carácter de docente, comprometer la cátedra en las luchas ideológicas y partidistas, ni ponerla al servicio de determinados intereses de hombres o grupos, por muy sanos y elevados que sean los propósitos que los guíen". *Cfr*. Napoli, R. A., *Desarrollo, integración y derecho del trabajo. Estudio esquemático para América latina*, Buenos Aires, Astrea, 1972, p. 72.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

ha sido favorecido por la ausencia de nuevos conceptos propios del derecho del trabajo que permitan dar cuenta de las nuevas realidades económicas en el mundo del trabajo.

Sin embargo, tal vez esta cronología sobre la evolución de la normativa laboral, no siempre ha correspondido a la realidad, ya que, cuando tratamos de ver de cerca estas normas, no sólo en su diseño legislativo, sino también en su interpretación, nos damos cuenta que las normas civiles tal vez nunca se fueron del todo del mundo laboral, y que por el contrario, están ahí coexistiendo con las normas del trabajo, como una omnipresencia constante, a veces de forma discreta, y otras, de manera más palpable. Es por eso, que hoy en día cobra más vigor la afirmación de que la autonomía del derecho del trabajo es un concepto relativo.[5] Esta relatividad, viene dada, no sólo por la necesidad de aceptar que hay una unidad de todo un sistema jurídico, y que en ese sentido, una rama del mismo no puede verse y aplicarse de manera aislada con conexiones y relaciones, con el resto de las ramas del derecho, sino también porque algunas legislaciones laborales reconocen de manera expresa esa presencia del derecho privado en el mundo del trabajo, en ocasiones, por ejemplo, bajo la forma de una aplicación supletoria.

En el caso mexicano contamos con una situación paradójica, hay que recordar, por ejemplo, que el artículo 17 de la Ley Federal del Trabajo, al ocuparse de la integración del derecho del trabajo, señala que a falta de disposición expresa en diversas normas, se estará a las disposiciones que se ocupen de casos semejantes, a los principios generales, y en particular, a aquellos que derivan de la Constitución (artículo 123), la jurisprudencia, costumbre y equidad, descartando de esta manera al derecho común como fuente supletoria del derecho sustantivo y procesal del trabajo, tal y como lo han señalado algunos laboralistas;[6] sin embargo, la presencia de los términos (como contrato, rescisión, etcétera), como de la

5 *Cfr*. Mangarelli, C., *Aplicación supletoria del derecho civil en el derecho del trabajo. Doctrina y jurisprudencia*, Montevideo, FCU, 2000, p. 17.

6 *Cfr*. Trueba Urbina, A. y Trueba Barrera, J., *Ley federal del trabajo. Comentarios, prontuario, jurisprudencia y bibliografía*, México, Porrúa, 2008, p. 31.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

interpretación basada en el derecho común es a veces normal y recurrente en las decisiones judiciales.

En los tiempos de crisis, ha sido el derecho privado, el que ha venido al rescate de la empresa, para reinsertar el mundo de lo privado en las relaciones laborales, actualizando de esta manera un debate, entre lo público laboral y lo privado, que suponíamos, según los viejos libros de los laboralistas, que se había quedado en el siglo XIX.

Para algunos autores, este desplazamiento de la normativa dirigida a las relaciones laborales hacia el derecho privado, se traduce en una huída del derecho del trabajo de ciertos terrenos, que normalmente le eran propios, lo cual, se ha traducido en un achicamiento del campo de aplicación personal de las normas laborales, con las consiguientes consecuencias de desprotección para las personas inmersas en esas relaciones de trabajo: pero, cabe anotar también que ese debilitamiento le viene dado, por factores, no sólo internos, sino externos, sin duda, el más importante es el crecimiento desmedido del denominado elegantemente sector informal de la economía, donde las normas del derecho social, son desconocidas. En algunos países latinoamericanos, la atención a este amplio sector ajeno al derecho del trabajo, ha sido objeto de una normatividad que busca, mínimamente, ofrecer algún tipo de protección, se trata de un esfuerzo loable, que en el caso mexicano ha sido incipiente.

Pero, hablando de cambios estructurales, no podemos dejar de mencionar algunas variantes que se vienen presentando en un tema clave, como lo son las fuentes del derecho del trabajo; en efecto, decían los clásicos, se construye y nutre a partir de las fuentes que le dan origen. Esas fuentes, hay que recordar, son los mecanismos formales que el mismo derecho reconoce y acepta como creadores de los derechos y sus normas específicas. En el caso del derecho del trabajo esas fuentes, siempre tuvieron algunos capítulos y rasgos que le eran propios y que, por su propia naturaleza, tenían gran singularidad:

Actualmente los cambios en materia de fuentes del derecho del trabajo se manifiestan, por lo menos en dos vertientes; por un lado, el desarrollo desigual de sus fuentes formales, y por otra, la aparición de fuentes periféricas. En el primer caso, hay que recordar

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

que muchos rubros tradicionales, hablan de la existencia de diversas fuentes formales, como son las normas internacionales, normas constitucionales, leyes reglamentarias, reglamentos, jurisprudencia, contratos propios a la materia laboral (contratos colectivos, contratos ley y contratos individuales). Es el caso que, en los últimos años, el desarrollo de cada una de estas fuentes ha sido diferente, así tenemos que, dado el dinamismo propio y acrecentado del derecho del trabajo, ha sido la jurisprudencia una de las fuentes en donde podemos constatar una serie de cambios que muestran en muchas instituciones laborales, una verdadera transformación de sus conceptos, tal es el caso de los conceptos de salario y salario integrado, huelga, etcétera. En materia de contratos individuales de trabajo, por ejemplo, y con ellos las diferentes modalidades legales de acceso al empleo, como comentaremos más adelante, hoy en día son la muestra de cambios significativos, tanto cuantitativos, como cualitativos. Esta situación puede ser contrastante con los cambios en fuentes tan importantes como las normas laborales constitucionales o las mismas leyes reglamentarias de esas mismas normas.

Estos cambios desiguales en las fuentes del derecho del trabajo, cuya constante transformación, son históricamente parte de sus características, pueden crear la apariencia y la ficción, para aquellos poco observadores del edificio normativo laboral, que nuestra disciplina se encuentra inamovible, y planteando la necesaria modificación de la normativa sobre el trabajo.

Esta situación, se puede advertir de manera clara en el caso de México, en donde, desde hace años, uno de los debates importantes en el mundo laboral, es el relativo a la reforma laboral, y donde se plantean una serie de modificaciones puntuales, respecto de las cuales ha costado mucho trabajo a los legisladores ponerse de acuerdo, pero que puede hacer creer que el derecho del trabajo no ha cambiado, desde hace muchos años. Frente a esta engañosa percepción, habría que señalar que, si bien es cierto, podemos, en el caso de México, estar o no de acuerdo, con determinadas propuestas de cambio a la legislación laboral, lo cierto es que la gran mayoría de las propuestas se refieren sólo a algunas de las fuentes del derecho del trabajo, el cual, por su propia naturaleza, no siempre espera a que se modifiquen algunas de sus fuentes mas importantes, como lo son

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

las normas constitucionales y sus leyes reglamentarias, y que sus cambios se han venido dando en otras de sus fuentes no menos importantes, como la jurisprudencia y los contratos.

Pero el derecho del trabajo ha sufrido cambios por medio de otros mecanismos normativos o periféricos que hace años, o eran desconocidos o simplemente no tenían la importancia que hoy pueden tener, tal es el caso de las Normas Oficiales Mexicanas (NOM). Las NOM, son regulaciones técnicas que incluyen determinada información, requisitos o especificaciones que sirven como parámetros para regular y vigilar el cumplimiento de operaciones o actividades en el país; estas se ocupan de diferentes temas, entre los cuales están los laborales, así tenemos por ejemplo aquellas relativas a condiciones de seguridad de los centros de trabajo, en actividades agrícolas, sustancias químicas, comisiones de seguridad e higiene en el trabajo, trabajo en minas, condiciones de iluminación, etcétera;[7] de alguna manera, en esta circunstancia estarían también los conocidos códigos de conducta, que han venido poco a poco a formar parte de la normativa empresarial, y en los cuales, es común encontrar obligaciones y derechos de carácter laboral.

Inmersos en este panorama, por demás ambiguo, estas normas, cuyos rasgos no siempre reúnen las características propias de una norma tradicional, a saber contar con supuestos normativos, y en su caso, sanciones, ante el incumplimiento de esos supuestos, para algunos estamos en presencia de un derecho blando, o del *cuasi* derecho, por medio del cual, se ha venido tratando de atender, dentro y fuera de las empresas, una serie de situaciones que por diversas razones no pueden ser reguladas por el derecho tradicional; estos códigos de conducta o de ética, la mayoría de los cuales son declaraciones unilaterales de voluntad de instituciones, organizaciones o empresas, por medio de los cuales asumen una serie de compromisos de comportamiento y/o de cumplimiento de algunas reglas en temas sensibles para la sociedad, como por ejemplo, no discriminación, respeto a las mujeres, menores, migrantes, etcétera.

7 Las NOM tienen como fundamento a la Ley Federal sobre Metrología y Normalización (*Diario Oficial de la Federación*, 1o. de julio de 1992), y han permitido la adopción de mecanismos novedosos para su adopción.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Estos compromisos se asumen muchas veces, como parte de una estrategia mercadológica de las empresas frente a los mercados, como una manera de mostrar su preocupación por determinados temas.

El tema sin duda es interesante por muchas razones, pero de manera destacada, por lo que se refiere a aquellos casos en donde se ocupan y abordan temas de carácter laboral; en el caso de empresas cuyo radio de acción, va mas allá de las fronteras de un país, y asume una importancia mayor, ya que, ante la dificultad jurídica por regularlas, por el hecho de que dichas empresas se encuentran asentadas en diferentes países, y en consecuencia, inmersas en varios órdenes jurídicos nacionales, este tipo de normas o códigos han venido ganando terreno y relevancia en los últimos años a nivel internacional, incluso bajo el auspicio y promoción que de ellas han hecho organismos internacionales. Si bien todas estas nuevas reglas tienen un impacto en el mundo laboral, por lo que se refiere a los derechos colectivos, asumen diversos efectos, entre los que están la dificultad que plantea para los sindicatos formar parte de los mecanismos de adopción de estas nuevas normas, las cuales transitan por caminos ajenos a los códigos de trabajo; sobre el particular, el doctor Ítalo Morales ha dicho:

> La adopción de normas voluntarias de política laboral en las empresas no representa una solución fácil, y su eficacia depende de múltiples circunstancias. Por tal motivo, deben examinarse las condiciones particulares en cada caso para tomar la decisión más viable, en beneficio de los afectados.
>
> Toda inversión que se traduzca en la creación de fuentes laborales debe fomentarse en cualquier punto que se establezca, sin dejar de considerar los riesgos que esto implica; sin embargo, en un mundo globalizado la responsabilidad social de todas las empresas es creciente y no puede soslayarse.[8]

[8] *Cfr*. Morales S., Hugo Ítalo, "Responsabilidad social de las empresas multinacionales. Los códigos de conducta laborales y su seguimiento privado", en Kurczyn Villalobos, Patricia (coord.), *Evolución y tendencias recientes del derecho del trabajo y de la seguridad social en América*, México, UNAM, 2006, p. 351.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Se trata sin duda, de normas que, de una u otra manera, han venido a mover el panorama del esquema tradicional de las fuentes del derecho del trabajo, las cuales, si bien, en la mayoría de los casos, pueden considerarse técnicamente como declaraciones unilaterales de voluntad, hoy son parte de las mutaciones en el mundo del trabajo y forman parte del paisaje laboral internacional.

Se trata finalmente de reglas que forman parte de la vida cotidiana de las empresas, sin que hayan avanzado por los caminos tradicionales de adopción de normas, para ser puestas en vigor.

En materia constitucional, por lo menos en México, están sucediendo cosas, no sólo interesantes, sino de gran trascendencia; hay que recordar, que el derecho del trabajo tiene fundamentos constitucionales que le dan sustento en todo el mundo, en el caso mexicano son varios los artículos constitucionales que han servido de base para su consolidación; el artículo 5o., 133, 135, etcétera; pero, sin duda el más importante es el artículo 123, en el cual, desde 1917, se sentaron las bases de desarrollo durante todo el siglo XX en México. Curiosamente, éstos artículos, en los últimos años, no han sufrido trasformaciones importantes; sin embargo, ha sido la modificación reciente de otros artículos de la misma Constitución en los que si se han hecho modificaciones y reformas que están impactando de manera importante al derecho del trabajo. De momento, sólo destacaríamos dos de esos cambios, como son la reforma constitucional de 2011 en materia de derechos humanos, y la reforma constitucional de este mismo año en materia de amparo. En el primer caso vale la pena anotar que se reformaron diferentes disposiciones constitucionales, todas ellas teniendo como eje la incorporación de manera decidida de los derechos humanos al texto constitucional. En lo sucesivo, dice el nuevo artículo 1o. constitucional:

> En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Como puede verse, este nuevo texto constitucional, amplía de manera significativa el espectro de derechos protegidos para las personas; esta novedad adquiere un significado trascendente, pero en alguna medida, incierto en materia laboral, ya que es necesario saber cuales son los derechos humanos que se encuentran reconocidos en normas internacionales que tratan aspectos laborales; y, señalamos que hay cierta incertidumbre, ya que no queda claro, por lo menos en la doctrina y en la jurisprudencia nacional, cuáles son los derechos humanos laborales, ni mucho menos, los que ya se encuentran reconocidos en normas internacionales, y que hayan sido ratificadas por el Senado de la República.

La referencia y anotación que hacemos del tema en estas notas, tiene el sentido de señalar que, con esta trascendente reforma constitucional, los contenidos del derecho del trabajo en México, en los próximos años, serán objeto de importantes transformaciones por la vía de la interpretación jurisprudencial; si bien es cierto que la jurisprudencia siempre ha jugado en materia laboral un papel de gran relevancia, nos parece, y esto será una hipótesis que solo el tiempo desmentirá o avalará, está llamada a jugar un papel de mayor trascendencia en la evolución de la normativa laboral, dándosele un papel sólo comparable con sistemas jurídicos de origen anglosajón.

Junto a esta reforma, debemos anotar otra que modifica algunos fundamentos constitucionales en materia de juicio de amparo; en efecto, entre otros cambios, la reforma introduce la idea de que el amparo será procedente cuando se violen derechos humanos reconocidos en tratados internacionales de los que México sea parte. Este fortalecimiento de la incorporación de la normatividad internacional al espacio nacional, constituye un avance hacia la plena vigencia de las normas laborales internacionales, con lo cual, estas normas serán sin duda un catalizador hacia la adecuación de las normas laborales en nuestro país.

Pero, esta reforma al texto del artículo 1o. de la Constitución, habrá que verla junto con la reforma a otros de los textos constitucionales, como es el caso de la reforma al apartado B, del artículo 102 constitucional, en virtud del cual, en lo sucesivo, las comisiones de derechos humanos podrán conocer de asuntos laborales. Hay que recordar que estos organismos autónomos, desde su crea-

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

ción, les estaba señalado expresamente que no eran competentes en materia laboral; pues bien, esa prohibición ha quedado eliminada. Este cambio tiene una gran significación, ya que se asume entonces que existen asuntos en materia laboral que pueden involucrar la violación de derechos humanos de los trabajadores. Si bien es cierto, desde hace años estas comisiones habían conocido de manera excepcional y marginal, asuntos y quejas en los cuales los trabajadores denunciaban dilación en la tramitación de sus asuntos ante algunas autoridades laborales; hoy, esos temas ya no serán excepcionales, y conocerán de otras posibles hipótesis.

Por ahora, la gran duda es, respecto de quiénes serían los potenciales violadores de derechos humanos en materia laboral; y por otra parte, qué tipo de conductas derivarían en la intervención de estos organismos. En el primer caso, la misma Constitución señala que se trata de actos de autoridad o servidores públicos, y en el segundo aspecto, se trataría de actos de naturaleza administrativa; de esta manera, la reforma atiende de manera parcial el tema de las posibles violaciones de los derechos humanos de los trabajadores, al seguir en la lógica, de sólo atender las violaciones por actos de autoridad, y dejando de lado las eventuales violaciones que se dan en los centros de trabajo, en el día a día, en la ejecución cotidiana de las relaciones laborales. Como quiera que sea, en el horizonte laboral se avizoran los pronunciamientos de las comisiones de derechos humanos por medio de sus recomendaciones, las cuales si bien no tienen las mismas características y naturaleza de una sentencia o laudo, sin duda habrán de tener un impacto en la manera en que se aplique el derecho del trabajo en algunos temas particularmente controvertidos (libertad sindical, equidad, etcétera).

Como podemos ver, la Constitución mexicana esta modificando de manera mediata e indirecta al derecho del trabajo, sin que la mayoría de los laboralistas lo vean así; seguimos creyendo, al paso de los años, que nuestro derecho constitucional del trabajo, inicia y acaba en el artículo 123; sin embargo, los años por venir, habrán de mostrar que esto, hoy mas que nunca, es equivocado.[9]

[9] La inclusión de los derechos humanos en la terminología laboral, fue un referente que podemos encontrar en algunos estudios sobre los orígenes del de-

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

III. Las mutaciones de la relación de trabajo

La relación de trabajo, entendida como la concreción de un trabajo personal y subordinado, fue considerada desde mediados del siglo pasado, como el referente objetivo a partir del cual el derecho del trabajo desplegaba toda su manto protector; hoy, este concepto, es en donde, tal vez, se advierten con mayor crudeza, algunas de las mutaciones que están cimbrando el edifico laboral, en varios de sus niveles; detengámonos en algunos de esos cambios.

Por ejemplo, en materia de acceso al empleo, los cambios han sido variados; sin embargo, hay que anotar que, de origen, el análisis por parte de los laboralistas, enfrenta ciertas limitaciones, ya que, si bien la normativa laboral se ocupa de las diferentes maneras y modalidades en que puede nacer jurídicamente una relación de trabajo, lo cierto es que ese nacimiento se da muchas veces precedido o acompañado de otros procesos y circunstancias, en las cuales, el derecho del trabajo sólo se ocupa de manera limitada; es el caso de la selección, reclutamiento de personal, ofertas de empleo, etcétera.

Hay que recordar cómo el desarrollo económico de muchas economías, sobre todo durante la primera mitad del siglo XX, y parte de la segunda, permitieron el florecimiento de contratos de trabajo que presentaban ciertos rasgos de tipicidad, como eran, la clara definición de una jornada laboral, cercana a la legal, la duración indeterminada de los contratos como regla, la concreción de las facultades de mando del patrón en las labores cotidianas, la ubicación del espacio laboral, etcétera. Este panorama permitiría la construcción de un derecho del trabajo, que señalaba como sus pilares fundamentales a la estabilidad en el empleo, irrenunciabilidad de los derechos laborales, búsqueda de la equidad en las relaciones laborales, entre otros;[10] este esquema normativo, como es de entenderse,

recho del trabajo; sin embargo, se trata de una expresión que, a inicios del siglo XXI, tienen un significado más amplio y con implicaciones que, sólo con el paso del tiempo, los laboralistas podrán dimensionar.

10 *Cfr*. Pasco Cosmópolis, M., "Contratos de trabajo, economía informal y empresas de mano de obra", *Décimo encuentro iberoamericano de derecho del trabajo*, México, UNAM, 2006, p. 67.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

corresponde con economías que mantenían cierto crecimiento, y un papel del Estado empeñado en dotar a las relaciones laborales, de un marco normativo que permitiera, a la economía tener estabilidad. En el caso específico de esta, se trató de establecer en las normas laborales, la garantía de permanencia de las relaciones de trabajo, reconociendo la duración indeterminada de los contratos como la regla; y, a la duración determinada, como la excepción; sin embargo, este esquema, como bien lo ha señalado el doctor Ítalo Morales, se ha venido enfrentando a una realidad que lo ha ido adecuando:

> Durante largo tiempo se pensó crear un sistema de protección absoluta, pero las excepciones se multiplicaron e hicieron que perdiera la seguridad que debía representar el puesto definitivo; la fantasía se alejó cada vez más de la realidad y ha colocado a las partes en su verdadera dimensión, enfrentándolas con el medio económico, tecnológico, industrial, político y social que obliga a cambiar las reglas del juego.[11]

De esta manera, el derecho del trabajo, durante el siglo XX, construyó un esquema conceptual, con base en el cual, se regulaban las modalidades legales para que un trabajador se relacionara con el patrón; de esta manera, se habló primero del contrato de trabajo, y más tarde, de la relación de trabajo como las dos figuras emblemáticas por medio de las cuales un trabajador podría quedar legalmente vinculado a un patrón, y en consecuencia, ser acreedor de los derechos laborales; sin embargo, esas dos figuran han quedado rebasadas en más de un sentido, y se asiste a una explosión de estos conceptos, lo cual, se ha traducido en la mayoría de los casos en una creciente dificultad para encuadrar en ellas a las nuevas maneras en que se presta el trabajo. En el caso del contrato individual de trabajo, en ocasiones se asiste a una negación de la realidad, y en otras a la aparición de modalidades contractuales exóticas desconocidas por la normativa laboral. La negación de la realidad se presenta cuando la ley y los laboralistas niegan, por ejemplo, la exis-

11 *Cfr*. Morales Saldaña, Hugo I., "La estabilidad en el empleo. Una idea superada", *Revista Laboral*, México, SICCO, núm. 69, 1998, p. 41.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

tencia de los, desde hace años conocidos como, contratos a prueba, los cuales son una práctica cotidiana en los centros de trabajo, en ocasiones, apoyándose con el elástico fundamento que da el actual artículo 47, fracción I, de la Ley Federal del Trabajo, o usando disfraces de contrataciones de duración determinada que no se apegan a la normatividad.

En este panorama contractual, es interesante ver como se asiste también al vertiginoso regreso de las modalidades privadas de contratación; de esta manera el creciente número de contratos por servicios profesionales, de mandato y comisión mercantil, entre otros, empiezan a ocupar la escena laboral actual, desplazando al contrato de trabajo y excluyendo de esta manera el marco jurídico laboral, con la complacencia de las autoridades laborales.

Todas estas vicisitudes y cambios del contrato de trabajo permitirían, hacia finales del siglo XX, hablar de su atipicidad y precariedad, como rasgos que lo distinguen en estos tiempos. En este caso, el carácter atípico tiene que ver con el alejamiento de aquellos rasgos que formaban parte de sus rasgos distintivos, y la precariedad con el alejamiento de la duración indeterminada como regla general, para dar lugar de manera creciente a la duración determinada o limitada.

Por su parte, la figura de la relación de trabajo, que durante la segunda mitad del siglo XX fuera presentada en muchos códigos de trabajo como el concepto vanguardista y revolucionario por medio del cual, muchas personas que trabajaban, podían acceder a la protección del derecho del trabajo, por el sólo hecho de demostrar que prestaban un trabajo personal y subordinado para otra persona, sin necesidad de haber suscrito un contrato de trabajo, reafirmando de esta manera el principio de primacía de la realidad, según el cual, más allá de las formalidades, será la realidad y los hechos, en este caso la prestación del trabajo en ciertas circunstancias, las que determinarían la aplicación y exigibilidad de las normas laborales. La relación de trabajo, como figura de gran trascendencia en el esquema protector del derecho del trabajo ha sido desmantelada para que ahí, en sus entrañas, componentes y elementos básicos, se vaya difuminando su estructura y contornos, para irla dejando

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

poco a poco vacía y sin sentido. Hay que recordar que, históricamente se dijo, que uno de los elementos básicos en la delimitación y aplicación del derecho del trabajo, era que, en las relaciones laborales se presentaran ciertos elementos y características de manera objetiva, decía la jurisprudencia; entre esos elementos, aparecía de forma destacada la subordinación, entendida de manera dual como aquella posibilidad de que el patrón ordene y que el trabajador, en contrapartida, obedezca; este criterio, que sirvió durante muchos años a la aplicación del derecho del trabajo, parece confuso, oculto o francamente inidentificable.[12]

Tal vez una de las muestras mas evidentes y significativas de esta situación, sean fenómenos como la subcontratación y la tercerización, las cuales, se han convertido en mecanismos de relacionamiento laboral frente a los que, se dificulta la identificación de tales conceptos y elementos tradicionales como la subordinación, el lugar de trabajo, y de manera destacada, también el patrón o empleador. En efecto, en el caso del patrón (y por extensión, la misma empresa), su diseño jurídico en el mundo laboral lo ubicaba como aquella persona, ya sea física o moral, que contrataba trabajadores para que laboraran bajo sus órdenes; sin embargo, hoy se asiste, como dicen algunos, autores a una verdadera explosión de este concepto, en donde sus rasgos y características tradicionales ya no son tan fácilmente identificables.[13] En el caso de las empresas,

12 *Cfr*. Ermida Uriarte, O. y Hernández Álvarez, O., "Crítica de la subordinación", en Kurczyn Villalobos, Patricia y Puig Herández, C. A. (coords.), *Estudios jurídicos en homenaje al doctor Néstor De Buen L.,* México, UNAM, 2003, p. 269.

13 Hoy, sin embargo, esta generalizada coincidencia no existe más. En las últimas décadas se han producido transformaciones que han terminado por hacer estallar la forma centralizada y autárquica de la producción que la sustenta; y con ella, el modelo tradicional, o clásico de la empresa y del empleador, construidos a su imagen y semejanza. Los caracteres del cambio operado son a estas alturas bastante conocidos. La necesidad de adaptar las estrategias de gestión empresarial a un contexto cada vez más inestable y competitivo, ha conducido a la adopción de una nueva forma de organización basada en la segmentación de los procesos de producción y colaboración entre organizaciones empresariales, en principio, independientes, unas de las otras. Frente al tradicional predominio del modelo centralizado de empresa, basado en el control directo del entero ciclo de

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

varios autores han venido comentando en los últimos años cómo estas se enfocaron a nuevas estrategias de organización y gestión; en esa labor, sería la fragmentación de los ciclos productivos y la búsqueda de ventajas competitivas, lo cual sin duda se vio reflejado en las nuevas formas de organización en el interior de las empresas, y hacia fuera de las mismas, y sobre todo, en sus formas de relacionarse entre ellas.[14]

Frente a estas mutaciones objetivas, en la manera que asume el patrón en la vida económica de hoy, el derecho del trabajo aparece con retraso y muy obsoleto, en su intento por retratar las nuevas realidades, pregonando, por medio de muchos de sus cultores, un discurso nostálgico de que nada debe cambiar.

Se trata en conclusión, de una serie de fenómenos frente a los cuales, los laboralistas aparecen pasmados, y viendo el triste espectáculo que representa el hecho de que les vacíen y arrebaten de manera elegante, su materia de trabajo y objeto de estudio.

Pero los cambios no se ha quedado en la puerta de la empresa y en los primeros actos en la formación de la relación de trabajo, sino que han trascendido y entrado a la vida cotidiana de estas, y en la ejecución de esta de muy diversas maneras, por ahora, sólo señalemos la relativa a las prestaciones y a su pago. Efectivamente, desde hace años, el salario constituye la contraprestación simbólica y más significativa que recibía un trabajador por su trabajo; y en buena medida lo sigue siendo; sin embargo, la mutación que se advierte hoy, es que a lado del salario, han hecho su aparición otros conceptos que van teniendo un peso específico cada vez más importante en lo que recibe el trabajador por su trabajo, nos estamos refiriendo a conceptos como gratificaciones, bonos, etcétera, los cuales, recordemos, son reconocidos en la legislación laboral, pero como conceptos complementarios al salario, y no como algo, que en muchos casos

producción y su actuación autónoma respecto de las demás...". *Cfr*. Sanguineti Raymond, W., "Las transformaciones del empleador y el futuro del derecho del trabajo", *Revista de Derecho Social*, Buenos Aires, núm. 3, 2007, p. 50.

14 *Cfr*. Mugnolo, Juan P., "La empresa como estructura compleja", en Ackerman, M. A. y Tosca, Diego (comps.), *Las transformaciones de la empresa en el derecho del trabajo,* Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2007, p. 331.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

llega a tener un impacto mayor. En este tema, hay que señalar el gran papel que ha jugado la jurisprudencia al ver estos conceptos, antes complementarios, como aquellos que no integran, en la mayoría de los casos el salario, permitiendo de esta manera, avanzar hacia una disminución del costo de la fuerza de trabajo por la vía de la delimitación y acotamiento de conceptos como el de salario integrado.

Así mismo, la diversidad de las prestaciones es otro de los cambios que se advierten en las contraprestaciones que recibe el trabajador, temas como la productividad, forman parte de la terminología que usan los laboralistas, sin acabar de entender cuál es el contenido y alcance jurídico de estos términos. La productividad como tema de análisis, ha sido desde hace tiempo, recurrente entre los economistas, pero no con los laboralistas; la razón está en que, para un economista, incluso para un administrador, la empresa como instancia productora y reproductora de capital, constituye el espacio en donde se genera la riqueza, y esta cuenta con variables con las que se puede mostrar y verificar si tales objetivos se están o no alcanzando, una de las cuales, es precisamente la productividad; y es a partir de la importancia de este concepto, que otras áreas del conocimiento se han esmerado en dotarlo de un contenido claro, señalándole límites metodológicos para su alcance, además del mejoramiento y medición; sin embargo, salvo escasas referencias al tema en la legislación laboral, la productividad no había formado parte del glosario cotidiano de los laboralistas; tal situación está destinada a cambiar, y habrá que acostumbrarnos a hablar de productividad cada vez que hablemos de derechos obrero patronales, entre otras razones, por que ya en la vía de los hechos, y generalmente ajeno a las normas laborales, la productividad forma parte de los criterios, con base en los cuales, las empresas han empezado a organizar los sistemas de remuneración a los trabajadores a lado del concepto tradicional de salario.

Las mutaciones del derecho del trabajo han trascendido también a uno de los espacios de regulación jurídica, en donde, a manera de crisol, se conjugan y convergen las pasiones y los más encendidos debates entre los laboralistas y sus sujetos de estudio y asesoría, como lo es el relativo a la ruptura de la relación de trabajo; en efecto, la regulación de la disolución de la relación laboral es un terreno

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

en donde jamás podrá haber unanimidad y coincidencia, respecto de la manera de abordarlo jurídicamente; la razón es simple, se trata de la posibilidad de regular la negación de la esencia del derecho del trabajo, es decir, el trabajo mismo por medio de mecanismos que privarían a un trabajador de serlo.

El marco jurídico que intenta regular este evento traumático como es la ruptura de la relación laboral, se ha resquebrajando y debilitado. Hay que recordar, cómo en la segunda mitad del siglo XX, se construyeron conceptos como el de la estabilidad en el empleo, que tenían en las leyes y códigos de trabajo, un conjunto de disposiciones que, se decía, buscaban garantizar la permanencia de los trabajadores en su trabajo, y regular sólo de manera excepcional las formas, causas y mecanismos en que ese principio protector podría quebrarse. Los tiempos han cambiado, y estos relatos nostálgicos e históricos, en donde la prioridad era la protección del trabajo y los trabajadores, han pasado a ser verdaderas entelequias, cuya invocación en ciertos foros, puede ser vista como un sacrilegio. Hoy, el derecho del trabajo avanza hacia una nueva manera de abordar las rupturas entre trabajadores y patrones, invocando conceptos que tratan de aderezar lo traumático de las mismas (empleabilidad, carrera laboral, aprendizaje para la vida, etcétera), pero ahí, en la operación cotidiana de la ruptura laboral, han sido varios los espacios en donde la normativa ha variado, entre estos están, por ejemplo, la ampliación de las causas de despido, en donde se viene operando una ampliación en varios sentidos, no sólo de manera cualitativa, aumentando las causas de despido en los códigos de trabajo, sino de manera cualitativa, incorporando a la ambigüedad en la redacción de las causas de despido, como una manera de hacerlas mas elásticas, para así abrir y ensanchar la vereda por medio de la cual, la interpretación informal en los centros de trabajo, o la interpretación formal en la jurisprudencia, permitirán consolidar la vulnerabilidad de los trabajadores al momento de ser separados del trabajo.

En muchos de los análisis que la doctrina hace del despido, se positiviza el debate, al discutir los significados que tal o cual término de la ley implica; o, las formas en que la asesoría cotidiana de las empresas deben interpretar los mandatos legales en el tema;

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

sin embargo, no hay que olvidar que en sus orígenes, la regulación del despido constituye un intento del Estado moderno por limitar, acotar y enmarcar las libertades de empresa que tiene el patrón, en tanto que es dueño y responsable directo de los procesos productivos; ahí radica la dificultad de abordar y regular el despido, no sólo en los intentos de alejamiento de las normas que en materia de rescisión aplican en el derecho privado, sino también en la dificultad que implica acotar un derecho que algunos suponen tiene por naturaleza quien a su vez, es dueño de los espacios y organización donde se presta el trabajo.

El fundamento del derecho a despedir, no es sólo un derecho positivizado, es también el derecho de propiedad expresado en marcos jurídicos que pretenden limitarlo; en ese sentido las causas de despido aparecen como este margen dentro del cual, el patrón puede reivindicar sus derechos originarios de propiedad, al decidir quien continúa o no en el desarrollo de los procesos productivos que él dirige; por ello, el Estado busca alejarse de un derecho absoluto para presentarlo como un derecho relativo.

En el fondo subyace la eterna lucha sobre los límites de las potestades patronales y los intentos humanizadores del derecho del trabajo. Por ello es que, cuando analizamos el despido y las causas legales de este; la sensación de ambigüedad reina en su análisis; la cual, se ve acrecentada en tiempos de crisis y apertura económica, como los actuales, ya sea por los nuevos textos legales reformados, o por la jurisprudencia sobre los mismos, e incluso, por los matices que les incorpora la contratación colectiva. Esta situación es, hasta cierto punto, natural, ya que la economía, la empresa, y en consecuencia el patrón, necesitan presentarse como un ente sólido y fuerte en los espacios de disputa económica abiertos y en donde pueda rescatar y reivindicar su carácter de director de los procesos productivos, dejando para otro momento las protecciones que el derecho del trabajo había construido a favor de los trabajadores para eliminar la discrecionalidad, si se trata de su permanencia en el trabajo.[15] En ese sentido, el régimen del despido aparece en la

15 *Cfr*. Lyon Caen, G., Camerlynck, G. H. y Péllissier, J., *Droit du travail*, 12a. ed., Paris, 1984, pp. 247 y ss.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

mira de los cambios, y es presentado como el villano de la película, proponiendo entonces que debe ser eliminado o por lo menos flexibilizado, ya que es acusado de ser un obstáculo a la modernización y la creación de empleos.

De igual manera, y con estas mutaciones la vieja idea y teoría de la estabilidad en el empleo, se debilita por medio de otras modalidades, como los costos asociados a las rupturas, ya sea tasando los precios de la misma, o incorporando mecanismos que pueden eliminar el costo o simplemente degradándolo. Esta situación se presenta traumática en aquellos países donde no se han incorporado mecanismos de compensación para los trabajadores que pierden su empleo. Junto a esto, el esquema se ve completado al incorporar formas simplificadas parar llevar a cabo la ruptura; la idea motivante es clara, hay que romper rápido, sencillo y sin consecuencias, y bajo esta idea, las normas, otrora protectoras de los trabajadores, se van diluyendo en las nuevas tendencias laborales.

Sobre este debate, la opinión del doctor Ítalo Morales ha sido clara, el poner de manifiesto la necesaria, y a veces, cruda realidad, al enfatizar que las normas laborales guardan una estrecha relación con la situación económica de un país y que ante la disyuntiva entre derechos adquiridos o protecciones laborales, debe privilegiarse el empleo:

> Las modificaciones en los principios accidentales, no constituyen retroceso como algunos lo afirman; deben ser simples desplazamientos circunstanciales adecuados a las condiciones históricas y económicas de su aplicación. El Derecho del Trabajo Contemporáneo debe adaptarse al momento que atraviesa en el tiempo y en el espacio debiéndole preocupar la subsistencia de la fuente de labores sin menoscabo de los derechos adquiridos; pero si para conseguir sus objetivos se requiere sacrificios normativos, la discrepancia debe favorecer a la colectividad abstracta que pudiera sentirse sacrificada; de sostener inmutables los privilegios de unos cuantos o el respeto de normas secundarias. Ante la disyuntiva, siempre deberá preferirse el mantenimiento de las relaciones laborales a toda costa, puesto que la indemnización económica sustitutiva del

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

> trabajo se traduce en la desaparición del empleo y aumento de los desocupados, poniendo en peligro la estabilidad económica, política y social del país.[16]

Con este señalamiento, el citado autor plantea una discusión por demás interesante y de gran polémica en esta época de escasez del empleo como en los tiempos que actualmente se viven. En efecto, ante la eventualidad de modificar la legislación laboral en México, estos son los debates que se necesitan plantear, y que están en el fondo de toda discusión relacionada con la adecuación del marco jurídico laboral, a saber que conviene privilegiar la protección nostálgica de los derechos laborales de los trabajadores, o el empleo; por nuestra parte, nos parece, como lo afirma el doctor Morales, que hay que preocuparse por la subsistencia de la fuente de trabajo, pero sin menoscabo de los derechos adquiridos; en ese sentido, plantear una disyuntiva entre empleo o protección de los trabajadores, nos parece un falso debate, no debe ser la manera como se debe plantear la discusión, ya que no necesariamente se trata de posiciones irreconciliables, sino más bien, el tema ha de plantearse, como ya lo señaló el legislador mexicano, en términos de búsqueda de un equilibrio de los factores de la producción.

IV. Las mutaciones colectivas

Por otra parte, en materia de derechos colectivos, las cosas también han venido cambiando en varios de los capítulos y temas importantes; hay que recordar sin embargo, que todas estas modificaciones han tenido como telón de fondo, una profunda crisis de la actuación colectiva de los trabajadores que se ha manifestado de muy variadas maneras, como son, la disminución de la tasa de afiliación sindical, la cual, si bien es cierto, nunca ha sido precisamente alta en los países latinoamericanos, actualmente, dependien-

16 Morales Saldaña, Hugo Ítalo, *La nueva dimensión del derecho del trabajo. Su realidad laboral a finales del siglo XX. Análisis laboral*, México, UNAM-Facultad de Derecho, 1967, pp. 139-150.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

do de la fuente que se utilice, no llega al 13% de los trabajadores en países como México. Esta situación ha permitido señalar a muchos de los sindicatos como entes encargados de mantener privilegios prestacionales, frente a la inmensa población trabajadora que carece de ellos; se trata de una estrategia, muchas veces deliberada, que busca desprestigiar la actuación de los sindicatos en un contexto de reformas laborales que buscan acotar, limitar, o francamente, desaparecer logros y conquistas laborales que los sindicatos habían logrado durante muchos años.

Hay que reconocer además, que en muchos países, entre los cuales está México, los sindicatos no sólo vivieron durante muchas décadas en un contexto político y económico que les llevó a obtener logros para sus agremiados, pero también, alejarse en muchos casos de sus bases agremiadas, y ocuparse de sus relaciones y aspiraciones políticas, provocando una serie de deformaciones, y en ocasiones, de sus fines primigenios, como lo eran la defensa de los derechos de los trabajadores. En la actualidad, el sindicato, por desgracia, en el imaginario social de muchos lugares, es visto como sinónimo de corrupción y opacidad, con lo cual, socialmente se viene creando el ambiente y disposición propicia para limitar los derechos colectivos.

La libertad sindical fue, desde hace tiempo, reconocida a los más altos niveles de la jerarquía normativa, no sólo a nivel constitucional, sino también en un número considerable de normas internacionales, en las cuales tiene un lugar de primer orden, como es el caso de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, además de los convenios de la OIT que se ocupan del tema, entre otras.[17]

17 *Cfr*. Alburquerque, R. F., "Libertad y autonomía sindicales", en *Décimo encuentro iberoamericano de derecho del trabajo*, México, UNAM, 2006, p. 155; en este, como en otros temas de gran trascendencia en materia laboral que cuentan con un reconocimiento expreso a nivel constitucional y en la normativa internacional, será interesante ver, tal y como se señalaba al inicio de este trabajo, como aplicarán los tribunales competentes la reforma constitucional de 2011 en México, en virtud de la cual, podría estar incluidos, en el concepto de derechos humanos, algunos derechos como el de sindicalización, de tal manera que, podría

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

En materia de libertad sindical, sigue siendo un espacio lleno de ambigüedades; por un lado, se argumenta de manera abstracta por el respeto a esta libertad, pero muchas veces, en los hechos, la aplicación de este principio se ve obstaculizado de muy diversas maneras con trámites administrativos, por mencionar algunos; sin embargo hay que destacar el tema que, si bien no ha sido objeto de modificaciones importantes en el marco constitucional y leyes reglamentarias, ha venido evolucionado por otras fuentes del derecho, como son la jurisprudencia y normas internacionales. En el primer caso desde hace varios años podemos constatar como los criterios interpretativos, han venido poco a poco tratando de fortalecer la libertad sindical, y de avanzar hacia un concepto más democrático y transparente; dos ejemplos nos parecen ilustrativos de ello, por una lado, aquel criterio emitido, ya hace algunos años, en el sentido de declarar inconstitucional la limitación de la pluralidad sindical que se establecía en la legislación laboral de los trabajadores al servicio del estado, en virtud de la cual, se señalaba (por ejemplo en la Ley Federal de Trabajadores al Servicio del Estado) que sólo podía haber un sindicato por dependencia pública, criterio que sería considerado inconstitucional, abriendo así la posibilidad de contar con otras organizaciones sindicales en ese sector; por otra parte, debemos destacar en el reciente criterio jurisprudencial, relativo a las características en que debe darse el voto en los juicios de titularidad de contratos colectivos, mejor conocido como el criterio relativo al voto libre y secreto. Como se recuerda en estos juicios, en donde se plantea una controversia entre sindicatos, la manera en que la legislación laboral ha previsto que se puede dirimir los conflictos, centrado en saber quien cuenta con el mayor número de sindicalistas adeptos a una u otra organización sindical, es precisamente la prueba del recuento, la cual, dada la trascendencia en una controversia como esta, juega un papel de gran importancia, y lo que hace la jurisprudencia es tratar de establecer una serie de criterios,

cuestionarse toda aquella normatividad secundaria y reglamentaria o prácticas judiciales o administrativas que pudieran estar inhibiendo el respeto de este tipo de derechos.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

logísticos incluso, que permitan el adecuado respeto y protección de la libre expresión de la voluntad de los trabajadores.

Como puede verse la posibilidad de eliminar barreras a la sindicalización en ciertos sectores como el burocrático, así como las medidas de protección de la voluntad de los trabajadores, son sólo algunas muestras de esta renovación lenta, pero firme de la libertad sindical.

Algunos autores, al referirse a los sindicatos, señalan en la actualidad, que adolecen de diversos y variados problemas, como la falta de democracia sindical, corrupción de las dirigencias, falta de capacidad negociadora, entre otras que se traducen en una verdadera decadencia del sindicalismo.[18]

En materia de contratación colectiva, es interesante constatar como las mutaciones han sido discretas pero trascendentes; en efecto, históricamente los laboralistas vieron y conceptualizaron a los contratos colectivos como uno de los espacios que de mejor manera ilustraban el carácter protector y reivindicador del derecho del trabajo; aquél carácter dinámico y expansivo de las normas sociales laborales encontraban un terreno fértil para crecer y ampliarse en los clausulados de los contratos colectivos; sin embargo, esa imagen idílica de la negociación y contratación colectiva, pareciera estar cambiando, dejando de lado, su cada vez más degradado campo de aplicación; muchos contratos colectivos, ya no son el espacio de aumento, mejoría o ampliación de los derechos de los trabajadores, sino que, se han convertido en espacios para reorganizar los procesos productivos y formalizar sus nuevas formas; en muchas ocasiones la negociación colectiva ha pasado de ser un proceso, en donde se discute cuanto se aumentan los derechos (por ejemplo salarios), a discutir cuánto es lo menos que se reducirán los mismos. De esta manera, la disminución de derechos y reorganización productiva, parecieran ser la novedad en muchas agendas de negociación. Un espacio como este, siempre fue visto como el terreno

18 *Cfr*. Martínez y González, A., "La decadencia del sindicalismo en México. Causas y efectos", en Ruiz Moreno, Ángel Guillermo (coord.), *El derecho social en México a inicios del siglo XXI*, México, U. de G.-Porrúa, 2007, p. 171.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

reivindicatorio por excelencia en el mundo laboral, para convertirse en un espacio de ajustes.

Dirían algunos, que los contratos colectivos están siendo un espacio recobrado y reconquistado por las empresas y el patrón, para darle un sentido utilitario a los acuerdos alcanzados, dejando para otros momentos, los temas tradicionales de la contratación, como lo eran los derechos y prestaciones de los trabajadores.

Ítalo Morales ha señalado en reiteradas ocasiones que estos espacios normativos no siempre fueron utilizados de manera adecuada, ya que también en ellos se cometieron abusos, y que, en consecuencia, es necesario plantear modificaciones en los mismos:

> Amparados por las garantías sociales, se llegó al abuso de su ejercicio, afectando a las propias fuentes de trabajo que hacen posible la subsistencia del vinculo laboral, y se combatió al Estado en sus posiciones ideológicas, poniendo en jaque su estabilidad. En esta situación se deciden tomar las medidas pertinentes que limiten esta conducta y los derechos adquiridos de los trabajadores, preconizados como irrenunciables, sufren fuertes cambios. Sus principios generales se empiezan a tornar mutables, demostrando su valor relativo. El propio Estado, los trabajadores y los patrones toman conciencia de sus implicaciones, reconociendo la influencia decisiva de la economía en la norma laboral, la cual necesariamente deberá adaptarse a las circunstancias que la rodean. La inflación, las devaluaciones, las deudas externas e internas de cada país inciden en la relación de trabajo.[19]

En México, discutir de contratación colectiva es, en muchos casos, hablar de simulación; en efecto, el surrealismo jurídico en toda su extensión, se presenta aquí, bajo la forma de documentos bilaterales respetuosos de la legalidad con cabal cumplimiento del marco normativo, pero vacíos de contenido. Los denominados contratos de protección, en donde se cumplen con las reglas legales para que un contrato colectivo sea válido, aún en ausencia del conocimiento y aprobación de los trabajadores, a quienes se le va a aplicar, han

19 *Cfr*. Morales Saldaña, Hugo Ítalo, *op. cit.,* p.148.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

venido a invadir el panorama contractual sindical de nuestro país.[20] Se trata de un tema que, si bien ha ido subiendo de tono, y ocupando mayores espacios en un amplio sector de los laboralistas, ha sido presentado como un reproche y reclamo, que no ha ido acompañado de los análisis que pongan al descubierto los cimientos jurídicos, desde los cuales, se fomente y justifique este modelo de contratación colectiva.

En materia de huelga hay que recordar, como algunos señalan, que se trató en sus orígenes, de un reconocimiento jurídico que, aún forma parte de innumerables controversias, no sólo en su esencia misma de derecho positivizado, el encarnar la aceptación de cierta forma de autotutela, sino también, al haber pasado de una fase de prohibición expresa en las legislaciones de varias partes del mundo, a un verdadero régimen jurídico de la huelga, con marcos claramente diseñados para contar con requisitos de fondo y forma para su ejercicio.

Este derecho, eternamente discutido y envuelto en la polémica, sigue siendo visto como una de los más importantes logros de la clase obrera, y en ocasiones como un conjunto de reglas que limitan su realización. La huelga es un derecho que, si bien cuenta con una sólida fundamentación jurídica, no siempre fue así, y en sus primeros reconocimientos formales en los textos jurídicos, se le vio muchas veces, como una de las más importantes afrentas a la propiedad privada. Bien, pues ese origen tortuoso, no se ha borrado del todo, y hoy, no faltan las voces e intentonas de reforma legal que rescatan los argumentos decimonónicos, para tratar de juridizar una revancha jurídica, estrechando y limitando este derecho, tratando de aumentar las formalidades para llevarla a cabo, o bien, acotando los casos en que pudiera proceder.

20 Para profundizar el tema se sugiere ver los diferentes trabajos compilados en UNAM-IEC, *Contratación colectiva de protección en México. Informe a la Organización Regional Interamericana de Trabajadores*, México, UNAM, 2007.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

V. Conclusiones

Los cambios que el mundo económico y político experimentaron desde los años 80 del siglo pasado, tuvieron como efecto, que la eficiencia económica, independientemente de lo que esto signifique, fuera puesta en el centro de las preocupaciones de los gobiernos de tal manera, que la estabilidad económica como fin, justificaría una serie de cambios, denominados estructurales, que llevarían a la adaptación de todas las regulaciones de la actividad comercial; de esta manera, temas, como el régimen jurídico de la inversión, política arancelaria, participación del Estado en la economía, entre otros, serían revisados y adecuados.

Todos estos acontecimientos, pusieron en un predicamento a todo el derecho social, incluido el derecho a la seguridad social y, de manera destacada, al derecho del trabajo; de manera casi sorpresiva, los laboralistas asistirían a un severo cuestionamiento de sus contenidos protectores, orillando en muchas partes del mundo a la adaptación y reforma de los marcos jurídicos laborales. En esa vorágine reformadora, el debate público sería planteado de manera trucada, por un lado, los que planteaban y reivindicaban el derecho del trabajo de carácter protector y a favor de los trabajadores; y, por otro; quienes promueven la adecuación, adaptación y flexibilización de esos marcos jurídicos.[21] Y es en ese proceso de mutación, es en donde, países como México, se encuentran inmersos.

En la búsqueda de respuestas a las nuevas situaciones, los laboralistas enfrentan una serie de retos, siendo el más importante, el avanzar hacia la construcción de un nuevo marco conceptual, que reivindique la vigencia, necesidad y actualidad del derecho del tra-

21 "...El panorama del derecho laboral latinoamericano con posterioridad a la década de los noventa se caracteriza por la dinámica lucha entre dos tendencias: la tradicional, que pretende que, aun haciendo las adaptaciones que fueran requeridas, debe mantenerse el carácter tutelar e imperativo que caracteriza desde su origen al derecho del trabajo, y la flexibilizadora que alegando la necesidad de eliminar rigideces que obstaculizan el buen funcionamiento del mercado de trabajo, persigue flexibilizar el ordenamiento jurídico laboral, rescatando el papel preponderante de la autonomía de la voluntad y tendiendo hacia la individualización de las relaciones de trabajo...". Hernández Álvarez, O., *op. cit*., p. 315.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

bajo; en esa tarea, será necesario, ver de otra manera a los contratos individuales, y actualizar su tipología, habrá también que aceptar, que el viejo esquema de la contratación por tiempo indeterminado, como regla, es, en muchos espacios de la economía, más un mito que una realidad. Debemos ver en el microscopio a la subordinación como vértice, a partir del cual se construyó buena parte de la protección social que ofrecía el derecho del trabajo, para avanzar tal vez hacia la construcción de nuevas subordinaciones, que correspondan también a las nuevas formas en que la relación de trabajo se presta.[22] Si bien, nos parecen necesarias las proclamas militantes de amplios sectores defensores de las causas obreras, nos parecen insuficientes si no van acompañadas de los análisis teóricos conceptuales que permitan vislumbrar la construcción de nuevos paradigmas.

Ya algunos autores vienen señalando desde hace tiempo, que estas novedades conceptuales tendrán que ser plasmadas en la legislación laboral del futuro, como una manera en que el derecho del trabajo tendrá que irse adaptando a las nuevas realidades.[23] Hay que avanzar, dicen algunos, hacia un derecho del trabajo de los ciudadanos, donde al trabajador se le vea en una dimensión más amplia, que aquella estricta de la relación subordinada industrial.[24]

En materia de derechos colectivos, el caso de la contratación colectiva, es tal vez uno de los casos en donde, de manera más

22 En esa búsqueda de renovación de los conceptos tradicionales del derecho del trabajo, han hecho su aparición términos que son dignos de estudio como la parasubordinación reconocida en Italia como una modalidad que ronda entre el tradicional trabajo bajo las órdenes de un patrón y el trabajo independiente. *Cfr*. Barthélémi, J., *Evolution du droit social*, Paris, Lamy, 2009, p. 421.

23 "La futura legislación en América latina tenderá a dejar de colocar el contrato de trabajo subordinado, a tiempo completo y por plazo indeterminado, como el centro de un sistema de garantías del cual son excluidos los trabajos desarrollados sobre la base de regulaciones contractuales distintas. La realidad de la estructura ocupacional prevaleciente en la mayoría de los países latinoamericanos nos hace un severo llamado de atención. El trabajo independiente no profesional concentra alrededor del 40% total de los ocupados, además del trabajo familiar no remunerado que en algunos países llega cerca del 20%". Ciudad Reynaud, Adolfo, *Las normas laborales y el proceso de integración en las Américas*, Lima, OIT, 2000, p. 220.

24 *Idem*.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

clara, se puede ver cómo la crítica a un modelo contractual, por demás poco claro, no se apoya en una propuesta conceptual sólida que permita responder a la pregunta, de qué ponemos, si quitamos el esquema legal vigente.

En la búsqueda de adaptar y adecuar la legislación laboral a un nuevo contexto, es que muchos países han iniciado la tarea de reformar sus legislaciones laborales; esas reformas, en la mayoría de los casos, no sólo adecúan la normativa a las necesidades empresariales, sino que, se ha traducido en verdaderas limitaciones a derechos que se suponían inamovibles. Pero también, buena parte de los cambios, han centrado su atención en las instituciones del derecho sustantivo del trabajo, dejando de lado otros de los espacios del modelo de relaciones de producción igualmente relevantes como las instituciones encargadas de impartir justicia laboral, tema, respecto del cual, desde hace años, el doctor Ítalo Morales, ha manifestado la necesidad de avanzar hacia una jurisdicción especializada en materia laboral, que cumpla cabalmente con los postulados constitucionales de justicia.[25]

En este esfuerzo necesario, dirigido hacia la renovación del derecho del trabajo, todos están llamados a participar, desde cada una de las trincheras, en la cual, cada quien vive estas normas, entre los que se encuentran alumnos, académicos, litigantes, jueces, funcionarios públicos, trabajadores, sindicatos, patrones, organizaciones empresariales, etcétera. Sólo a partir del esfuerzo colectivo, se podrá alcanzar la necesaria actualización del marco jurídico laboral que demandan las nuevas relaciones de producción.

25 Véase Morales Saldaña, Hugo Ítalo, "Estado y justicia social", Quinto Encuentro Iberoamericano de Derecho del Trabajo, noviembre de 1991, Puebla, México.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

EL INTERMEDIARIO Y EL DERECHO DEL TRABAJO MEXICANO. ANÁLISIS DE LAS *OUTSOURCING*

Martha Rodríguez Ortiz*

Sumario: I. *Introducción*. II. *Generalidades*. III. *Análisis de las* outsourcing *en el derecho mexicano del trabajo*. IV. *Bibliografía*.

I. Introducción

El siguiente trabajo fue inspirado en un ser humano genial, el cual, nos enseñó que ser un buen jefe es ser un líder, que busca gente trabajadora e inteligente, para sacar proyectos tan difíciles, como en aquella época, fue el seminario de derecho del trabajo y de la seguridad social, y también a las constantes políticas económicas sobre temas jurídicos, en donde siempre destacaba la estabilidad en el empleo, como un eje de importancia para nuestra materia, es por eso, que el presente trabajo, en honor a ese gran ser humano y

* Originaria del Distrito Federal, cursó sus estudios profesionales en la Facultad de Derecho de la UNAM. Actualmente es maestra de tiempo completo en el área de derecho del trabajo en la Facultad de Estudios Superiores Aragón, asimismo, es profesora definitiva de derecho del trabajo I en la Facultad de Derecho, ambas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

La maestra Rodríguez Ortiz, cuenta con una trayectoria de 33 años cómo académica, y es experta en Derecho del Trabajo; en este periodo ha tenido a su cargo la asesoría de 488 tesis de licenciatura, mismas que pueden ser consultadas en la base de datos de TESIUNAM de la Dirección General de Bibliotecas. Durante 15 años de su actividad académica, prestó sus servicios en el Seminario de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Facultad de Derecho, 14 de los cuales, trabajó bajo la dirección del doctor Hugo Ítalo Morales Saldaña. También laboró en el despacho jurídico Hugo Ítalo y Asociados.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

catedrático, como lo es el doctor Hugo Ítalo Morales Saldaña, es sobre la institución de la estabilidad en el empleo y formas relativamente nuevas que tratan de terminar con ella; por ello, es que en este momento, en que económicamente es crítico para todo el mundo, nos inspiramos en el personaje, que por mucho tiempo fue nuestro superior y guía para realizar el presente artículo.

II. Generalidades

El trabajo, y la estabilidad en el mismo, son fuente de la esencia vital del hombre, quien nace para realizarse y cumplir un fin en la vida, pero, sólo lo puede lograr a través de sus obras y su trabajo.

El derecho del trabajo es una prerrogativa en transformación, producto de la lucha física e ideológica del ser humano, como lo señala el doctor Hugo Ítalo Morales Saldaña.

Consideramos que el derecho del trabajo no es un conjunto de normas creadas para el provecho exclusivo de los trabajadores, sino que, pretende establecer normas con un sentido de equidad y justicia social para regular las relaciones obrero-patronales.[1]

El Estado, creando nuevas fuentes de empleo, y la sociedad misma, tienen que salvaguardar los derechos mínimos del trabajador, ya que la mayor parte de la vida la pasa en su trabajo; por lo tanto, debe desempeñarlo con seguridad, y sobre todo, dignidad.

El derecho del trabajo es el esfuerzo que durante muchos años, e innumerables luchas sociales, se nutrió de conquistas a favor de los trabajadores, procurándoles una vida mejor en el ámbito social, cultural y económico, sin olvidar, su sentido de equidad.

Pero, con la globalización, ante el embate económico y la competencia entre naciones, como la República Popular China, que producen mercaderías baratas y con un mínimo de garantías para sus millones de obreros, otros gobiernos se ven en la disyuntiva de tener que renunciar a ellas, o disminuirlas, manejando políticas de restricción a los derechos laborales y atacando principalmente la estabilidad en el empleo.

[1] Morales, Hugo Ítalo, *La estabilidad en el empleo*, México, Trillas, 1987, p. 5.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Sobre la estabilidad en el empleo, como un derecho inalienable e irrenunciable de los trabajadores, Mario De La Cueva dice:

> la estabilidad en el trabajo apareció en nuestro derecho como una de las manifestaciones más cristalinas de la justicia social, hondamente enraizada en el derecho del trabajo, porque su finalidad inmediata es el vivir hoy y en el mañana inmediato, pero al nacer miró apasionadamente hacia la seguridad social, porque su finalidad mediata es preparar el vivir del trabajador en la adversidad y en la vejez, son muchas y muy hermosas las consecuencias que encauzan en la estabilidad en el trabajo y hacen de ella uno de los principios sin los cuales no podría constituirse el derecho del trabajo nuevo; la certeza del futuro dignifica al trabajador, porque aquél que sabe de su permanencia en la empresa ya no depende del capricho de otro, sino del cumplimiento de sus obligaciones, actuará en aplicación de sus consecuencias éticas y con el interés de su familia.[2]

En el derecho mexicano del trabajo se adopta el principio de duración indefinida de la relación de trabajo y los contratos por obra o tiempo determinado se convierte en una excepción, sólo pueden celebrarse cuando lo exija la naturaleza del servicio que se va a prestar, o de la obra, cuya ejecución se va a emplear dicho servicio, y que debe quedar estipulado expresamente; concepción valedera en todos sus ámbitos, y no permite que la voluntad de un patrón se imponga para decidir la duración de la relación de trabajo; lo cual, en teoría, sólo perdería el trabajo por una causa marcada por ley, ya sea a través del despido por causa grave y justificada, y/o, por terminación individual, o colectiva, de la relación de trabajo.

No negamos que este principio de estabilidad está vinculado a la economía del país, y en este proceso irreversible de constantes transformaciones, sus raíces fueron modificándose hacia un sentido material y consumista, quedando rezagados los principios éticos y de justicia social, que marcaron al derecho del trabajo y de la seguridad social, los cuales, dan la estabilidad en el empleo.

[2] De La Cueva, Mario, *Derecho mexicano del trabajo,* 10a. ed., México, Porrúa, 1967, p. 755, t. I.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

En México, desde 1917, a través de su Constitución de ámbito social se protegieron estas prerrogativas.

Este derecho está sustentado en el artículo 123 constitucional, donde su ley reglamentaria, que en el apartado A, es la Ley Federal del Trabajo, fuente primordial reguladora de los principios constitucionales, que intentan salvaguardar el derecho primario que tenemos, como seres humanos, de trabajar de forma digna, saludable, retribuida y socialmente útil, pero sobre todo, estable.

El trabajador, por ley natural, desea progresar, superarse asimismo, dejar su puesto original por uno mejor, escalando posiciones, como sus capacidades lo permitan; y, la estabilidad les da esa posibilidad. Reconocemos que esta no es un derecho de propiedad del trabajador, pues no adquiere derechos patrimoniales sobre su empleo, como sucede en algunos absurdos, como poder heredar el puesto a los hijos u otro familiar. La estabilidad pretende que se conserve el trabajo mientras se cumplan las obligaciones de ambas partes, y dentro de los términos que la ley señala.

Debemos reconocer, que la estabilidad depende más del trabajador, que del patrón; el trabajar con esmero, intensidad y cuidado apropiado, como dice la ley, nos hace necesarios e indispensables en el mismo; y, difícilmente alguien le pediría a un trabajador, en esas condiciones, la renuncia; o, en su caso, le despediría: Así también se reconoce que los patrones son los beneficiarios directos de la estabilidad, ya que hay más productividad en su empresa.

La permanencia en el empleo también defiende el principio de libertad de trabajo, preservado por el artículo 5o. constitucional, el cual es, un requisito *sine qua non*, donde el patrón debe respetar el derecho de los trabajadores, a elegir libremente su actividad y su permanencia en el trabajo, porque a nadie se le puede obligar a cumplir un contrato de trabajo que no le guste o vaya en perjuicio de su salud, dignidad y otros factores que no le permitan cumplir con el mismo.

Hay que recordar que el trabajo, es el esfuerzo humano aplicado a la producción de riqueza o servicios; por lo tanto, un trabajador, es la persona física que realiza un esfuerzo para transformar la naturaleza y/o producir satisfactores, redundando en un beneficio personal y social.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

El patrón es una persona física o moral que contrata a uno o varios trabajadores para lograr, y obtener de ellos, bajo su subordinación, una producción que le genere beneficio personal, social y pecuniario; también, puede ser una institución de asistencia social privada que preste un servicio, y proporcione beneficios a la sociedad, aunque no necesariamente busquen un beneficio económico.

Por ello, una relación de trabajo, es el vínculo jurídico que une a la persona, llamada trabajador, para ponerse a disposición de un patrón; y con ello, crear derechos y obligaciones para prestar un trabajo personal y subordinado, en beneficio de ambos.

Por otro lado, el contrato de trabajo, es el acuerdo de voluntades, a fin de fijar las condiciones de trabajo sobre la cuales se va a desempeñar un trabajo personal y subordinado; sin olvidar, que para nuestra ley, ambos surten los mismos efectos.

No debemos confundir la forma con el verdadero contrato o relación, aunque también, consideramos irrelevante la misma, ya que, la falta de forma, al único que perjudica, es al patrón.

El trabajo, desgraciadamente se ha centrado, únicamente en la esfera del sistema económico, dejando en el olvido, que es un proceso también de socialización y cultura para quién lo realiza y lo recibe.

Para los sistemas económicos capitalistas, la actividad del trabajo, es principalmente con fines lucrativos, lo cual, hace que el empresario explote a los trabajadores, y estos sean permisivos en el maltrato, y muchas veces, en el acoso laboral o sexual, por la necesidad que tienen de subsistir, ellos y sus familias.

El trabajo es en principio, una actividad humana, y la ley lo contempla, como un derecho y deber; pero, su finalidad principal, debería ser una forma de realización, de dignificación y satisfacción, para quién lo hace y para quién lo recibe, llegando a la socialización, que para el ser humano, es necesaria y vital.

El esfuerzo humano, llamado trabajo, debe dejar en el olvido que sólo sirve en un sistema económico de producción, como generador único de riqueza; además, debe ser formativo, cultural y positivo, inmerso en una sociedad abierta para formar un mundo diferente, donde verdaderamente se reconozca el trabajo, como el motor esencial de la vida.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Partiendo de esa primicia, instituciones del derecho del trabajo, como la capacitación y adiestramiento, adquieren relevancia, porque la preparación debe comprender el amor al trabajo y a su entorno.

Asimismo, no podemos negar que en este mundo de tanta competencia, originada por la globalización, son necesarios, trabajadores cada vez más especializados y preparados para enfrentar nuevos retos tecnológicos, por lo que, una buena capacitación, los convierte en mejores especialistas.

Desde nuestro punto de vista, muchos patrones, salvo contadas excepciones, se encuentran más preocupados por cumplir la ley en materia de capacitación y adiestramiento, para evitar una sanción, que capacitarlos y/o adiestrarlos verdaderamente, mermando así, la posibilidad de competencia, para su empresa, como para los propios trabajadores.

Para los trabajadores, en la práctica cotidiana, y de manera natural, se generan el conocimiento y adiestramiento, que en la realidad, no se les otorga.

En cuanto a la seguridad e higiene hay repercusiones, ya que, si no están preparados para manejar una nueva maquinaria, como consecuencia, se producirán accidentes que cambian la vida del trabajador, y de la empresa.

Y en lo que se refiere a las relaciones colectivas, un verdadero sindicato, representante de los intereses de los trabajadores, a través de la contratación colectiva, tendrían que encaminarse a proporcionar condiciones apropiadas para realizar el trabajo, como lo dice nuestra ley, en salud y dignidad, pero sobre todo, con gusto, respeto y mejores formas de capacitar y/o adiestrar.

Otra institución, que merece brevemente nuestra atención, es el Reglamento Interior de Trabajo, ya que regula la forma como se debe prestar el trabajo dentro de la empresa, por lo que, la ley lo ha definido, como el conjunto de disposiciones obligatorias para trabajadores y patrones en el desarrollo de los trabajos en una empresa o establecimiento.

Dicho reglamento, es un documento, que incluye los métodos y sistemas de operación en el trabajo, cuyo objetivo, para algunos, es

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

eficientar solamente la producción, olvidando al trabajador como un ser humano; y, en una automatización del trabajo, se le ha considerado sólo como una pieza más de la maquinaria, y en este caso, que debe seguir instrucciones rigurosas, perdiendo así, su actividad creadora, espontaneidad y libertad.

Además, debe propiciar una estancia de confort y tranquilidad para el trabajador, que se le manifieste la importancia de su trabajo, y la aportación fundamental para el crecimiento personal y de la empresa; y, sobre todo, que se estimule su creatividad. Los buenos patrones respetan y hacen respetar a sus trabajadores, beneficiándose con su trato, ya que hay más productividad, menos riesgos de trabajo, y además, armonía.

En un mundo tan conflictivo, como el que vivimos, el trabajo es también, una forma de pacificación, aquél que tiene seguridad en su empleo, la manutención segura de su familia, es menos agresivo y próspero.

La estabilidad debe entenderse como un derecho del trabajador, a no ser privado de su empleo por mero capricho de su patrón, y que este rompimiento, sólo pueda efectuarse por una causa justa y existente en la ley.

Por eso, la estabilidad en el empleo adquiere relevancia, porque da seguridad y tranquilidad a los trabajadores trascendiendo a la sociedad, donde el progreso y la paz, difuminan la lucha de clases, y se vuelve más justa, igualitaria y consciente.

III. Análisis de las *outsorcing* en el derecho mexicano del trabajo

Este artículo, tiene como objetivo particular, hablar de la figura del intermediario, que a últimas fechas, ha proliferado en diferentes formas; aunque, la actual y más conocida, son las *outsorcing*.

Esta figura no es nueva para nosotros, y tiene la finalidad de evadir, tanto cargas fiscales como el cumplimiento de la ley laboral, y como ya señalamos, ataca directamente la estabilidad en el empleo.

La figura del intermediario es compleja; y de acuerdo con Mario De La Cueva:

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

> La intermediación ha sido una de las actividades más innobles de la historia, porque es la acción del comerciante cuya mercancía en el trabajo del hombre, para no decir que el hombre mismo, el mercader que compra la mercadería a bajo precio y la vende en una cantidad mayor, el traficante que sin inversión alguna obtiene plusvalía.[3]

Así, debemos remarcar, que el objetivo principal del orden jurídico, radica en alcanzar valores y fines de un bienestar social y personal, así como buscar soluciones a los problemas que plantean los cambios y transformaciones que sufre toda comunidad.

Una convivencia responsable, a través de un orden jurídico y preciso, son los valores fundamentales que se rompen cuando nuestras leyes no son claras, o no se aplican debidamente, primero por nuestras autoridades, y en segundo término, por los sujetos responsables de la normatividad.

El intermediario, pese a todas las precauciones que se pretenden tomar, conforme a la ley, es una figura preferida para defraudar por personas poco escrupulosas.

Nuestro ordenamiento jurídico laboral, en los artículos 12 y 13, intentan definir lo que es un intermediario, y lo que no lo es, dichos artículos son obscuros y complejos en su terminología y con ello, aprovechándose las empresas, sobre todo, las que proporcionan el servicio *outsorcing*, para realizar un acto de simulación jurídica, y así, desvincular a los patrones de sus obligaciones.

Outsorcing, es un vocablo inglés, que proviene de la palabra *outsouce*, conformada; y a su vez, de la palabra *source*, que significa fuente; y, *out*, que quiere decir, afuera. Sin embargo, la debemos traducir como, subcontratación.

Algunos reconocen esta figura como un proceso económico, en el cual, una empresa mueve o destina los recursos orientados a hacer una tarea específica, a otra empresa, con labores especializadas.

También podría definirse como un servicio exterior a la organización que actúa como una extensión de los negocios mismos, pero que responden con una organización propia, para la conformación

[3] De La Cueva, Mario, *Derecho mexicano del trabajo*, 11a. ed., México, Porrúa, 1969, p. 764, t. I.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

de un actuar más productivo y menos derrochador; para nosotros, estas formas no son de intermediarios, sino verdaderos patrones, y reiteramos, sirven para defraudar, tanto al trabajador, como a las instituciones.

El *outsourcing* fue una respuesta, ya que, anteriormente, una empresa contrataba todos los servicios que necesitaba para su funcionamiento, y para evitar depender de otra, u otras empresas.

Empero, en un mundo moderno, en el que se está viviendo una cambiante revolución tecnológica, momento a momento, se denostó una incapacidad para mantenerse actualizados y competitivos en algunas áreas de la empresa, obligando a estas, a contratar a otras independientes, y a su vez, especializadas, para lograr un mejor desarrollo.

Antes de continuar, debemos aclarar lo que significa intermediario, pues no podemos negar, que las *outsorcing*, no son siempre intermediarios, sino que, por su condición, son patrones; de esto, hablaremos más adelante.

Para comprender mejor lo anterior, es necesario precisar el significado de una relación de trabajo, la cual, es el acto jurídico que vincula a una persona física llamada trabajador para ponerse a disposición de otra física o moral llamada patrón, creando con ello, derechos y obligaciones para ambas partes de cómo se va a prestar el trabajo personal y subordinado al realizar una actividad física-intelectual a otra a cambio de un salario, y hablamos de vínculo jurídico como un acto de la misma naturaleza, ya que el trabajador libremente debe escoger las funciones a realizar.

No encontramos muchos antecedentes de la figura del intermediario; y, aunque el hombre siempre ha querido explotar la ignorancia o necesidad de su semejante, sin olvidar que nuestro derecho nace precisamente de la necesidad de solventar y procurar la adquisición de bienes indispensables para la subsistencia.

Hay que tomar en cuenta, que en la vida laboral, casi siempre se ha requerido el auxilio de "alguien" que nos recomiende para entrar a un trabajo; y, en épocas pasadas no fue la excepción, de ahí, que la figura en estudio, también se pierda en el tiempo, ya que su aparición como una institución formal, se da hasta el siglo pasado.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Los antecedentes más precisos se originan en los talleres creados en la Edad Media, donde se formaron consejos de maestros, que a través de una reglamentación minuciosa y estricta, lograban evitar la libre competencia, regulación de precios, control de producción, creación de más talleres, y sobre todo, la restricción de la entrada al gremio, obligando así, a usar de intermediarios, a las personas que tuvieran la pretensión de ser aprendices, ya que los oficios eran hereditarios, y los que no se encontraban en esa tesitura, se les exigía una larga práctica de aprendizaje, desarrollando su trabajo sin prerrogativas o derechos, aunque, su entrada al mismo, era a través de una recomendación. En la actualidad, sigue existiendo la necesidad de acudir a un intermediario para encontrar trabajo, como son las agencias de colocación.

Las pocas actividades que pudieron desarrollarse en la Edad Media se vieron rebasadas cuando los pequeños Estados empezaron a desaparecer debido a los grandes descubrimientos, tanto geográficos como tecnológicos de aquella época; se incrementó la producción, y la naciente clase burguesa detentó el poder económico, destruyendo así, a las frágiles monarquías de aquel entonces.

Desaparecen lo pequeños talleres, se incrementa la industria, y la explotación del hombre por el hombre es la tónica a seguir; los trabajadores, sienten la necesidad de defenderse de las injusticia del nuevo capitalismo y tratan de formar uniones.

La situación económica de los trabajadores era desastrosa, prevalecían los ideales del individualismo; se estimaba, que la persona constituía por sí misma, el centro de atención, y que todo se creaba a favor de la persona física e individual, prohibiendo al Estado intervenir en decisiones personales, y no aceptando a la persona colectiva, ya que el uso de su irrestricto derecho de decidir, no requería agrupaciones, ni coaliciones.

En esa época (1700 y 1760), los obreros trabajaban a destajo, el pago era raquítico, y a veces, recibían su salario por medio de intermediarios; la contratación se hacía, generalmente, por tiempo determinado, a un año.

Por estos años, ubicamos a la Revolución Industrial, conocida así, por el cambio en el fenómeno económico, social, cultural e intelec-

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

tual, consecuencia de la reunión de muchos trabajadores en un sólo lugar; reconociéndose los trabajadores, con las mismas necesidades, preocupaciones, carencias, e intentando tener mejores prerrogativas dentro de la empresa, a diferencia del sistema medieval de pequeños talleres artesanales, y propiciándose la creación de uniones sociales, que posteriormente fueron partícipes en la creación de normas laborales.

La nueva situación, transformó viejas organizaciones que frenaban el desarrollo, así, el Edicto de Turgot, intentó suprimir los gremios y las corporaciones, intentando acabar con las uniones, que representaban un peligro para los gobernantes; y, en el mismo tenor, se dio la Ley *Chapelier*, la cual, además, prohíbe la intermediación.

La mayoría de los Estados sancionaban penalmente los actos de protestas que se realizaban so pretexto de obtener condiciones de trabajo justas, sobre todo si se realizaban en coalición, aplicando, en algunos casos, hasta la pena de muerte. En lo que se refiere al derecho de huelga, sabemos que no era posible su aceptación, y los que la ejercían, eran perseguidos, tanto por sus pensamientos, como por sus hechos.

La nula protección al trabajo, el desgaste prematuro del ser humano por el uso indiscriminado del trabajo de jóvenes y niños, logro la unión de los trabajadores, exigiendo mejores condiciones de vida, comprendiendo que constituían un factor primordial en la producción de riqueza, y, que su trabajo, no era una concesión graciosa del patrón; y así fue, que los Estados reconocerían, que el papel de simple vigilante y controlador de las situaciones para imponer el orden cuando se alteraba por una huelga, o por algún movimiento de los trabajadores, era insostenible, y que su intervención era necesaria para crear un nuevo orden, generando derechos en reconocimiento del trabajo y de quien lo realizaba.

Instituciones, como la *Trade Unions*, la revolución Cartista, el *Manifiesto del Partido Comunista*, la encíclica *Rerum Novarum*, exclamaciones de personajes tan importantes como Sismonde, Roberto Owen, Marx, Engels, entre otros, influyeron en dichos cambios.

El individualismo sólo sirvió para fortalecer las cadenas que ahogaban la libertad del trabajador; los estados modernos busca-

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

ron la solución a través del reconocimiento, donde el trabajo era la fuente primordial de la riqueza, junto con el capital, susceptible de ser protegido con normas justas y equitativas.

Constituciones sociales, como la de México y *Weimar*, realizadas a principios del siglo pasado, reconocieron al trabajo, como digno de protección y privilegios, y que se le negaron con el individualismo; y para muchos, una esperanza de tener seguridad social, y una existencia digna.

La ley reglamentaria del artículo 123, la cual se convirtió en federal en 1931, se ocupó del problema del intermediario, con el propósito de evitar los inconvenientes ya comentados en párrafos anteriores.

De acuerdo a la Ley Federal del Trabajo, en el artículo 12 dice, que el "Intermediario es la persona que contrata o interviene en la contratación de otra y otras para que presten servicios a un patrón".

Tal definición es poco clara, y se complica aún más, cuando el legislador intenta a través del artículo 13, explicar que no es un intermediario, y para ello, nos dice:

> no serán considerados intermediarios, sino patrones, las empresas establecidas que contraten trabajos para ejecutarlos con elementos propios suficientes para cumplir las obligaciones que deriven de las relaciones con sus trabajadores. En caso contrario serán solidariamente responsables con los beneficiarios directos de las obras o servicios, por las obligaciones contraídas con los trabajadores.

Para el maestro Dávalos, que, nos parece más claro, señala:

> La intermediación es anterior a la constitución de la relación laboral, consiste en que una persona conviene con otra u otras para que se presenten a trabajar en determinada empresa o establecimiento; es decir, el intermediario no recibe el trabajo de la persona contratada. Realiza las actividades de un mandatario o gestor o agente de negocios. Entre las denominaciones que se le asignan están las de "enganchador" o "celestina".[4]

4 Dávalos, José. *Derecho del trabajo I*, 9a. ed., México, Porrúa, 1990, p. 100.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Consideramos que la definición anterior describe claramente el aspecto más común de la intermediación; pero, no negamos que se confunde con otras instituciones, como la llamada tercerización, contratista, u otras formas de denominación.

Afirmamos que, con tales conceptos marcados por nuestra ley, la confusión es normal, pues se considera que la verdadera definición legal se encuentra en la fracción XXV, del artículo 123 constitucional, que expone:

> El servicio para la colocación de los trabajadores será gratuito para éstos, ya se efectúe por oficinas municipales, bolsas de trabajo o por cualquier institución oficial o particular. En la prestación de este servicio se tomará en cuenta la demanda de trabajo, y en igualdad de condiciones tendrán prioridad quienes representen la única fuente de ingresos en su familia.

Por ello, el intermediario no tiene relación laboral, ni con el trabajador, ni con el patrón; como su propio nombre lo describe, es una persona que le busca trabajo a quien lo necesita, y le proporciona trabajadores a quién lo solicite; y, que obtiene ganancias por este sólo hecho, aunque, de acuerdo a ley, este servicio debe ser gratuito para los trabajadores; sabemos que en la práctica esto no se cumple, debido a que no hay sanción explicita en la ley para los infractores.

Aunque la tendencia a la tercerización o intermediación se da más en la década de los setenta, no negamos, que al concluir la Segunda Guerra Mundial, la mayoría de las empresas observaron una marcada tendencia a no depender de proveedores externos, concentrado el mayor número de actividades dentro de la misma.

El acelerado desarrollo en materia tecnológica empezó a evidenciar la capacidad limitada de las empresas para mantenerse actualizadas y competitivas; esta exigencia permitió contratar a otras con departamentos especializados y versátiles, proporcionando servicios característicos con estrategias de crecimiento, evitando así, la caducidad de las mismas, y volviéndose más competitivas en un mundo globalizado. Por ello, la subcontratación encontró suelo fértil para su propagación.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Debemos aclarar, que la subcontratación es un contrato que una empresa hace con otra, a efecto de que le realice determinados servicios, asignados y determinados por la primera; pero, la segunda, también puede sugerir o especificar el servicio que necesita la primera.

Resulta oportuno señalar que, para varios empresarios, el término *outsourcing*, es demasiado limitante para describir sus matices, y se utilizan, por lo tanto, menciones como la subcontratación, intermediación, tercerización, cofabricación, administración adelgazada, entre otras.

Dicho término es acuñado en los años ochenta, para tratar de describir la marcada tendencia de transferir parte de la organización administrativa de instalaciones, como pudiera ser, una proveedora de su procesamiento de datos o servicio de comedor, y en algunas ocasiones, el subcontratista se convertía en un verdadero socio, al intervenir con su propio capital y en la toma de decisiones.

Además, ofertan reducir costos, proveer nuevas formas de asegurar la entrega de materia prima, artículos, y componentes; así como maximizar rendimiento en áreas específicas como los sistemas financieros, contables, mercadotecnia, personal; o, de actividades secundarias, como son la vigilancia, limpieza, abastecimientos, etcétera.

Estos sistemas se han generalizado, posiblemente para la conformación de un mundo más productivo y menos derrochador, donde se oferta, en un ambiente más competitivo y exigente, una gama de servicios que prometen reducir costos y maximizar recursos, evitando desperdicios.

Cabe señalar, que el servicio de *outsourcing* puede ser parcial o total; en el primero, sólo se transfiere una parte de los elementos en los sistemas financieros o contables, mercadotecnia, administrativo u otros. Mientras el segundo, implica la transferencia total de equipos, personas, redes, operaciones administrativas, etcétera.

El problema principal, es tener muy claro, que el intermediario no participa en la relación de trabajo, simplemente relaciona a los sujetos que piden trabajo, con los que lo otorgan, para que nazca una relación laboral.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

No es intermediario, sino patrón, el que actúa con nombre propio y crea entre él y los trabajadores una relación directa y subordinada, elemento indispensable y característico de una correlación de trabajo; y por ello, debemos abordar y explicar para diferenciar al intermediario de otro tipo de figuras.

La subordinación, que también sirve para diferenciar la relación de trabajo con otros tipos de prestación de servicios, es aquella, que en principio, sujeta a un trabajador a un orden previamente establecido por ley o por el patrón, para estar a su disposición y obediencia, bajo una dependencia disciplinaria y que genera derechos y obligaciones.

Por otra parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, señala:

> Relación laboral, existencia de la. De conformidad con el artículo 20 de la Ley Federal de Trabajo, la relación es la prestación de un servicio personal subordinado a una persona, mediante el pago de un salario. De esta definición se advierte que el elemento esencial de la relación de trabajo que permite distinguirla de otras relaciones jurídicas, es el de la subordinación en la prestación del servicio, la cual se traduce en la facultad del patrón de disponer del trabajador de acuerdo a la ley o del contrato. (Tesis; vi.2do27L, Novena Época, p. 1008).

El Instituto de Investigaciones Jurídicas, señala:

> La subordinación se refiere con exclusividad al trabajo siempre que esté fundada en esa relación de poder, si se toma en cuenta que los medios de producción no se encuentran en manos del trabajador, sino del propietario, por ser este la persona que necesita de ellos para vivir. La subordinación, en suma, no es un conjunto de derechos del patrono sobre el trabajador sino el presupuesto para la existencia, dentro de la empresa, de una serie de relaciones jurídicas que se resumen en la facultad del empresario de imponer su propia voluntad, o en otras palabras, un derecho de mando y una obligación correlativa del trabajador, de sujetar a ella su voluntad en un deber de obediencia.[5]

5 UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Nuevo diccionario jurídico mexicano*, México, Porrúa, 2000, p. 3576.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

La subordinación por tanto, se caracteriza por el ejercicio de un poder jurídico que ejerce un patrón sobre un trabajador, circunscrito a la prestación laboral comprometida, y en la cual, el patrón puede dirigir, fiscalizar, suspender o solicitar mayor o menor intensidad en el desempeño de las funciones.

Esta dependencia continúa, aún cuando este poder de disposición exista a favor de terceros, cuando una persona se obliga a prestar un trabajo a otra por órdenes de su patrón, sin olvidar, que de acuerdo a nuestra ley, quien se beneficia con el trabajo de esta persona, se convierte en un sujeto obligado solidario en lo que respecta a las condiciones de trabajo.

Ya hemos comentado que la intermediación no debe confundirse con una verdadera relación de trabajo; así las *outsourcing*, dependiendo de cómo se presenten, pueden funcionar como un intermediario o como un patrón.

En este último supuesto, si las *outsourcing* se presentan como patrón, y no llega a cumplir sus obligaciones en el orden laboral, propiciará, que el que reciba el beneficio del trabajo, sea el que pague y se obligue al cumplimiento de las condiciones de trabajo.

Aunque se ha enunciado que estas nuevas formas de contratación, a veces impulsadas por políticas públicas, han provocado la merma y precarización de las condiciones laborales, entre ellas, la previsión social a que se tiene derecho, que es parte fundamental de la seguridad social.

Ante, la cada vez más frecuente escasez de fuentes de trabajo, y la limitación de recursos médicos y hospitalarios, pensamos que es necesario fomentar la seguridad social; El estado debe enfrentar su responsabilidad de ofrecer protección a toda persona que, sin importar condición social, edad, género o cualquier otro factor, como la salud, garantice oportunidades de desarrollo social, económico y cultural, protegiendo contra contingencias, como los despidos, enfermedades, accidentes, entre otros.

Las formas de llevar a cabo la función social de protección, a través del Estado, y consignadas en nuestra Constitución, entre las más importantes tenemos a la asistencia social y la previsión social.

La asistencia social, como mecanismo de la seguridad social es dirigida a personas que no cuentan con algún tipo de seguro so-

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

cial; es una protección integral física, mental y social a personas en estado de necesidad, y que puede ser brindada por el Estado, o por alguna institución privada, las cuales se mueven en torno al objetivo de ayudar a los sectores marginados de nuestra sociedad.

En lo que respecta a la previsión social, es el conjunto de normas e instituciones que pretenden proteger al trabajador de la vicisitudes que la vida y el trabajo pueden provocarle, como accidentes o enfermedades; y que lo priven de obtener su salario, así como de los elementos que le proporcionen la recuperación de la salud. Para ello, se obliga al patrón a inscribir a sus trabajadores al seguro social, o a cualquier otro organismo de tipo privado o público, para cumplir su obligación de proporcionar una calidad de vida digna y segura. Estas instituciones deben ocuparse en la salud integral de los trabajadores, y deben de proporcionar también una gama de tareas a desarrollar en los tiempos de ocio, logrando con ello una vida más completa para el ser humano.

El Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS), organismo público descentralizado, es una institución creada bajo los principios de universalidad, solidaridad, subsidiaridad, obligatoriedad e igualdad para garantizar el derecho humano a la salud, asistencia médica, protección de los medios de subsistencia y servicios sociales necesarios para un bienestar, tanto individual como colectiva, como lo indica la ley de la materia.

El IMSS nace en 1942, cuando el entonces presidente Manuel Ávila Camacho envía al Congreso de la Unión, la iniciativa de creación de dicho organismo, la cual fue aprobada el 31 de diciembre de 1942, y entró en vigor el 13 de enero de 1943.

El mercado laboral mexicano, como ya se señaló, ha propiciado nuevas formas de contratación, las cuales, tienden a la simulación de actos jurídicos, mermando los derechos laborales, donde los esquemas de subcontratación han alcanzado, en su afán de incrementar sus ganancias, su máxima expresión.

Sin importar los perjuicios que ocasionan a los trabajadores, las *outsourcing* se han incrementado; y además, tienden a extenderse en la evasión al pago de las cargas, emanadas de la previsión social, con mayor precisión, de las obligaciones que, por ley, tienen los patrones con el seguro social.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Y así es, que surge la creación de una serie de medidas que faciliten la vigilancia y control de los empresarios para el cumplimiento de esas obligaciones; y precisar el carácter del sujeto obligado cuando se contratan los servicios de las *outsorcing*, sobre todo en el servicio de nominas; y por ello, el 11 de junio de 2009, se promulgó el decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley del Seguro Social.

El 28 de diciembre del 2009 se presenta ante el pleno de la Cámara de Senadores, el dictamen que permite al IMSS, eficientar su función recaudadora y fiscalizadora mediante herramientas que faciliten la confrontación de datos y el cruce de información, verificando y ubicando quienes son los sujetos obligados al pago de cuotas obrero-patronales, y con ello, evitar los problemas administrativos y de costo, tanto al ente fiscalizador, como al sujeto obligado a presentar su información.

Los cambios incorporados a la Ley del Seguro Social se pueden sintetizar en los siguientes rubros: definición del sujeto o sujetos obligados; al respecto, la fracción VIII, del artículo 5-A, dice:

> Para los efectos de esta ley, se entiende por: ...Sujetos o sujeto obligado; los señalados en los artículos 12, 13, 229, 230, 241 y 250-A de la ley, cuando tengan la obligación de retener las cuotas obrero-patronales del Seguro Social o de realizar el pago de las mismas, y los demás que se establezcan en esta ley.

Este cambio, que se encuentra en el párrafo final va en concordancia con el artículo 15-A, que señala, entre otras cosas:

> ...Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos anteriores, cuando un patrón o sujeto obligado, cualquiera que sea su personalidad jurídica o su naturaleza económica, en virtud de un contrato, cualquiera que sea su forma o denominación, como parte de las obligaciones contraídas, ponga a disposición trabajadores u otros sujetos de aseguramiento para que ejecuten los servicios o trabajos acordados bajo la dirección del beneficiario de los mismos, en las instalaciones que éste determine, el beneficiario de los trabajos o servicios asumirá las obligaciones establecidas en esta Ley en rela-

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

> ción con dichos trabajadores, en el supuesto de que el patrón omita su cumplimiento siempre y cuando el instituto hubiese notificado previamente al patrón el requerimiento correspondiente y éste no lo hubiera atendido....

El tercer y cuarto párrafo del señalado artículo, incorporó la responsabilidad solidaria del sujeto beneficiado con los trabajos y servicios, siempre y cuando, el que se presentó como patrón no cumpla, y haya sido requerido por la institución, y además, no hubiese atendido dicho aviso.

El quinto párrafo obliga a comunicar cada trimestre, ante la subdelegación correspondiente, el domicilio del patrón o sujeto obligado; esta prerrogativa se dio por la práctica común de cambiar la razón social de las empresas en una forma indiscriminada.

Deberán registrar sus contratos y toda la demás información por duplicado, con el afán de que el seguro social, con su facultad fiscalizadora, encuentre, con mayor facilidad, a la persona sujeta al cumplimiento de las obligaciones que prevé la ley.

Estos cambios son necesarios, además de un acierto, ya que trata de persuadir a las empresas, que con prácticas evasivas y de simulación, sin importar el perjuicio que ocasionan a los trabajadores, intentan no cumplir sus obligaciones; no obstante, reconocemos que las reformas provocan nuevas y fuertes cargas administrativas, tanto de las empresas que brinda servicios de *outsourcing*, sobre todo en el ramo de nómina, como a quien las contrata, ya que los convierte en obligados solidarios.

Dichas reformas pudieran desincentivar la contratación y la generación de empleos; en este marco de referencia, debemos evaluar, que la justicia social se convierte, muchas de las veces, en una utopía, en donde los gobiernos se vuelven permisivos con las empresas para no cumplir con sus obligaciones; pero, también la desigualdad social, y el no proporcionar, sobre todo, una protección de orden médico, las cuales, pueden traer consecuencias graves, y desatar un lucha social con perjuicio para todos los componentes de una comunidad; por eso, es incuestionable que los sujetos de derecho, sobre todo los patrones, deben comportarse dentro de los cánones que nuestra Constitución y nuestra ley, señalan.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Por eso se hizo necesario reformar la Ley del Seguro Social. Falta, sin duda mucho por hacer, entre otras cosas, reconocer que nuestras normas serían más eficaces si evitarán ser obscuras, dudosas o incompletas y no tuviéramos que interpretarlas para su aplicación.

Debemos recordar que nuestras leyes son elaboradas por el Congreso de la Unión, o los congresos estatales, y que las personas que los integran, no son todos expertos en derecho; aunque se sabe que deben ser asesorados por personas especializadas, y en ese contexto, la redacción de nuestras normas, deben cumplir los requisitos de claridad, y congruencia, que dentro de una hermenéutica jurídica, y en la medida de lo posible, no debería dar cabida, a tener que usar una serie de metodologías, tratando de describir qué se intentó decir.

En lo referente al enfoque de carácter normativo, dentro del tema del intermediario, cabe señalar que la ley es insuficiente para entender claramente este concepto; por lo tanto, sugerimos que en los artículos 12 y 13 de la Ley Federal del Trabajo, se transcriba parte de la fracción XXV, del artículo 123 constitucional, para que quede de la siguiente manera: Artículo 12. Intermediario es la persona física o moral que a través de agencias de colocación, oficinas municipales, bolsas de trabajo o por cualquier otra institución pública o privada, da servicio de contratación para la colocación de los trabajadores. En la prestación de este servicio será gratuito para los trabajadores, en caso de violación por parte de las instituciones privadas, serán cancelados sus permisos para continuar con su función, las instituciones públicas estarán a lo dispuesto por sus propios ordenamientos.

Las autoridades administrativas pretenden resolver el problema por medio de un servicio gratuito, otorgado a través de su organismo, y que a la vez es una autoridad de trabajo, como lo es el Servicio Nacional del Empleo, Capacitación y Adiestramiento a nivel federal, y local, por los órganos competentes que las entidades federativas, de conformidad con lo establecido por la fracción II, del artículo 539 dispone, para la colocación de los trabajadores.

Estas funciones pueden ser realizadas por agencias privadas, las cuales deben ser autorizadas, y en su caso, registradas por las autoridades arriba señaladas. Es de todos, conocido, que muchos de los

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

llamados intermediarios, no cumplen con los requisitos señalados por ley, aún cuando el artículo 539-F expone: "La autorización para el funcionamiento de agencias de colocación, con fines lucrativos, sólo podrán otorgarse excepcionalmente, para la contratación de trabajadores que deban realizar trabajos especiales".

Insistimos, es necesario aclarar nuestro ordenamiento jurídico e imponer sanciones fuertes para los que no cumplan con las disposiciones, tanto legales, como reglamentarias.

Debemos comentar que el artículo 13 no habla de intermediario, sino que intenta regular al patrón, que sirve a otra empresa, ofreciendo servicios de administración, limpieza u otra índole, en la cual, la segunda no quiere hacerse cargo en forma directa, sin olvidar que ambos serán solidariamente responsables ante los trabajadores por incumplimiento de las obligaciones de orden laboral.

Sabemos que, aunque un contrato civil, libere de responsabilidad a uno de ellos, nuestro ordenamiento es de orden público, y prevalece lo más favorable para el trabajador; pues los derechos de la clase trabajadora no son renunciables, de acuerdo a diversas disposiciones enmarcadas en la ley.

Si nuestras autoridades cumplieran a conciencia con los objetivos para lo que fueron creadas, el respeto de la normas sería algo cotidiano y de trato común.

En conclusión, la estabilidad en el empleo es un derecho de suma importancia que beneficia, tanto al trabajador como al patrón.

El intermediario es un figura que propicia el fraude y debe tratar de evitarse; además, la ley debería ser modificada para aclarar cuando se actúa como un verdadero intermediario, y cuando no; por ello, con un cambio a la norma constitucional, se evitaría la interpretación que se hace por ser obscura.

IV. Bibliografía

Álvarez Ledesma, Mario, *Introducción al derecho*, México, McGraw Hill, 2002.

Bermúdez Cisneros, Miguel, *Derecho del trabajo*, México, Oxford, 2008.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Buen, Néstor De, *Derecho del trabajo I*, México, Porrúa, 2008.

Cueva, Mario De La, *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, México, Porrúa, 2000.

———, *Derecho mexicano del trabajo*, 10a. ed., México, Porrúa, 1967, t. I.

———, *Derecho mexicano del trabajo*, 11a. ed., México Porrúa, 1969, t. I.

Dávalos, José, *Derecho del trabajo I*, 9a. ed., México, Porrúa, 1990.

Morales, Hugo Ítalo, *La estabilidad en el empleo*, México, Trillas, 1987.

Rodríguez Ortiz, Martha, "La automatización y sus efectos en la estabilidad en el empleo", *Revista del Colegio de Profesores de las Materias Económicas de la Facultad de Derecho de la UNAM*, México, junio de 1991.

Rothery, Brian y Robertson, Ian, Outsorcing. *La subcontratación*, México, Limusa, 1996.

UNAM, *Nuevo diccionario jurídico mexicano*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Porrúa, 2000.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

MITOS Y REALIDADES DE LA CLÁUSULA DE EXCLUSIÓN

Rafael Tena Suck*

Sumario: I. *Introducción*. II. *Génesis*. III. *Desarrollo*. IV. *Justificación*. V. *Denominación y alcances*. VI. *Requisitos de validez*. VII. *Responsabilidad patronal*. VIII. *Responsabilidad del sindicato*. IX. *Derechos de preferencia*. X. *Titularidad de contratos colectivos*. XI. *Inconstitucionalidad*.

I. Introducción

La cláusula de exclusión, no fue motivo de discusión, ni reglamentación en la formulación del artículo 123 de la Constitución de 1917, ni en las leyes de los estados; surge en las convenciones colectivas de trabajo, como un medio para fortalecer a la asociación sindical.

En la Ley Federal del Trabajo de 1931, se reconoció la licitud de la cláusula de ingreso en los contratos colectivos de trabajo, por la cual, el patrono se obliga a admitir como trabajadores a quienes estén sindicalizados, siempre que haya sido aceptada voluntariamente por las partes.

En el proyecto de la nueva Ley Federal del Trabajo de 1970, se reglamentaron con mayor detalle los motivos y procedimientos de expulsión en los estatutos sindicales y, ambas cláusulas, se unificaron en un sólo precepto.

La cláusula de exclusión representa un contrasentido, pues se

* Abogado postulante en materia laboral, seguridad social y juicio de amparo. Socio del despacho Hugo Ítalo y Asociados, S. C., desde 1978. Profesor por oposición del curso de derecho del trabajo II en la Universidad Nacional Autónoma de México. Autor de múltiples publicaciones.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

estima que es un instrumento de opresión de los sindicatos sobre sus miembros; y, por otra parte, que es una conquista de la clase trabajadora, no obstante que, a su amparo se permitieron conductas abusivas de los sindicatos para someter a los trabajadores con la amenaza de perder su empleo mediante la expulsión, en detrimento de los derechos de los trabajadores, y más aún, como mecanismo corporativo de control político.

Sin duda, el artículo 123 de la Constitución de 1917, fue un notable esfuerzo en favor de la justicia social; sin embargo, la cláusula de exclusión no representa una conquista sindical; por el contrario, fue otorgada a la dirigencia a cambio de apoyo de los trabajadores a los gobiernos en turno, y que además, ha sido un mecanismo utilizado para mantener el poder sin importar las consecuencias para el país, ni para los trabajadores.

Después de 70 años de vigencia, la Suprema Corte de Justicia de la Nación hizo justicia a los trabajadores, declarando inconstitucional la cláusula de exclusión por separación prevista en los artículos 395 y 413 de la Ley Federal del Trabajo, por ser violatorios de los artículos 5o., 9o. y 123, apartado A, fracción XVI, de la Constitución.

II. Génesis

Los tratadistas del derecho laboral coinciden, en que la cláusula de exclusión tiene su antecedente más remoto en el régimen corporativo de la Edad Media, en donde la finalidad de las corporaciones era la defensa del mercado de trabajo en contra de terceros o personas ajenas al gremio; únicamente los maestros, previa autorización de la corporación, podían formar un taller; y, quienes no formaban parte de ella, no tenían acceso.

Las actividades del sistema feudal eran limitadas, y con ello, provocaron la especialidad de los trabajos y la creación de gremios, corporaciones y *guildas*, que tenían la siguiente estructura jerárquica:

a) Maestros. Señor propietario o dueño del taller.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

b) Los oficiales. Correspondía a los coordinadores del trabajo y jefes de las organizaciones que recibía un pago por sus servicios.
c) Los aprendices. Quienes desarrollaban el trabajo sin ninguna prerrogativa, ya que recibían enseñanza práctica, y en ocasiones pagaban, por ella. El maestro tenía derechos sobre el aprendiz.

En esa etapa de la historia, el hombre quedaba vinculado al trabajo de por vida, basado en una relación de fidelidad y lealtad, y aún transmitía a sus hijos la relación con la corporación, haciéndose acreedor a enérgicas sanciones cuando intentaba romper ese vínculo por la ausencia de libertad de trabajo; y, no existía un sistema jurídico de protección.

Los colegios de maestros fijaban precio a los productos y lugares del comercio imponiendo, en ocasiones, graves sanciones a sus miembros, como la expulsión de la organización, o la pérdida temporal o permanente de su categoría, por violación a las normas impuestas, a fin de controlar la competencia desleal. De estos principios deducen, que las asociaciones de compañeros implementaron la cláusula de exclusión.

Los opositores a esta idea, señalan que las corporaciones medievales no fueron organizaciones de resistencia social; por lo que, la cláusula de exclusión, nació como consecuencia de las asociaciones profesionales contemporáneas, es decir, como un medio para fortalecer a la asociación sindical.

También, se afirma que la cláusula de exclusión, se encuentra íntimamente vinculada a la evolución del contrato colectivo de trabajo; así, en Inglaterra, con la Ley del Parlamento (*Trade disputes act*), de 1906, se reconoció su licitud; en Estados Unidos de Norteamérica, con la Ley Warner, de 1935, se reconoció expresamente la validez de esta cláusula pactada en los contratos colectivos de trabajo.[1]

[1] De La Cueva, Mario, *Nuevo derecho mexicano del trabajo*, México, Porrúa, 1979, p. 309, t. II.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

III. Desarrollo

El derecho del trabajo en México surgió como un postulado de la revolución; sin embargo, tanto en la formulación, como en el texto del artículo 123 de la Constitución, y en las leyes de los estados de esos años, no se discutió, ni se reglamentó la cláusula de exclusión (ingreso o separación), seguramente por ser contraria a los intereses de los trabajadores y a la libertad sindical, o simplemente, porque los constituyentes de Querétaro, no contemplaron esta figura jurídica.

Mario de la Cueva afirma que en nuestro país en el contrato colectivo de trabajo de la Compañía Mexicana de Luz y Fuerza Motriz S. A., suscrito en 1916 por la *Confederación Regional Obrera Mexicana* (CROM), y en la Convención textil de 1927, aparecieron las primeras cláusulas de ingreso, de la que se tienen noticia.[2]

En 1929, el presidente Emilio Portes Gil, remitió al Congreso de la Unión un proyecto de código federal del trabajo, encontrando una fuerte oposición en la Cámara de Diputados, por lo que no llegó a discutirse, puesto que el movimiento obrero representado por la CROM, impugnó la tendencia fascista de sindicalización única, insistiendo en la incorporación de la cláusula de exclusión por ingreso y separación.

En el proyecto de ley de la Secretaría de Industria y Trabajo de 1931, se reiteró la garantía de la libertad sindical; sin embargo, en el artículo 49, se reconoció la licitud de la cláusula de ingreso, por lo cual, en los contratos colectivos de trabajo se establecía que el patrono se obliga a admitir como trabajadores, a quienes estén sindicalizados, siempre que haya sido aceptada voluntariamente por las partes.

En el congreso, la diputación obrera objetó la redacción del artículo 49 del proyecto antes mencionado, señalando que su redacción parecía extraída del derecho civil y limitaba el derecho de huelga para obligar al patrón a incorporar esta cláusula en los contratos colectivos de trabajo, ya que quedaba sujeto a voluntad, su incorporación; por lo que se suprimió la última parte relativa al acuerdo de voluntades.

2 *Idem.*

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Los trabajadores también argumentaron que la cláusula de ingreso era inútil, sin una de separación, por lo que se adicionó al proyecto de ley, el artículo 236, que regulaba la cláusula de exclusión por separación, otorgando la facultad de los sindicatos, de solicitar la separación del empleo a los trabajadores expulsados o despedidos del sindicato, cuando así se hubiese pactado en los contrato colectivos de trabajo.

La comisión dictaminadora del Congreso comprendió las consecuencias negativas de la cláusula de exclusión en la estabilidad en el empleo, limitando su ámbito de aplicación en la fracción VII, del artículo 246 de la ley, que indicaba:

> Los estatutos de los sindicatos deberán expresar:
> ...VII: Los motivos y procedimientos de expulsión y las correcciones disciplinarias. Los miembros del sindicato solamente podrán ser expulsados de él, con la aprobación de las dos terceras partes de sus miembros.

Como consecuencia de lo anterior, en los artículos 49 (título II, del contrato colectivo de trabajo) y 236 (título IV, de los sindicatos), de la Ley Federal del Trabajo promulgada el 18 de agosto de 1931, se estableció la cláusula de exclusión de ingreso y por separación, en los siguientes términos:

> Artículo 49. La cláusula por virtud de la cual el patrón se obligue a no admitir como trabajadores sino a quienes estén sindicalizados, es lícita en los contratos colectivos de trabajo. Esta cláusula y cualquiera otras que establezcan privilegios a favor de los sindicalizados, no podrán aplicarse en perjuicio de los trabajadores que no formen parte del sindicato contratante y que ya presten servicios en la empresa en el momento de celebrarse el contrato.
> Artículo 236. Los sindicatos de trabajadores tienen el derecho de pedir y obtener del patrón, la separación del trabajo de sus miembros que renuncien o sean despedidos del sindicato, cuando en el contrato respectivo exista la cláusula de exclusión.

En la exposición de motivos de la ley, se justifica la incorporación de los preceptos para evitar las maniobras, que en ocasiones,

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

se han utilizado en contra de los sindicatos, y como una medida de consolidación de las organizaciones sindicales.

Es importante destacar que, desde su origen, se dispuso que la cláusula, sólo surtirá efectos para los trabajadores que ingresen a dicha empresa, con posterioridad a la fecha en que el sindicato solicitó la celebración del contrato colectivo de trabajo, y su inclusión en él, de la cláusula de admisión exclusiva de sindicalizados; sin embargo, su inaplicación a los trabajadores libres, o no sindicalizados, es difícil de sostener, no obstante que en la fracción III, del artículo 249, de la ley de 1931, se estableció que, quedaba prohibido a los sindicatos: "Usar de la violencia sobre los trabajadores libres para obligarlos a que se sindicalicen".

Asimismo, se pasó por alto, que en el artículo 235 de la ley, se consignó que, "cualquier estipulación que establezca multa convencional en caso de separación del sindicato o que desvirtúe de algún modo las libertades positiva y negativa de sindicalización, se tendrá por no opuesta"; por lo que, la cláusula de exclusión nació viciada de nulidad.

Los preceptos anteriores son el antecedente directo del actual artículo 395 de la Ley Federal del Trabajo, que después de 70 años de vigencia, fue declarado inconstitucional por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

En el proyecto de la nueva Ley Federal del Trabajo de 1970, no obstante, que se había reconocido que la cláusula de exclusión representaba una fuente de abusos a los trabajadores, y un instrumento de opresión de los sindicatos sobre sus miembros, nadie objetó su subsistencia de lo que se consideraba una conquista de la clase trabajadora, sólo se reglamentaron con mayor detalle los motivos y procedimientos de expulsión de los estatutos sindicales, y ambas cláusulas se unificaron en un solo precepto.

En efecto, en la exposición de motivos de la Ley Federal del Trabajo de 1970, se indica:

> El artículo 371 señala los elementos que deben contener los estatutos de los sindicatos; en la fracción VII se reglamentaron los motivos y procedimientos de expulsión y la imposición de correcciones disciplinarias, con el doble propósito de garantizar a los

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

> trabajadores contra cualquier abuso que se intentara cometer, pero al mismo tiempo, dejando en libertad a la asamblea sindical para que, sin intervención de ninguna autoridad, decrete la expulsión o imponga las correcciones disciplinarias que correspondan de conformidad con los estatutos.

Luego entonces, la cláusula de exclusión, en su doble aspecto, quedó depositada en el artículo 395 de la Ley Federal del Trabajo de 1970, en los siguientes términos:

> Artículo 395.- En el contrato colectivo podrá establecerse que el patrón admitirá exclusivamente como trabajadores a quienes sean miembros del sindicato contratante. Esta cláusula y cualesquiera otras que establezcan privilegios en su favor, no podrán aplicarse en perjuicio de los trabajadores que no formen parte del sindicato y que ya presten sus servicios en la empresa o establecimiento con anterioridad a la fecha en que el sindicato solicite la celebración o revisión del contrato colectivo y la inclusión en él de la cláusula de exclusión.
>
> Podrá también establecerse que el patrón separará del trabajo a los miembros que renuncien o sean expulsados del sindicato contratante.

Asimismo, en el artículo 413 de la ley, también se estableció la posibilidad de pactar la cláusula de exclusión en los contratos ley, de la siguiente manera: "En el contrato-ley podrán establecerse las cláusulas a que se refiere el artículo 395. Su aplicación corresponderá al sindicato administrador del contrato-ley en cada empresa."

Aunado a lo anterior, en las fracciones VII y VIII, del artículo 371 de la Ley Federal del Trabajo de 1970, se contemplaron en los estatutos sindicales mayores requisitos, así como los motivos y procedimientos de expulsión, correcciones disciplinarias, y la forma de convocar a las asambleas, limitando en consecuencia, la aplicación arbitraria de la cláusula de exclusión:

> Artículo 371. Los estatutos de los sindicatos contendrán:
> VII. Motivos y procedimientos de expulsión y correcciones disciplinarias. En los casos de expulsión se observarán las normas siguientes:

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

a) La asamblea de trabajadores se reunirá para el solo efecto de conocer de la expulsión.
b) Cuando se trate de sindicatos integrados por secciones, el procedimiento de expulsión se llevará a cabo ante la asamblea de la sección correspondiente, pero el acuerdo de expulsión deberá someterse a la decisión de los trabajadores de cada una de las secciones que integren el sindicato.
c) El trabajador afectado será oído en defensa, de conformidad con las disposiciones contenidas en los estatutos.
d) La asamblea conocerá de las pruebas que sirvan de base al procedimiento y de las que ofrezca el afectado.
e) Los trabajadores no podrán hacerse representar ni emitir su voto por escrito.
f) La expulsión deberá ser aprobada por mayoría de las dos terceras partes del total de los miembros del sindicato.
g) La expulsión sólo podrá decretarse por los casos expresamente consignados en los estatutos, debidamente comprobados y exactamente aplicables al caso;
VIII. Forma de convocar a asamblea, época de celebración de las ordinarias y quórum requerido para sesionar. En el caso de que la directiva no convoque oportunamente a las asambleas previstas en los estatutos, los trabajadores que representen el treinta y tres por ciento del total de los miembros del sindicato o de la sección, por lo menos, podrán solicitar de la directiva que convoque a la asamblea, y si no lo hace dentro de un término de diez días, podrán los solicitantes hacer la convocatoria, en cuyo caso, para que la asamblea pueda sesionar y adoptar resoluciones, se requiere que concurran las dos terceras partes del total de los miembros del sindicato o de la sección. Las resoluciones deberán adoptarse por el cincuenta y uno por ciento del total de los miembros del sindicato o de la sección, por lo menos.[3]

La corte, en ejecutorias posteriores, condicionó la validez de la cláusula de exclusión a la comprobación, mediante el acta de asamblea que decretó la expulsión, la incorporación de los asistentes, el sentido del voto, así como el cabal cumplimiento de los requisitos a que se refiere la fracción VIII, del artículo 371 de la Ley Federal del Trabajo.

3 *Diario Oficial de la Federación,* 30 de abril de 1970.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

IV. Justificación

La mayoría de los defensores de la cláusula de exclusión, justifican su existencia en la lucha de clases, por la cual, los trabajadores en el siglo XIX, obtuvieron el reconocimiento por parte del Estado, del derecho de sindicalización; y, como consecuencia, de la consolidación natural de la asociación profesional, el derecho de celebrar contratos colectivos de trabajo, para establecer mejores condiciones de trabajo.

Ante los triunfos de los trabajadores, la clase poseedora de los medios de producción, no se resignó a aceptar su derrota, y por ello, las organizaciones sindicales fueron, inicialmente combatidas, por todos los medios; y en ocasiones, reprimidas violentamente; después se tomaron medidas para debilitarlas o dividirlas a través de la creación de sindicatos blancos, o al servicio del patrón, concesiones económicas, sociales o políticas, despidos de trabajadores y dirigentes; contratación de trabajadores libres o de supuesta confianza, unificación corporativa de sindicatos, presiones, amenazas o sanciones a los trabajadores a fin de que los obreros no formaran parte de los sindicatos, y en su defecto, el paternalismo sindical por parte del Estado y de los patrones; y, recientemente la celebración de contratos colectivos de protección.

Los sindicatos, por virtud de la conciencia de clase, reaccionaron creando centrales obreras, y exigiendo la incorporación en los contratos colectivos de trabajo de la cláusula de ingreso o contratación —como lo señala la doctrina Italiana—, para que los patrones tuvieran bajo su dirección y dependencia, única y exclusivamente a los trabajadores sindicalizados. La cláusula de exclusión persigue dos fines; uno mediato, que es la consolidación de las organizaciones sindicales, y el de ofrecer un frente unido de lucha contra las maniobras de los patrones que nunca han visto con buenos ojos, ni han aceptado espontáneamente el sindicalismo.[4]

Por su parte, Alberto Trueba Urbina, sin desconocer los perjuicios que los abusos de la institución han causado a los trabaja-

[4] Porras y López, Armando, *Derecho mexicano del trabajo*, México, Textos Universitarios, 1975, pp.164 y 165.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

dores, destaca sus bondades, considerando que es el resultado de una conquista del proletariado en beneficio de la unidad sindical, señalando que:

> La consagración de la cláusula sindical de admisión al trabajo de obreros sindicalizados constituye una conquista del proletariado que fortalece el sindicalismo. …la cláusula de exclusión ha sido objeto de censuras, se entiende, por enemigos del sindicalismo, porque mediante la aplicación de esta sanción sindical a los obreros carentes de responsabilidad, se consolida la fuerza de las organizaciones de resistencia. La institución es beneficiosa para el movimiento obrero, a pesar de que no ha faltado ocasión en que se cometan a su amparo verdaderas injusticias; sin embargo es conveniente su regulación legal, para evitar la corrupción e injustos actos de pasión sindical.[5]

Luis Muñoz defiende la legalidad, y justifica la existencia de la cláusula de exclusión, al señalar:

> La llamada cláusula de exclusión ha sido objeto de encontradísimos combates, no queremos entrar en ellos, nos basta recordar que dicha cláusula se justifica plenamente en consideraciones económicas, sociales, políticas y de cultura muy destacadas. El Estado debe fomentar el sindicalismo como medio de proteger, con la máxima eficiencia, el trabajo, el bien social inestimable y a los trabajadores de toda clase. El sindicalismo es fuente de solidaridad. …El Estado debe fomentar la sociabilidad, la sindicalización, la asociación, la comprensión el entendimiento; pero protegiendo a los más débiles. …El fin de la cláusula de exclusión es la defensa de los trabajadores frente al patrón, y al mismo tiempo lograr la suspensión de los conflictos intergremiales por medio de la organización sindical.[6]

Carlos De Buen Unna, señala que el establecimiento de la cláusula de exclusión, atiende al predominio del interés colectivo sobre

5 Trueba Urbina, Alberto, *Ley Federal del Trabajo reformada. Comentarios y jurisprudencia*, México, Porrúa, 1961, pp. 20 y 100.

6 Muñoz, Luis, *Comentarios a la Ley Federal del Trabajo*, México, Librería Manuel Porrúa, 1948, pp. 312 y 313.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

el interés individual; a fin de mantener la cohesión dentro de los sindicatos de trabajadores, éstos tienen la prerrogativa de proporcionar al patrón a los trabajadores que van a ingresar a la empresa, al igual que pueden pedir la separación de aquellos que demuestren interese contrarios al grupo, y el abuso por parte de líderes corruptos, anula el ejercicio de la democracia sindical:

> El problema de la constitucionalidad de la cláusula de exclusión es poco relevante frente a los daños que ha causado su utilización, ya sea para que los patrones puedan deshacerse de algunos trabajadores sin mayor riesgo, mediante la artimaña de pedir a los líderes corruptos que los expulsen del sindicato y pidan su separación de la empresa, o también para que estos líderes se mantengan en el poder, impidiendo que algún miembro del sindicato pueda oponerse a sus decisiones, frente a la amenaza de expulsión, con lo que se anula cualquier posibilidad de ejercicio real de la democracia sindical.[7]

Desde otro punto de vista, en un interesante estudio sobre la historia de México, Enrique Martín Moreno, afirma que la mayoría de los historiadores y políticos, han atribuido un profundo sentido obrero a la Revolución mexicana; por ello, parece imposible negar que la revolución tuvo sus orígenes en las huelgas de los mineros en Cananea, y los tejedores de Rio Blanco; también resulta difícil cuestionar, que el artículo 123 de la Constitución de 1917, fue un notable esfuerzo a favor de la justicia social; sin embargo, dicho carácter es un mito y las supuestas conquistas sindicales han sido, en el mejor de los casos, un mecanismo que los caudillos y los políticos han utilizado para mantenerse en el poder, sin importar las consecuencias que sus acciones tuvieran para el país y para los trabajadores.[8]

Agrega el autor que, durante la revolución, las relaciones entre los alzados y los obreros no fueron buenas en más de una ocasión, pues terminaron en graves enfrentamientos, …la democracia ma-

7 De Buen Unna, Carlos, *Ley Federal del Trabajo. Análisis y comentarios*, México, Themis, 1977, p. 395.

8 Martín Moreno, Francisco, *100 mitos de la historia de México*, México, Aguilar, 2011, p. 199.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

derista temía a los líderes obreros y a veces los mandaba al exilio, a la casa del obrero mundial la tildó de ser un nido de anarquistas, que difundía propaganda perniciosa, y por esa razón, Madero ordenó su clausura…; pero, cuando la revolución inició una nueva etapa en 1913, Álvaro Obregón descubrió que era fundamental pactar con los obreros para garantizar su apoyo y sometimiento. Así, Venustiano Carranza, aunque no estaba del todo convencido, suscribió una alianza con la casa del obrero mundial, por el cual se crearon los batallones rojos, con el compromiso de impulsar medidas a favor de la clase obrera.

> De esa manera, no debe extrañarnos que en 1919 cuando Obregón lanzó su primera campaña para conquistar la Presidencia de la República, haya robustecido sus nexos con la clase obrera gracias a un pacto secreto con Luis Napoleón Morones, padre del sindicalismo mexicano y fundador de la CROM, ...mediante este pacto,[9] se compraba el apoyo de los trabajadores a cambio de una serie de prebendas para sus líderes, como la creación de la Secretaría del Trabajo, que quedaría a cargo del dirigente de la CROM, y la aprobación de una Ley Federal del Trabajo que legitimara la cláusula de exclusión y la obtención de "todos los medios necesarios" para que esta central hiciera la propaganda y la organización obrera de todo el país. La revolución dejaba pudrirse en una cloaca norteamericana a Ricardo Flores Magón, el padre del sindicalismo incorruptible....[10]

No resistimos la tentación de transcribir sus conclusiones; con estos beneficios, las centrales obreras y los sindicatos más poderosos, se convirtieron en órganos al servicio de los caudillos y presidentes, quienes pagaron generosamente por su apoyo sin restricciones; los líderes obreros se enriquecieron escandalosamente (como sucedió con los dirigentes del sindicato petrolero, electricista, maestros, entre otros), o, se incorporaron al gobierno como funcionarios, legisladores o gobernadores; mientras tanto, los obreros —dependiendo de su valor político—, accedieron a las conquistas sindicales, que terminaron por quebrar a las empresas e institucio-

9 Citando a Clark Ruth, *La organización obrera en México*.

10 Martín Moreno, Francisco, *op. cit.*, pp. 200 y 201.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

nes. No olvidemos que una buena parte de las crisis económicas de Pemex y el IMSS, se debe a las demenciales prestaciones que tienen los trabajadores. El mito del obrerismo, sobre todo el oficial, es una de las causas del atraso, del despilfarro y de la corrupción que tanto han dañado a nuestra patria.[11]

Luego entonces, la cláusula de exclusión, no fue una conquista de la clase trabajadora, sino una concesión de control y sometimiento de los trabajadores, a cambio del fortalecimiento en todos los órdenes de los líderes sindicales, y sus consecuencias han sido nocivos.

En la práctica, muchas empresas justifican la aplicación de la cláusula de exclusión para su propio beneficio y control de los trabajadores inconformes por conducto de los líderes sindicales, bajo la amenaza de la pérdida de su trabajo, y al sindicato como instrumento a su servicio, e inclusive como mecanismo corporativo de control político.

V. Denominación y alcances

La doctrina denomina a la cláusula de exclusión bajo los siguientes conceptos: cláusula de exclusividad; consolidación, o de preferencia sindical; depuración, que en esencia pretende la contratación de trabajadores que sean miembros del sindicato y la eliminación de agentes nocivos para el mismo, y que, a lo largo de la historia, ha sido un arma poderosa de los líderes sindicales para amenazar, sancionar o imponer su voluntad a los trabajadores, así como para conservar sus privilegios y exclusividad.

La denominada cláusula de exclusión tiene su fundamento —como se dijo—, en el artículo 395 de la Ley Federal del Trabajo, por el cual, en el contrato colectivo, podrá establecerse que el patrón admita exclusivamente como trabajadores a quienes sean miembros del sindicato contratante. También podrá establecerse que el patrón, separará del trabajo a los miembros que renuncien o sean expulsados del sindicato contratante, en la inteligencia de que esta cláusula, y cualquier otra que establezca privilegios a su favor, no

11 *Ibidem* pp. 201-203.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

podrán aplicarse en perjuicio de los trabajadores que no formen parte del sindicato, y que ya presten sus servicios en la empresa o establecimiento con anterioridad a la fecha en que el sindicato solicite la celebración o revisión del contrato colectivo.

En el orden terminológico, Mario De La Cueva considera que debe denominarse cláusula de exclusión por ingreso, al pacto que cierra a los trabajadores libres, el acceso a la empresa; y, cláusula de exclusión por separación, la que obliga al patrón a separar al obrero que dimita o sea expulsado del sindicato.[12]

Baltasar Cavazos no comparte esta denominación, y sostiene que la expresión, cláusula de exclusión por separación, es redundante; y, propone que se les denomine simplemente, cláusula de admisión y de expulsión.[13]

En su defecto, como lo señala De Buen, podría hablarse de una "cláusula de admisión", y una "cláusula de separación".[14]

Por su parte, J. Jesús Castorena, afirma que la cláusula de exclusión comprende diversas obligaciones, las cuales son:

1) El deber del patrón de tener a su servicio trabajadores pertenecientes al sindicato.
2) El deber del propio patrón de despedir al trabajador que deje de pertenecer al sindicato.
3) El deber del patrón de solicitar del sindicato el personal que requiera para cubrir las vacantes temporales o definitivas, o los puestos de nueva creación, o bien boletinarlos.
4) El deber del sindicato de proporcionar el personal solicitado dentro del plazo establecido.[15]

Néstor De Buen coincide con la enunciación anterior, y aclara con razón, que el patrón no despide, sino separa a los miembros

12 De La Cueva, Mario, *Nuevo derecho...*, *op. cit,* p. 368.

13 Cavazos Flores, Baltasar, *35 Lecciones de derecho laboral*, México, Trillas, 1982, p. 263.

14 *Cfr.* De Buen Lozano, Néstor, *Derecho del trabajo*, México, Porrúa, 1976, p. 689, t. II.

15 *Manual*, p. 258.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

que renuncien o sean expulsados del sindicato, según se desprende del segundo párrafo, del artículo 395; ya que el patrón carece de responsabilidad en este acto jurídico.[16]

De lo anterior se infiere, que se permite pactar en los contratos colectivos de trabajo la cláusula de exclusión en sus dos aspectos:

a) Cláusula de admisión, que establece la posibilidad de laborar en una empresa, sólo por conducto de los organismos sindicales.

   En la práctica consiste en remitir un aviso al sindicato de la existencia de una vacante temporal, o definitiva, o un puesto de nueva creación, y se regula el plazo perentorio para que el sindicato proporcione a los candidatos, que de no hacerlo, puede pactarse la libertad patronal de contratación con el requisito de afiliación previa para que el trabajador pueda iniciar sus labores.

   La cláusula de ingreso requiere la previa afiliación al sindicato, para poder acceder a un trabajo en una empresa o establecimiento, por lo que se considera como uno de los requisitos del empleo; y, no presenta mayores problemas de legalidad o inconstitucionalidad, no así la exclusión, como se analizará con posterioridad.

   En términos de la fracción I, del artículo 47 de la ley, es causa de rescisión de la relación del trabajo, sin responsabilidad patronal, engañar el trabajador, o en su caso, sindicato que lo hubiera propuesto o recomendado, con certificados falsos, o referencias en los que se atribuyan al trabajador capacidad, aptitudes o facultades de que carezca. Esta causa de rescisión dejará de tener efecto, después de 30 días de prestar sus servicios el trabajador.

b) Cláusula por separación de los trabajadores del sindicato y de la empresa por renuncia o expulsión, cuando se demuestren tener intereses contrarios al organismo gremial.

   El patrón, al recibir el oficio de expulsión del trabajador, por parte del sindicato, debe separarlo inmediatamente del empleo, sin que pueda prejuzgar la procedencia o improcedencia de la misma, puesto que, como lo señala la jurisprudencia de la cor-

16 De Buen Lozano, Néstor, *op. cit.*, p. 688.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

te, equivaldría a que el patrón tuviera injerencia en el funcionamiento interno de la organización sindical, lo cual es contrario a la ley.

> Cláusula de exclusión. El patrón no está obligado a cerciorarse de la legalidad del acuerdo de exclusión de un trabajador, tomado por el sindicato, para acatar tal acuerdo, pues ello equivaldría a que el patrón tuviera injerencia en el funcionamiento interno de la organización sindical, lo cual es contrario a la ley.[17]

VI. Requisitos de validez

En términos de la fracción VII, del artículo 371 de la Ley Federal del Trabajo, en los casos de expulsión de trabajadores del sindicato, deben observarse las normas siguientes:

> a) Que la cláusula de exclusión se encuentre estipulada en el contrato colectivo de trabajo.
> b) Que los motivos y procedimiento de expulsión se encuentren previstos en los estatutos.
> c) Que la asamblea de trabajadores se reúna para el solo efecto de conocer de la expulsión.
> d) Cuando se trate de sindicatos integrados por secciones, el procedimiento de expulsión se llevará a cabo ante la asamblea de la sección correspondiente, pero el acuerdo de expulsión deberá someterse a la decisión de los trabajadores de cada una de las secciones que integren el sindicato.
> e) El trabajador afectado será oído en defensa, de conformidad con las disposiciones contenidas en los estatutos, permitiéndole la garantía de audiencia y legalidad.
> f) La asamblea conocerá de las pruebas que sirvan de base al procedimiento y de las que ofrezca el afectado.
> g) Los trabajadores no podrán hacerse representar ni emitir su voto por escrito.
> h) La expulsión deberá ser aprobada por mayoría de las dos terceras partes del total de los miembros del sindicato.

17 *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, vols. 151 y 156, p. 99.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

i) La expulsión sólo podrá decretarse por los casos expresamente consignados en los estatutos, debidamente comprobados y exactamente aplicables al caso.
j) Que en las actas de la asamblea conste el nombre de los asistentes, el sentido de su voto y las respectivas firmas.
k) Que se comunique al patrón con el objeto de proceda de inmediato a la separación del trabajador.

Por regla general, los sindicatos no cumplen los requisitos antes apuntados, por ello, los trabajadores afectados, casi en todos los casos, obtienen laudos favorables a sus intereses, máxime que, al ser objetadas en juicio las actas de asamblea, es necesario, la ratificación de contenido y firma de todos los trabajadores que asistieron y emitieron su voto en la asamblea; lo que ocasiona al patrón, graves daños y perjuicios en la producción, y prefieren pagar a los trabajadores involucrados, indemnizaciones superiores a la ley, antes que permitir la paralización generalizada de las labores, por tener que acudir los trabajadores a las juntas de conciliación y arbitraje, a ratificar su actuación sindical; sin embargo, esto no impide que sean separados de sus empleos y difícilmente son reincorporados a sus actividades.

VII. Responsabilidad patronal

El patrón, en caso de aplicación de la cláusula de exclusión, como ya se mencionó, tan pronto como reciba la notificación por escrito del sindicato de la expulsión, debe separarlo de inmediato al trabajador del empleo, sin que pueda prejuzgar sobre su procedencia, ya que al aplicarla, no incurre en responsabilidad, sólo cumple con una obligación contractual.

> Cláusula de exclusión. El acatamiento del patrón de su aplicación, no le hace incurrir en responsabilidad. La patronal no incurre en responsabilidad por lo que hace a la separación del trabajador, ante la existencia de la petición formal de la agrupación sindical en tal sentido, si en el contrato ley se establece la obligación de la patronal de separar de sus labores a los trabajadores, tan pronto como

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

> reciba la notificación por escrito del sindicato, pues ello pone de relieve que aquella parte no lo hace por determinación propia, sino en acatamiento de una obligación contractual.[18]

Por motivos de seguridad jurídica, y a efecto de no incurrir en responsabilidad, el patrón debe cerciorarse de la autenticidad del oficio de aplicación; que en el contrato colectivo de trabajo esté pactada dicha cláusula, y que el trabajador excluido, pertenezca al sindicato. Verificados estos requisitos, el patrón está obligado a cumplir con el acuerdo sindical; de lo contrario, violaría el pacto colectivo, y el sindicato podría exigir su cumplimiento, mediante el procedimiento de huelga.

> Cláusula de exclusión. Autenticidad del oficio por el cual se solicita su aplicación. La autenticidad del oficio por el cual se solicita la separación de los trabajadores con motivo de la aplicación de la cláusula de exclusión, se encuentra acreditada si dicho oficio fue signado por la misma persona que celebró el contrato colectivo de trabajo por parte del sindicato con la empresa.[19]
>
> Cláusula de exclusión, obligaciones del patrón en la aplicación de la. Al patrón sólo compete en el caso de aplicación de la cláusula de exclusión cerciorarse: a) de la autenticidad del oficio en que se le comunica la aplicación de la cláusula de exclusión; b), que en el contrato respectivo esté consignada dicha cláusula; c), que los trabajadores excluidos pertenecen al sindicato que aplica la repetida cláusula, y una vez que esto se acredite, el patrono, sin responsabilidad, está obligado a cumplir con el acuerdo respectivo, sin que pueda pretender intervenir en los procedimientos que el sindicato haya seguido para la aplicación de dicha cláusula, ya que esto sólo puede interesar a los trabajadores.[20]

18 *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, t. IV, segunda parte-1, julio-diciembre de 1989, p. 139.

19 *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, t. IX, marzo de 1992, p. 157.

20 *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, vol. 74, quinta parte, p. 17.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

En caso de que el trabajador demande la nulidad de la aplicación de la cláusula de exclusión, y la junta resuelva favorablemente, la responsabilidad del patrón solo se traduce en reinstalarlo, sin que se le pueda imponer la obligación de pagar los salarios caídos, ya que no fue por propia voluntad separarlo del empleo.

> Cláusula de exclusión, aplicación de la, sin responsabilidad para el patrono. Si la empresa demandada, al separar al quejoso, se concretó a cumplir con el contrato colectivo de trabajo correspondiente, es evidente que, al demostrarse que la expulsión de éste del seno de la agrupación sindical a que pertenecía, se llevó a cabo en forma irregular, y aún contrariando disposiciones del citado contrato, o de los estatutos correspondientes, la única consecuencia de tal hecho, es que se obligue a la empresa a que lo reinstale en su empleo pero sin que se le pueda imponer a la vez la obligación de pagarle salarios caídos, ya que no fue por propia voluntad como lo separó del trabajo.[21]
>
> Cláusula de exclusión, aplicación de la. Sin responsabilidad para el patrón. Si para separar al trabajador la empresa se concretó a obsequiar la solicitud del sindicato, es evidente que dicha separación no fue por voluntad propia de aquélla sino en cumplimiento del contrato colectivo de trabajo correspondiente. De ahí que si llegara a estimarse incorrecta la exclusión del trabajador del seno de la agrupación sindical a que pertenecía, y por lo mismo la ruptura de la relación laboral, la única consecuencia de tal hecho, respecto de la empresa, es que reinstale en su puesto al trabajador excluido, pero no a que le cubra los salarios caídos.[22]

Por lo tanto, el patrón carece de responsabilidad en el pago de conceptos indemnizatorios, salvo en su caso, al cumplimiento del laudo que ordene la reinstalación del trabajador, y como consecuencia de lo anterior, al pago de prestaciones accesorias, ya que la relación de trabajo se encontraba suspendida y debe restaurarse

21 *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, vol. 151-156, quinta parte, p. 99.

22 *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, t. XIV, julio de 1994, p. 488.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

como si nunca se hubiera separado al trabajador del empleo, como se resolvió en la tesis que transcribimos a continuación:

> Cláusula de exclusión, pago de prestaciones accesorias por indebida aplicación de la, cuando se demanda al sindicato y al patrón. Para establecer las condenas por prestaciones accesorias derivadas del ejercicio de la acción principal de reinstalación, cuando se demanda tanto a la parte patronal como al sindicato y la reclamación se funda en la indebida aplicación de la cláusula de exclusión, debe atenderse a que, si bien es cierto que, a modo de daños y perjuicios, la agrupación gremial está obligada al pago de los salarios vencidos, por todo el tiempo que el trabajador permaneció separado de su puesto, igualmente veraz resulta que es al patrón demandado a quien corresponde el pago del resto de las prestaciones legales, contractuales, o ambas, pues de ninguna manera se debe considerar que esas prestaciones forman parte de la indemnización y, además, tales beneficios laborales deben pagarse atendiendo al hecho incontrovertible de que la relación de trabajo suspendida, debe restaurarse tal y como si nunca se hubiera separado al trabajador del empleo desempeñado, por existir una condena de reinstalación.[23]

Asimismo, el patrón no está obligado a proporcionar al trabajador el aviso de escrito de la separación en aplicación de la cláusula sindical de separación, en interpretación analógica de la última parte del artículo 47 de la ley, como se resolvió en la jurisprudencia que citamos a continuación:

> Aviso escrito de despido. Cuando se separa al trabajador por requerimiento del sindicato titular del contrato colectivo de trabajo en aplicación de la cláusula de exclusión, el patrón no está obligado a dar el. La obligación que se impone al patrón de dar al trabajador aviso escrito de la fecha y causa o causas de la rescisión, prevista en el artículo 47 de la Ley Federal del Trabajo, únicamente opera cuando el despido fue decretado de manera unilateral por la parte patronal al haber estimado que el trabajador incurrió en algu-

23 *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XII, septiembre de 2000, p. 721.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

na de las conductas que el propio precepto señala, no así cuando la terminación de la relación laboral surge a virtud de requerimiento expreso del sindicato titular del contrato colectivo de trabajo en el que se haya pactado la cláusula de exclusión, ya que tanto la rescisión como la terminación de la relación de trabajo, legal y doctrinariamente son figuras jurídicas que, aunque sus consecuencias materiales son las mismas en cuanto a que ambas conllevan la separación del trabajador de su empleo, difieren entre sí porque se originan por causas independientes unas de las otras y sus efectos legales también son distintos, además de que se encuentran establecidas en dispositivos diferentes, la primera en el citado artículo 47 y la segunda, en el numeral 53; de ahí que si la obligación de dar tal aviso está prevista en el primero de dichos preceptos, resulta evidente que la intención del legislador fue limitarla al caso en que el patrón haya rescindido la relación laboral, máxime que el aviso, por imperativo legal, debe contener "la fecha y causa o causas de la rescisión", datos que desde luego no podrían constar en el comunicado porque el patrón ignora las razones que el sindicato haya tenido para pedir el despido del trabajador y en virtud de que en tal supuesto no puede sostenerse jurídicamente que existió la rescisión, sin que la falta del aviso, en dicha hipótesis, deje al trabajador en estado de indefensión, pues en la audiencia de conciliación, demanda y excepciones, ofrecimiento y admisión de pruebas, una vez enterado de la contestación producida por el patrón, podrá dirigir su demanda en contra del sindicato que ordenó su separación, el cual al realizar su contestación hará referencia a las razones que tuvo para requerir su separación con lo cual el trabajador estará en aptitud de preparar su defensa dentro del juicio laboral correspondiente.[24]

VIII. Responsabilidad del sindicato

En los supuestos de aplicación de la cláusula de exclusión, corresponde al sindicato la carga de la prueba de acreditar en el juicio, que el trabajador renunció al organismo gremial, lo que debe probar fehacientemente de manera expresa e indubitable, y en su

[24] Tesis 4a./J. 31/93, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, agosto de 1993, p. 17.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

caso, el cumplimiento de los requisitos legales de expulsión a que se refiere la fracción VII, del artículo 371 de la Ley Federal del Trabajo, en especial, los hechos que motivaron la expulsión y su adecuación normativa a los estatutos.

> Cláusula de exclusión, aplicación de la, por renuncia del trabajador. Corresponde al sindicato la carga de la prueba. Si consta en autos que el sindicato tercero interesado solicitó del patrón que separara del trabajo al actor por haber renunciado a pertenecer al mismo, le corresponde probar fehacientemente la existencia de tal renuncia, que debe ser expresa e indubitable, y no inferirla a base de presunciones.[25]
>
> Cláusula de exclusión, requisitos para la aplicación de la. Facultades de las juntas. Entre los requisitos que son necesarios para que un trabajador sea expulsado válidamente de su sindicato, se encuentra el de que los hechos que motiven la expulsión estén previstos en los estatutos de la organización y queden debidamente probados. Por lo tanto, las juntas están facultadas para examinar si los hechos que fundan la expulsión tuvieron una existencia real y quedaron acreditados, y en caso contrario, declarar que la expulsión fue indebida, sin que esto entrañe intromisión de las juntas en la vida interna del sindicato.[26]

Cuando el trabajador demande la nulidad de la aplicación de la cláusula de exclusión, y prospere el ejercicio de la acción por determinación indebida; la responsabilidad del sindicato se traduce en el pago de los salarios caídos por concepto de daños y perjuicios, desde la fecha de la separación, hasta que se cumplimente el laudo, ya que, es el único responsable de la separación injustificada en el empleo.

25 *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, t. VI, segunda parte-1, julio-diciembre de 1990, p. 96.

26 *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, vols. 127-132, quinta parte, p. 15.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

IX. Derechos de preferencia

La cláusula de exclusión tiene trascendencia jurídica en el caso de preferencia de derechos, para ocupar vacantes temporales o definitivas, o puestos de nueva creación, ya que, de encontrarse incorporada en el contrato colectivo de trabajo, el propio patrón ha delegado la libertad para designar a su personal, y es el sindicato el que tiene el derecho de proponer al personal sindicalizado que debe contratar el patrón; salvo que no ejerza su proposición en el plazo establecido, sin perjuicio de afiliación, previa a la prestación de servicio.

> Preferencia para ocupar una vacante o un puesto de nueva creación. La solicitud debe presentarse únicamente ante el sindicato cuando exista contrato colectivo que contenga la cláusula de exclusión por admisión y, cuando no, ante el patrón. El artículo 154 de la Ley Federal del Trabajo establece la obligación patronal de dar preferencia a los trabajadores mexicanos respecto de quienes no lo sean; a los que hayan prestado a la empresa servicios satisfactoriamente por mayor tiempo; a los que no teniendo otra fuente de ingresos tengan familia a su cargo y a los sindicalizados respecto de quienes no lo estén. Esta obligación no existe para el patrón cuando haya celebrado un contrato colectivo en el que se incluya la cláusula de exclusión por admisión, ya que el propio patrón ha perdido la libertad para designar a su personal y es el sindicato respectivo el que tiene derecho de proponer a las personas que debe contratar el patrón. Por tanto, si en tal hipótesis, el derecho de seleccionar a los candidatos para ocupar una vacante dentro de las empresas se ha transferido a los sindicatos, es lógico considerar que la obligación de aplicar las reglas de preferencia corresponde a los patrones cuando no tengan celebrado contrato colectivo de trabajo o éste no contenga la cláusula de admisión, y al sindicato cuando se registra tal circunstancia, lo que implica que, en el primer caso, la solicitud para ocupar una vacante o un puesto de nueva creación debe presentarse únicamente ante el patrón y, en el segundo caso, sólo ante el sindicato.[27]

27 Tesis 2a. /J. 58/2000, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XII, julio de 2000, p. 87.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

En términos de los artículos 154 y 155 de la ley laboral, se establecen los factores de preferencia para elegir a un trabajador cuando se encuentren en igualdad de circunstancias, que a nuestro juicio debe prevalecer la capacitación y habilidades de los trabajadores.

> Artículo 154. Los patrones estarán obligados a preferir en igualdad de circunstancias a los trabajadores mexicanos respecto de quienes no lo sean, a quienes les hayan servido satisfactoriamente por mayor tiempo, a quienes no teniendo ninguna otra fuente de ingreso económico tengan a su cargo una familia y a los sindicalizados respecto de quienes no lo estén.
>
> Si existe contrato colectivo y éste contiene cláusula de admisión, la preferencia para ocupar las vacantes o puestos de nueva creación se regirá por lo que disponga el contrato colectivo y el estatuto sindical.
>
> Se entiende por sindicalizado a todo trabajador que se encuentre agremiado a cualquier organización sindical legalmente constituida.
>
> Artículo 155. Los trabajadores que se encuentren en los casos del artículo anterior y que aspiren a un puesto vacante o de nueva creación, deberán presentar una solicitud a la empresa o establecimiento indicando su domicilio y nacionalidad, si tienen a su cargo una familia y quienes dependen económicamente de ellos si prestaron servicio con anterioridad y por qué tiempo, la naturaleza del trabajo que desempeñaron y la denominación del sindicato a que pertenezcan, a fin de que sean llamados al ocurrir alguna vacante o crearse algún puesto nuevo; o presentarse a la empresa o establecimiento al momento de ocurrir la vacante o de crearse el puesto, comprobando la causa en que funden su solicitud.

El segundo párrafo del artículo 154 de la ley, excluye los factores de preferencia establecidos por la legislación, dejando al arbitrio del sindicato, en caso de que, en los contratos colectivos de trabajo se encuentre pactada la cláusula de admisión, salvo que en los estatutos sindicales, o en el contrato colectivo de trabajo, se establezcan normas que impidan esa decisión arbitraria.[28] Por ello, el maestro Néstor De Buen, señala que,

28 De Buen Unna, Carlos, *op. cit.*, p. 154.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

> el antecedente de la preferencia se encuentra en la Ley de 1931 en la fracción I del artículo 111, sin embargo no estaba claramente apoyada en elementos coactivos, al no impartir que existiera relación entre patrón y sindicato, por lo que tuvo poca aplicación.... Por reforma de 27 de diciembre de 1974, se estableció la obligación patronal de dar preferencia protección a determinada clase de mexicanos respecto de extranjeros; de aquellos de mayor antigüedad satisfactoria respecto de los que no estén en esas condiciones y de las sindicalizadas respecto de las que no lo están ; sin embargo esta obligación es inexistente cuando el patrón haya celebrado contrato colectivo de trabajo en el que se hubiese pactado la cláusula de exclusión por admisión, lo cual es lógico, ya que el propio patrón ha cedido la libertad para designar a los trabajadores sindicalizados, siendo la organización gremial quien tiene el derecho de proponerlas siempre y cuando cumplan con los requisitos contractuales; de lo anterior se infiere que las obligaciones de preferencia existen par los patrones siempre y cuando no existan pactos colectivos o este no contenga condiciones de Admisión exclusiva, para el Sindicato.[29]

Los principios anteriores, solo surten efectos a los trabajadores sindicalizados, ya que, tratándose de trabajadores de confianza, el patrón tiene libertad absoluta de contratación, siendo inaplicables las normas relativas a los derechos de preferencia.

De conformidad con el artículo 157 de la ley, el incumplimiento de las obligaciones contenidas en los artículos 154 y 156, concede el derecho al trabajador, para solicitar ante la Junta de Conciliación y Arbitraje, a su elección, que se le otorgue el puesto correspondiente, o se le indemnice con el importe de tres meses de salario, en ambos casos; tienen además, el derecho a que se le paguen los salarios caídos, por concepto de daños y perjuicios a que se refiere el párrafo segundo, del artículo 48. Desde la fecha de la postergación de los derechos del trabajador, hasta el cumplimiento del laudo, por lo que este precepto tiene un regulación similar a los casos de despido injustificado.

En efecto, en caso de que la acción de preferencia de derechos sea procedente, el sindicato será condenado a formular la propuesta de

29 De Buen Lozano, Néstor, *op. cit.,* p. 264.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

empleo, o a cubrir la indemnización constitucional, por aplicación indebida de la cláusula de ingreso, o exclusividad al proponer a un trabajador para ocupar la plaza vacante con menores derechos que el reclamante; o bien, porque no formuló la propuesta; no obstante, que el trabajador acreditó reunir los requisitos legales y haber presentado la solicitud a que se refiere el artículo 155 de la ley, sino además, al pago de los salarios caídos, como se resolvió en la tesis de jurisprudencia que citamos a continuación:

> Preferencia de derechos laborales. Siendo procedente esta acción contra el sindicato, debe condenársele al pago de salarios vencidos, independientemente de que haya hecho uso indebido de la cláusula de exclusión o haya omitido proponer al trabajador. De conformidad con el artículo 157 de la Ley Federal del Trabajo el incumplimiento de las obligaciones contenidas en los artículos 154 y 156 por parte del patrón o del sindicato, en torno a la elección de trabajadores con derechos preferentes, da derecho al trabajador a solicitar ante la Junta de Conciliación y Arbitraje, a su elección, que se le otorgue el puesto correspondiente o que se le indemnice con el importe de tres meses de salario y, en ambos casos, a que se le paguen los salarios vencidos. Ahora bien, si se determina por la Junta que la acción de preferencia de derechos es procedente contra el sindicato, debe condenársele no sólo a que formule la propuesta o pague la indemnización, sino también a que cubra al trabajador los salarios vencidos por concepto de los daños y perjuicios que su omisión le causó, ello con independencia de que la acción de preferencia de derechos se haya considerado procedente porque el sindicato hizo uso indebido de la cláusula de exclusión por ingreso al proponer para ocupar la plaza vacante a un trabajador con menos derechos que el reclamante o bien porque no haya formulado propuesta alguna no obstante que el trabajador acreditó reunir todos los requisitos legales y haber presentado la solicitud a que se refiere el artículo 155 de la propia Ley, pues la ley no establece al respecto excepción alguna en cuanto a la condena al pago de salarios vencidos, máxime si se considera que no hay motivo para hacer diferenciaciones al respecto, pues en cualesquiera de estos dos casos se le ocasionan, por igual, perjuicios al trabajador al impedírsele obtener el salario correspondiente a la plaza relativa, independientemente

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

de que la misma se encuentre ocupada o vacante. Por lo tanto, independientemente de cómo se hayan incumplido las obligaciones consignadas en los artículos 154 y 156 de la Ley Federal del Trabajo, tal incumplimiento, que lleva a la declaración de procedencia de la acción, debe traer consigo la condena al pago de los salarios caídos desde la fecha de la postergación de los derechos del trabajador hasta el cumplimiento del laudo.[30]

X. Titularidad de contratos colectivos

La aplicación de la cláusula de exclusión, como represalia a los trabajadores que manifiesten su repudio al sindicato, con posterioridad a la fecha de presentación de la demanda, juicio de titularidad del contrato colectivo de trabajo, no impide que los trabajadores no puedan emitir su voto al momento de efectuarse el recuento, como se resolvió en la siguiente tesis:

> Cláusula de exclusión, implicabilidad de la, en los casos en que se demanda la titularidad de un contrato colectivo de trabajo. Los sindicatos tienen, con base en la ley, la facultad de incluir en su pacto colectivo y de aplicar en los casos en que los trabajadores renuncien a la membresia que los une con éstos, la cláusula que los faculta para solicitar del patrón que separe del trabajo a quienes renuncien a ser sus miembros. Tal cláusula se instituyó para preservar la unidad gremial, y no puede ser considerada en los casos en que se demanda la titularidad de un contrato colectivo de trabajo como otorgando una libre facultad del sindicato, ya que si el retiro de los trabajadores como socios ocurre a raíz o con motivo de la precitada controversia en cuanto a la titularidad del pacto colectivo, si se aplica a los trabajadores que pretenden desligarse de un sindicato, para a su vez integrar uno distinto, dicha cláusula de exclusión por renuncia a la membresía sindical, configuraría una represalia, por lo que si se aplica con posterioridad a la fecha de presentación de la demanda, ello no impide que los trabajadores que se encuentren en

30 *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. II, diciembre de 1995, p. 319.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

esas circunstancias, puedan emitir su voto al momento de efectuarse el recuento.[31]

En ese sentido de aplicación analógica, la fracción III, del artículo 931 de la ley, establece que, si se ofrece como prueba, el recuento de los trabajadores, se observarán las normas siguientes: "Serán considerados trabajadores de la empresa los que hubiesen sido despedidos del trabajo después de la fecha de presentación del escrito de emplazamiento."

Por el contrario, los trabajadores, que por virtud de la cláusula de ingreso, hayan sido propuestos por el sindicato, sin haber sido contratados, no pueden emitir su voto para efectos de definir la titularidad del contrato colectivo de trabajo, por no tener la calidad de trabajadores de la empresa, ya que, de lo contario, se legitimaría los abusos en ese sentido por parte del sindicato titular, como se resolvió en la siguiente tesis:

> Titularidad del contrato colectivo. Cláusula de exclusión por admisión. Conforme a lo dispuesto en el artículo 395 de la Ley Federal del Trabajo, cuando en el contrato colectivo existe la cláusula de admisión por ingreso, el sindicato tiene el derecho de proponer a las personas que ocupen los puestos vacantes o de nueva creación. Por tanto, conforme a la cláusula de admisión establecida en el contrato colectivo de trabajo celebrado entre la empresa y el sindicato titular del pacto colectivo hasta ese momento y, por tanto administrador de la cláusula de exclusión por admisión, aquélla perdió libertad para designar a su personal y éste tiene el derecho de proponer a las personas que la empresa debe contratar. Consecuentemente, si en el juicio de titularidad del contrato colectivo de trabajo el sindicato demandado objeta en la diligencia de recuento a los trabajadores por no haber sido contratados a través de esa organización sindical, el diverso sindicato que demanda la titularidad está obligado a probar que los trabajadores votantes estaban legalmente contratados, de suerte que si no lo hizo se transgredió la cláusula de admisión por ingreso y, por lo tanto esos trabajadores

31 *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, primera parte, julio-diciembre de 1988, p. 277.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

no pueden formar parte de los que voten para efecto de definir la titularidad del contrato.[32]

XI. Inconstitucionalidad

En mayo de 2001, después de 70 años de vigencia, el artículo 395 de la Ley Federal del Trabajo, en lo relativo a la cláusula de exclusión por separación, fue declarado inconstitucional por la segunda sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Para definir el marco de análisis de la constitucionalidad de los artículos 395 y 413 de la Ley Federal del Trabajo, la corte estableció que debe atenderse al contenido de los artículos 5o., 9o. y 123, apartado A, fracción XVI de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; no así a los argumentos relativos a las conductas abusivas de los sindicatos en la aplicación de la cláusula de exclusión, para debilitar a los sindicatos y violar normas protectoras de los derechos de los trabajadores; o bien, líderes sindicales que utilicen la existencia de la cláusula referida, para someter violentamente a los trabajadores bajo la amenaza de la pérdida de su trabajo y para utilizar al sindicato como instrumento para su exclusivo beneficio personal, inclusive, en detrimento de los derechos de los trabajadores, y aún, como mecanismo corporativo de control político, en demérito de los valores democráticos reconocidos en los artículos 39 y 40 de la Constitución, por ser ajenos al análisis jurídico de la constitucionalidad de las normas cuestionadas, y que tendrán que combatirse por otros medios.

> Cláusula de exclusión por separación. El análisis de los artículos 395 y 413 de la ley federal del trabajo, que autorizan, respectivamente, su incorporación en los contratos colectivos de trabajo y en los contratos-ley, no debe realizarse atendiendo a los abusos que puedan derivarse de su establecimiento o de su prohibición. Para analizar si esos dispositivos de la Ley Federal del Trabajo son violatorios o no de la Constitución Política de los Estados Unidos

32 *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVII, mayo de 2008, p. 1173.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Mexicanos debe hacerse su confrontación con los preceptos de la misma que resulten aplicables, esto es, con los artículos 5o., 9o. y 123, apartado A, fracción XVI, acudiendo, asimismo, a los elementos que permitan desentrañar su verdadero sentido, conforme a la voluntad del Constituyente y, en su caso, del Poder Reformador de la Constitución, sin que pueda admitirse como uno de ellos las conductas abusivas que puedan presentarse en la realidad, al aplicar incorrectamente los preceptos constitucionales, o al asumir conductas completamente opuestas a su contenido expreso y a su auténtico sentido, como pueden ser, por ejemplo, las consistentes en que las empresas se valgan de la inexistencia de la cláusula de exclusión para debilitar a los sindicatos y violar normas protectoras de los derechos de los trabajadores, o bien, líderes sindicales que utilicen la existencia de la cláusula referida para someter violentamente a los trabajadores bajo la amenaza de la pérdida de su trabajo y para utilizar al sindicato como instrumento para su exclusivo beneficio personal, incluso, en detrimento de los derechos de los trabajadores y aun como mecanismo corporativo de control político, en demérito de los valores democráticos reconocidos en los artículos 39 y 40 de la Constitución Federal. En consecuencia, ese tipo de actuaciones que tendrán que combatirse por otros procedimientos, resultan completamente ajenos al análisis jurídico de la constitucionalidad de las normas cuestionadas.[33]

Cláusula de exclusión por separación. El estudio de la constitucionalidad de los artículos 395 y 413 de la Ley Federal del Trabajo, que autorizan su incorporación en los contratos colectivos de trabajo y en los contratos-ley, respectivamente, debe hacerse confrontándolos con los preceptos de la Constitución aplicables y la interpretación jurídica de los mismos. Para establecer si los preceptos especificados son constitucionales, debe hacerse su confrontación con los artículos 5o., 9o. y 123, apartado A, fracción XVI, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y su interpretación jurídica, lo que exige atender a la letra de los mismos, a su sentido, que debe desentrañarse acudiendo a la vinculación que existe entre ellos y otras disposiciones propias de la materia, a criterios jurisprudenciales, así como a los

33 Tesis 2a. LVII/2001, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XIII, mayo de 2001, p. 321.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

principios esenciales que rigen el sistema de derecho del trabajo mexicano, que se desprenden del artículo 123; así mismo, en este proceso interpretativo, resulta ilustrativo atender al proceso seguido en el Poder Constituyente y, en su caso, en el Poder Reformador de la Constitución, para aprobar las disposiciones constitucionales de que se trata. También auxilia en esta labor el análisis de la doctrina existente, en especial cuando guarda coherencia con los elementos anteriores. Por consiguiente, no puede admitirse que la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las disposiciones de que se trata, derive de consideraciones abstractas que dogmáticamente sean atribuidas a la Constitución, como podría ser la relativa a que la cláusula de exclusión por separación respondiera a un interés general y la libertad de asociación a uno individual y, por lo mismo, éste debiera ceder a aquél, pues tal planteamiento, perfectamente válido a nivel académico, para fines de una sentencia debería tener sustento en la propia Constitución o en los elementos de interpretación especificados. En torno al tema, la fracción XVI del apartado A del artículo 123, reconoce la libertad de asociación en la forma específica de libertad de sindicación y no hay ningún dato en los elementos precisados que pudiera sustentar que el Constituyente o el Poder Reformador de la Constitución, en algún momento, hayan querido establecer que la libertad de sindicación es una excepción a la libertad de asociación, ni tampoco que la referida cláusula de exclusión por separación, responda a un interés general que deba tener preeminencia frente al interés individual que garantiza la libertad de asociación. Además, de conformidad con un análisis objetivo de la Constitución, las excepciones a las garantías individuales que su artículo 1o. reconoce a "todos los individuos", sólo pueden admitirse si expresamente se establecen en el propio texto de la Ley Fundamental, pues, jurídicamente, es inadmisible, conforme al principio de supremacía constitucional, consagrado en el artículo 133, que en una ley secundaria, mucho menos en disposiciones generales de rango inferior o en actos concretos de autoridad, se puedan establecer limitaciones al régimen de garantías individuales que la Constitución establece de manera general para todos los individuos, incluyéndose, obviamente, a los trabajadores.[34]

34 *Ibidem*, p. 442.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

La segunda sala de la corte, ha estimado que la cláusula de exclusión por separación es violatoria del artículo 5o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, relativa a la libertad de trabajo, ya que ninguna persona se le puede impedir que se dedique a cualquier actividad que desee siendo lícita, en cuanto que, sólo autoriza que puede privarse a una persona de su trabajo lícito por resolución judicial; cuando se afecten derechos de terceros, por resolución gubernativa, dictada en los términos que señale la ley, o cuando se ofendan derechos de la sociedad, supuestos diversos a la privación del trabajo por aplicación de la cláusula de exclusión por separación.

Asimismo, los artículos 395 y 413 de la Ley Federal del Trabajo, también infringen los artículos 9o. y 123, apartado A, fracción XVI, de la propia carta magna, por ser contrarios a los principios de libertad sindical y de asociación, ya que resulta contradictorio e inaceptable jurídicamente, que en la Constitución se establezca la garantía de la persona a la libertad de pertenecer a la asociación o sindicato; o bien, de renunciar y, en la ley secundaria se prevé como consecuencia del ejercicio del derecho a renunciar, la pérdida del trabajo, y se permita pactar en las convenciones colectivas esta figura, lo que resulta censurable conforme al principio de supremacía constitucional establecido en el artículo 133 de la ley fundamental.

> Cláusula de exclusión por separación. Los artículos 395 y 413 de la Ley Federal del Trabajo que autorizan, respectivamente, su incorporación en los contratos colectivos de trabajo y en los contratos-ley, son violatorios de los artículos 5o., 9o. y 123, apartado A, fracción XVI, de la Constitución Federal. Los artículos señalados de la Ley Federal del Trabajo que autorizan que en los contratos colectivos de trabajo y en los contratos-ley se incorpore la cláusula de exclusión por separación, lo que permite que el patrón, sin responsabilidad, remueva de su trabajo a la persona que le indique el sindicato que tenga la administración del contrato, por haber renunciado al mismo, transgreden lo dispuesto en el artículo 5o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en cuanto que éste sólo autoriza que puede privarse a una persona de su trabajo lícito por resolución judicial, cuando se afecten

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

> derechos de tercero, o por resolución gubernativa, dictada en los términos que señale la ley, cuando se ofendan derechos de la sociedad, supuestos diversos a la privación del trabajo por aplicación de la cláusula de exclusión por separación. Además, también infringen los artículos 9o. y 123, apartado A, fracción XVI, de la propia Carta Magna, de conformidad con los criterios establecidos por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en las tesis de jurisprudencia P./J. 28/95 y P./J. 43/99, de rubros: CÁMARAS DE COMERCIO E INDUSTRIA, AFILIACIÓN OBLIGATORIA. EL ARTÍCULO 5O. DE LA LEY DE LA MATERIA VIOLA LA LIBERTAD DE ASOCIACIÓN ESTABLECIDA POR EL ARTÍCULO 9O. CONSTITUCIONAL Y SINDICACIÓN ÚNICA. LAS LEYES O ESTATUTOS QUE LA PREVÉN, VIOLAN LA LIBERTAD SINDICAL CONSAGRADA EN EL ARTÍCULO 123, APARTADO B, FRACCIÓN X, CONSTITUCIONAL, pues lo dispuesto en los señalados artículos de la Ley Federal del Trabajo es notoriamente contrario a los principios de libertad sindical y de asociación, puesto que resulta contradictorio y, por lo mismo, inaceptable jurídicamente, que en la Constitución Federal se establezcan esas garantías, conforme a las cuales, según la interpretación contenida en las referidas jurisprudencias, la persona tiene la libertad de pertenecer a la asociación o sindicato, o bien, de renunciar a ellos y en los mencionados preceptos de la ley secundaria se prevé como consecuencia del ejercicio del derecho a renunciar, la pérdida del trabajo. Finalmente, el hecho de que con el ejercicio de un derecho consagrado constitucionalmente pueda ser separado del trabajo de acuerdo con lo dispuesto en una ley secundaria, que permite introducir en las convenciones colectivas aquella figura, resulta censurable conforme al principio de supremacía constitucional establecido en el artículo 133 de la Ley Fundamental.[35]

Afortunadamente la corte, tomando en consideración los reclamos de las organizaciones democráticas de trabajadores y de la propia doctrina, puso un alto a esta nociva figura del derecho del trabajo, que a su amparo permitió conductas abusivas de los sindicatos para someter a los trabajadores con la amenaza de la pérdida

35 Tesis 2a.LIX/2001, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XIII*, Novena Época, mayo de 2001, p. 443. Las tesis de jurisprudencia P./J. 28/95 y P./J. 43/99, aparecen publicadas en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. II, octubre de 1995, p. 5; y t. IX, mayo de 1999, p. 5, respectivamente.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

del empleo, y para utilizar al sindicato como instrumento para su exclusivo beneficio, en detrimento de los derechos de los trabajadores, y más aún, como mecanismo corporativo de control político, sin embargo, por virtud del principio de relatividad de las sentencias de amparo, previsto en el artículo 76 de la Ley de Amparo, esta resolución solo benefició a los trabajadores que solicitaron la protección constitucional, sin que pueda hacerse una declaración general respecto de la ley o acto que lo motivare.

Acorde con esta resolución jurisdiccional, en la reforma laboral publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 30 de noviembre del 2012, se derogó el segundo párrafo del artículo 395 de la Ley Federal del Trabajo que establecía, "podrá también establecerse que el patrón separará del trabajo a los miembros que renuncien o sean expulsados del sindicato contratante", quedando en la disposición únicamente la cláusula de exclusividad sindical por ingreso, en los siguientes términos:

> Artículo 395. En el contrato colectivo, podrá establecerse que el patrón admitirá exclusivamente como trabajadores a quienes sean miembros del sindicato contratante. Esta cláusula y cualesquiera otras que establezcan privilegios en su favor, no podrán aplicarse en perjuicio de los trabajadores que no formen parte del sindicato y que ya presten sus servicios en la empresa o establecimiento con anterioridad a la fecha en que el sindicato solicite la celebración o revisión del contrato colectivo y la inclusión en él de la cláusula de exclusión.

Con la modificación legislativa, se dejó sin efecto la cláusula de exclusión por separación, concluyendo así la nociva historia de esta institución del derecho mexicano del trabajo, que tanto daño causó a la clase trabajadora, y anuló el libre ejercicio de la democracia sindical.

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas