

**UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE MÉXICO
FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES
ACATLÁN**

**LOS CAPITALES CONSTITUTIVOS QUE FINCA
EL INSTITUTO MEXICANO DEL SEGURO SOCIAL**

**TRABAJO TERMINAL DEL SEMINARIO TALLER
EXTRACURRICULAR**

**QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO**

PRESENTA

JORGE MORALES VILLA

Asesor: LIC. ALFREDO PÉREZ MONTAÑO

Marzo de 2007.



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

Agradecimientos

Dios.

Señor: Gracias por darme la gran oportunidad de tener vida y salud para finalizar este compromiso.

Sra. Luz Llampallas Villa.

Mamá: Gracias por haberme inculcado los valores que perdurarán en mi existencia.

Jorge Armando y Karla Eurídice Morales Miranda.

Güerejo: Te deseo lo mejor de la vida para ti y tu familia, te querré siempre.

Cecenta: Acuérdate que siempre estaré a tu lado sea el lugar que sea, te adoro.

***Universidad Nacional Autónoma de México
Facultad de Estudios Superiores "Acatlán"***

*Que inmenso orgullo tengo de pertenecer a la UNAM
y haber concluido mi carrera en tan querida Facultad.*

Maestro Alfredo Pérez Montaña.

*Pocas resultan las palabras existentes para manifestarle
a usted mi profundo agradecimiento por brindarme la
confianza y asesoría para concluir este trabajo.
Respetuosamente le pido me permita conservar
su invaluable amistad por siempre.*

Maestra María Eugenia Peredo García Villalobos.

Licenciada Alicia Lara Olivares.

Maestro Juan Blas Arriaga Huerta.

Licenciado Juan Manuel Gorostieta Pérez.

*Con el afecto, respeto y admiración que les tendré día a
día, muchas gracias por sus valiosos consejos y
observaciones.*

***S i n c e r a m e n t e
Jorge Morales Villa***

CAPITULADO	II
LISTA DE ABREVIATURAS	III
INTRODUCCIÓN	IV

CAPÍTULO 1

LA GARANTÍA DE LEGALIDAD

1.1	LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO	1
1.2	LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES	7
1.3	LA GARANTÍA DE LEGALIDAD	10
1.4	LA GARANTÍA DE SEGURIDAD JURÍDICA	14

CAPÍTULO 2

LA RELACIÓN OBRERO PATRONAL

2.1	DOCTRINA	21
2.2	REGULACIÓN CONSTITUCIONAL	29
2.3	REGULACIÓN EN LA LEY FEDERAL DEL TRABAJO	32
	2.3.1 CONCEPTO DE RELACIÓN OBRERO PATRONAL	34
	2.3.2 REQUISITOS DE LA RELACIÓN OBRERO PATRONAL	36

CAPÍTULO 3 EL RIESGO DE TRABAJO

3.1	DOCTRINA	40
3.2	REGULACIÓN CONSTITUCIONAL	52
3.3	REGULACIÓN EN LA LEY FEDERAL DEL TRABAJO	54
	3.3.1 CONCEPTO DE RIESGO DE TRABAJO	56
	3.3.2 CLASIFICACIÓN	57
	3.3.3 PRESTACIONES EN DINERO Y EN ESPECIE	59
3.4	REGULACIÓN EN LA LEY DEL SEGURO SOCIAL	61
	3.4.1 CONCEPTO DE RIESGO DE TRABAJO	64
	3.4.2 CLASIFICACIÓN	65
	3.4.3 PRESTACIONES EN DINERO Y EN ESPECIE	65
	3.4.4 OBLIGACIONES DEL PATRÓN	66

CAPÍTULO 4 EL CAPITAL CONSTITUTIVO

4.1	DOCTRINA	70
4.2	REGULACIÓN CONSTITUCIONAL	73
4.3	REGULACIÓN EN LA LEY DEL SEGURO SOCIAL	79

4.3.1	CONCEPTO DE CAPITAL CONSTITUTIVO	81
4.4	EL FINCAMIENTO DE UN CAPITAL CONSTITUTIVO	82
4.4.1	EN EL SEGURO DE RIESGOS DE TRABAJO	82
4.4.2	EN EL SEGURO DE ENFERMEDADES Y MATERNIDAD	86
4.5	LA INTEGRACIÓN DE UN CAPITAL CONSTITUTIVO	87
4.6	PROPUESTAS DE SOLUCIÓN	89

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

JURISPRUDENCIA

LEGISLACIÓN

LISTA DE ABREVIATURAS

III

AT	Accidente de Trabajo
ASS	Aportaciones de Seguridad Social
CC	Capitales Constitutivos
CFF	Código Fiscal de la Federación
CPEUM	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
EM	Enfermedades y Maternidad
IMSS	Instituto Mexicano del Seguro Social
LFT	Ley Federal del Trabajo
LOTFJF	Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa
LSS	Ley del Seguro Social
RRI	Reglamento del Recurso de Inconformidad
RLSSA	Reglamento de la Ley del Seguro Social en materia de Afiliación
RO	Régimen Obligatorio
RT	Riesgos de Trabajo
SCJN	Suprema Corte de Justicia de la Nación
TFJFA	Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa

Es incuestionable que en la actualidad todos los gobernados deben de estar debidamente protegidos con los múltiples beneficios que brinda la seguridad social, considerándose como el más importante la atención médica que incluya entre otros servicios los siguientes: medicina preventiva, consulta externa, hospitalaria, quirúrgica, y urgencias. En nuestro país la principal dependencia que proporciona dichos servicios es el Instituto Mexicano del Seguro Social, en el que se encuentran afiliados alrededor de once millones de trabajadores que junto con sus beneficiarios registrados representan una cobertura a nivel nacional de aproximadamente cuarenta y cinco millones de personas.

Si se toma como referencia la cantidad de trabajadores en activo, cualquiera se encuentra expuesto a padecer dentro o fuera de su centro de labores percances o accidentes imprevistos que afectan su integridad física e incluso su vida.

Con frecuencia algunos de ellos, en su primer día de trabajo conforme a la relación laboral pactada entre las partes, se llegan a accidentar sin encontrarse aún afiliados al IMSS.

Ahora bien, la LSS señala que el patrón cuenta con un plazo de cinco días hábiles para presentar el aviso de alta, reingreso, o modificación de salario del trabajador, y si tal requisito no se cumple en el plazo establecido, el Instituto le finca un crédito fiscal denominado capital constitutivo.

El artículo 15, fracción I de la Ley señala lo siguiente:

Los patrones están obligados a:

Registrar e inscribir a sus trabajadores en el Instituto (...) dentro de plazos no mayores de cinco días hábiles.

El artículo 34, fracción I determina lo siguiente:

En los casos previstos (...) el patrón estará obligado a presentar al Instituto los avisos de modificación de salario dentro de un plazo máximo de cinco días hábiles (...).

Sin embargo, el artículo 77 párrafo cuarto indica lo siguiente:

Los avisos de ingreso o alta de los trabajadores asegurados y los de modificaciones de su salario, entregados al Instituto después de ocurrido el siniestro, en ningún caso liberarán al patrón de pagar los capitales

constitutivos, aun cuando los hubiese presentado dentro de los plazos que señalan los artículos 15 fracción I y 34 fracciones I a III de este ordenamiento legal.

Es prudente señalar que ni la Ley del Seguro Social, ni autores diversos en materia de seguridad social e incluso las tesis o precedentes de jurisprudencia nos describen lo que son los capitales constitutivos, ya que su artículo 79 establece cuáles son las prestaciones que lo integran, pero no define lo que son.

Por lo anterior, el nombre que se les otorga me parece inadecuado; por lo que en el capítulo 4 expondré mis razonamientos a dicha afirmación.

No obstante ello, mi definición es la siguiente:

La cédula de liquidación por riesgo de trabajo, es el documento que le determina el Instituto Mexicano del Seguro Social al patrón involucrado, a efecto de que éste le reintegre a la dependencia los gastos generados por su trabajador, al presentarse cualquiera de las siguientes circunstancias:

1ª) Que la persona contratada para realizar una determinada actividad laboral sufra un riesgo de trabajo y se le brinde en cualquier unidad del Instituto, la atención médica u hospitalaria necesaria sin que haya sido afiliada oportunamente.

2ª) Que una vez ocurrido el accidente al trabajador, el patrón lo oculte pretendiendo evitar que el Instituto le emita la cédula de liquidación por riesgo de trabajo.

3ª) Que el patrón presente después del plazo de 5 días estipulados por esta Ley, el aviso de alta o reingreso del trabajador accidentado.

Los costos por la atención médica u hospitalaria brindada, deberán de ser los que se encuentren vigentes en el sector salud federal en el momento del siniestro. La cantidad total que integra la cédula de liquidación por riesgo de trabajo, es por aquellos servicios que se le hayan otorgado al trabajador lesionado, conforme al artículo 79 de este ordenamiento.

Como se podrá observar en los artículos 15 y 34 existe una congruencia en cuanto al plazo que le otorga la LSS al patrón, no así con lo que indica el número 77.

Al examinar detalladamente el contenido de los artículos antes transcritos se desprende que existe una clara contradicción entre ellos, ya que inicialmente el Instituto le otorga al patrón un plazo de cinco días hábiles para que presente el aviso de su trabajador, y con posterioridad señala que si a éste le ocurre algún siniestro en ese lapso, tal plazo no se tomará en cuenta.

Tal circunstancia refleja de manera contundente que al patrón involucrado se le está violando su garantía constitucional de seguridad jurídica, que consiste en que toda autoridad que impone alguna obligación al gobernado debe de respetar el conjunto general de condiciones, requisitos, elementos o circunstancias plasmadas en la ley aplicable, ya que de no ser así, su proceder será contrario a lo que estipula nuestra Carta Magna.

Por lo anterior, durante el desarrollo de cada uno de los cuatro capítulos voy a analizar lo siguiente:

1) En el capítulo primero iniciaré por señalar qué son los principios generales del Derecho, en qué consisten y la importancia que tienen en el entorno jurídico de todo gobernado; abordaré lo que son las garantías constitucionales y la relevancia que ellas implican en toda nuestra sociedad; qué se debe entender y cuáles son los elementos de la garantía de legalidad; así como su similar de seguridad jurídica y la íntima relación entre ambas.

2) Una vez situados en el marco jurídico constitucional, en el segundo bloque consultaré la doctrina para entender lo que han escrito diversos autores respecto a la relación obrero patronal; qué nos señala nuestra Carta Magna; su regulación en la Ley Federal del Trabajo, así como su concepto y requisitos que contiene ese nexo laboral.

3) En el tercero se analizará lo que nos instruye la doctrina en el riesgo de trabajo; su regulación Constitucional; en la Ley Federal del Trabajo; en la Ley del Seguro Social; cuáles son sus prestaciones en dinero y en especie; y las obligaciones que le impone la ley al patrón para proteger la integridad del trabajador en caso de presentarse el siniestro.

4) Para finalizar, ya conjuntado y armonizado el contenido de los tres anteriores, el cuarto conformará la parte esencial del presente trabajo terminal en el que consultaré la doctrina, explicaré qué es un capital constitutivo; sus fundamentos legales; su fincamiento en las ramas de riesgo de trabajo, de enfermedades y maternidad; su integración y por último mi propuesta de solución.

CAPÍTULO 1

LA GARANTÍA DE LEGALIDAD

1.1 LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

Sobre la precisión del concepto principios generales del Derecho, los tratadistas de la ciencia jurídica han vertido una copiosa serie de opiniones; así se ha afirmado, por ejemplo, que derivan del derecho natural; que se identifican con la justicia; que son dictados por la razón y admitidos por el Derecho; reglas universales de razón para dar soluciones particulares justas; derecho universal común generado por la naturaleza y subsidiario por su función, aplicado como supletorio de las lagunas del Derecho; o bien, pautas normativas o directrices de lo que debe ser.

Son de ética social, derecho natural o axiología jurídica, descubiertos por la razón humana fundados en la naturaleza racional y libre del ser humano, los cuales constituyen el fundamento de todo sistema jurídico posible o actual.

Los principios generales del Derecho contienen criterios o entes de razón que expresan un juicio acerca de la conducta humana a seguir en cierta situación; uno de estos principios es un criterio que expresa el comportamiento que han de tener los hombres en sus relaciones de intercambio, este criterio es real, tiene entidad, no como un ser que pueda ser captado por los sentidos del hombre no como ser sensible, sino como un ser que subsiste en la inteligencia que lo concibe como ser mental.

El fundamento de estos principios es la naturaleza humana racional, social y libre; ellos expresan el comportamiento que conviene al hombre seguir en orden a su perfeccionamiento como ser humano.

Así, el principio de dar a cada quién lo suyo indica el comportamiento que el hombre ha de tener con otros hombres a fin de mantener la convivencia social; si cada quien tomara para sí lo que considera propio sin respetar lo de otros, la convivencia civil degeneraría en la lucha de todos contra todos; en tal estado de cosas no podrían los hombres desarrollar su propia naturaleza, que es por esencia social. Este ejemplo explica como el principio citado, se impone como obligatorio; su cumplimiento es necesario para el perfeccionamiento del hombre.

Como se aprecia, la obligatoriedad de este principio no depende del que esté reconocido o sancionado por la autoridad política, sino que es obligatorio

porque define un comportamiento que la razón descubre ser necesario al perfeccionamiento del hombre.

Respecto a los principios generales del Derecho se ha desarrollado una polémica acerca de si ellos son extraños o externos al derecho positivo, o si son una parte de él.

Según la posición de la escuela del derecho natural racionalista, hoy ya superada, los principios generales serían de un derecho natural entendido como orden jurídico separado del derecho positivo.

Conforme a la doctrina positivista también ya superada o al menos en vía de superación, en la mayoría de los países los principios mencionados serían una parte del Derecho positivo, de suerte que nunca podrían imponer una obligación que no fuera sancionada por el mismo ordenamiento positivo; de aquí se concluye que cada uno tiene sus particulares principios generales y que no existen principios jurídicos de carácter universal.

La posición racionalista divide el Derecho en dos órdenes jurídicos específicos y distintos, el natural y el positivo, el uno conforme con la razón y el otro producto de la voluntad política, no puede sostenerse.

Luego entonces, la distinción entre derecho natural obra de la razón, y Derecho positivo obra de la voluntad, no tiene razón de ser; el Derecho es siempre obra del raciocinio, aun cuando su cumplimiento se asegura por la coacción del poder público.

Es evidente que el Derecho, producto típicamente humano, es una obra de la inteligencia humana, ella es la que descubre, desarrolla y combina criterios que enuncian un comportamiento entendido como justo; por esto, el Derecho también es llamado jurisprudencia es decir, lo justo, y la prudencia se entiende como un hábito de la inteligencia.

De acuerdo con esa concepción del Derecho como jurisprudencia, los principios generales son una parte muy importante de la ciencia jurídica o jurisprudencia.

Si bien el Derecho, conjunto de criterios, es obra de la inteligencia, su efectivo cumplimiento, el comportarse los hombres de acuerdo con los criterios jurídicos, es obra de la voluntad.

Para conseguir el cumplimiento del Derecho, el poder político suele promulgar como leyes, aseguradas con una sanción, los criterios jurídicos definidos por los juristas o prudentes. Pero por el hecho de ser promulgadas como leyes, los criterios jurídicos no cambian su naturaleza, siguen siendo elaboración de la inteligencia humana, si bien presentadas en forma de mandatos del poder político.

El que estén o no incorporados en una legislación determinada, es decir, el que estén o no reconocidas por la voluntad política, no tiene relevancia alguna, así como el que un determinado gobierno desarrolle una política que acepta o rechaza un principio de economía política, no hace que tal principio sea parte o no de la ciencia económica.

Ha surgido la polémica acerca de si los citados principios son de derecho natural o de naturaleza estrictamente positiva, se ha planteado la cuestión de si el método para conocer tales principios es el deductivo o el inductivo.

Para quienes sostienen un derecho natural como distinto del Derecho positivo, el método tiene que ser solamente deductivo, a partir del concepto de naturaleza humana; para quienes piensan que el Derecho positivo comprende los principios generales del Derecho, el método para descubrir tales principios es la inducción a partir de las leyes vigentes.

Ambas posiciones son superadas por la concepción del Derecho como jurisprudencia, para la cual ambos métodos son aptos.

El conocimiento de los citados principios, se va perfeccionando poco a poco y por lo mismo su número y contenido han ido variando.

No obstante, considero que éstos se manifiestan como criterios aptos para lo siguiente:

1) Para interpretar la ley.

2) Para integrarla, ofreciendo al juez las bases para resolver un caso no previsto por los textos legales.

Los principios generales del Derecho, son postulados que a lo largo de la historia han permanecido inalterados en lo sustancial, constituyendo la base de la estructura fundamental del Derecho encontrándose todos ellos en íntima vinculación.

Establecer una jerarquía es difícil, ésta depende de las circunstancias especiales del caso concreto al cual se aplican y por lo tanto una clasificación general en atención a su importancia no puede funcionar, pero más adelante relataré los que a mi juicio considero importantes.

El maestro Eduardo García Máynez, nos señala lo siguiente:

Casi todos los códigos modernos disponen que, en aquellos casos en que no es posible resolver una situación jurídica de acuerdo con la analogía, debe recurrirse a los principios generales del derecho. Entre nosotros, tanto el artículo 14 de la Constitución Federal como el 19 del Código Civil hacen de tales principios el último de los recursos de que el juzgador puede valerse para resolver las cuestiones sometidas a su conocimiento.

*Determinar qué deba entenderse por principios generales del derecho es una de las cuestiones más controvertidas en la literatura jurídica. Sostienen algunos autores que el método para descubrirlos consiste en ascender, por generalización creciente, de las disposiciones de la ley a reglas cada vez más amplias, hasta lograr que el caso dudoso quede comprendido dentro de alguna de ellas.*¹

Cuando se dice que los principios generales son los del derecho natural, hay que señalar que a falta de una disposición formalmente válida, debe el juzgador formular un principio dotado de validez, con el fin de resolver la cuestión correcta y apoyada a su conocimiento. Ante ello, queda excluida la posibilidad legal de que falle conforme a su opinión personal.

Estos principios que le sirvan de base para llenar lagunas de la ley, no deben nunca oponerse a los preceptos contenidos en ésta. Tal requisito se funda esencialmente en la naturaleza del sistema jurídico, el cual debe constituir un todo único y homogéneo, un verdadero organismo lógico, capaz de suministrar una norma segura no ambigua y menos aún contradictoria para toda posible relación de convivencia.

En ejecutoria dictada el 15 de marzo de 1938, en un amparo promovido por Catalina Meza de Díaz y coagraviados tomo LV, pág. 2641 del Semanario Judicial de la Federación, se sostiene que los principios generales del Derecho son verdades jurídicas notorias, indiscutibles, de carácter general, elaboradas o seleccionadas por la ciencia del Derecho, de tal manera que el juez pueda dar la solución que el mismo legislador hubiera pronunciado si hubiere estado presente, o habría establecido si hubiera previsto el caso, siendo condición de los aludidos principios que no desarmonicen o estén en contradicción con el conjunto de normas legales cuyas lagunas u omisiones han de llenar.

Ahora bien, a falta de una disposición legal aplicable al caso concreto, el juzgador debe de resolver de acuerdo con el derecho consuetudinario y a falta de éste, de acuerdo con las reglas que establecería si tuviese que proceder como legislador; esto es, se debe de apoyar en las soluciones consagradas en la doctrina o bien en la jurisprudencia.

En su obra, García Máynez nos hace alusión a lo siguiente:

La equidad, es un remedio que el juzgador aplica, para subsanar los defectos derivados de la generalidad de la ley. Las leyes son, por esencia, enunciados generales; por amplias que sean no pueden abarcar todos los casos. La equidad es, por consiguiente, una virtud del juzgador, y su fin es la solución justa de los casos singulares.

¹ García Máynez, Eduardo. *Introducción al estudio del Derecho*. 36ª Edición. Porrúa, México, 1984. p. 370.

Por otro lado si se acepta que la equidad es un principio general, el más general de los principios del derecho, tendrá que admitirse que desempeña entre nosotros papel supletorio, y que, en los casos en que no hay ley aplicable a una situación especial, y el juez ha agotado los recursos de la interpretación jurídica, puede y debe inspirarse al dictar su sentencia, en principios de equidad. ²

En mi opinión no sólo considero a la equidad como principio general, ya que aunque el criterio jurídico que debe de prevalecer en el juzgador es la de tratar por igual a todos los gobernados, puede existir la tendencia a que se deje llevar por los dictados de su conciencia o del deber, más que por el rigor de la justicia o de la ley.

Ahora bien, resultan tan amplios y variados los principios generales existentes en la vida del ser humano que sería muy difícil enumerarlos a todos, ya que cada uno de nosotros tiene su propia concepción, clasificación y perspectiva de ellos.

Desde mi perspectiva también considero importantes a la libertad, la igualdad, la certeza jurídica y la analogía como principios generales del Derecho fundamentales, los que defino de la manera siguiente:

A.- El principio de libertad es la posibilidad de actuar conforme a la ley. El ámbito de la libertad jurídica comprende: obrar para cumplir las obligaciones, no hacer lo prohibido, y hacer o no hacer lo que no está ni prohibido ni mandado. Esta concepción supone que la ley es un mandato racional, de modo que el actuar conforme a la ley equivale a actuar conforme a la razón. Esta equivalencia se da propiamente en la ley natural, lo cual no es más que lo que la misma razón prescribe al hombre como norma de obrar en orden a su perfeccionamiento integral.

Respecto del Derecho positivo, puede darse o no esa equivalencia entre razón y ley. La libertad jurídica en relación al Derecho positivo consiste, entonces, en la posibilidad de obrar conforme a la ley positiva en tanto ésta sea conforme con la ley natural. Entendida así, la libertad jurídica implica la posibilidad de resistencia frente a la ley injusta.

Este principio no puede existir por sí solo, invariablemente lo encontraremos fundido con los preceptos que autorizan y delimitan la acción u omisión de una determinada conducta. Por tanto, cuando en un texto legal se habla de libertad, necesariamente se refiere a la jurídica, a una libertad sujeta a limitaciones.

B.- La igualdad es considerada elemento fundamental de la justicia. En efecto, la justicia únicamente puede existir entre personas que son tratadas de la

²² García Máynez, Eduardo. op. cit. p. 373 y 385.

misma manera en las mismas circunstancias y cuyas relaciones son gobernadas por reglas fijas.

El requerimiento de igualdad no significa lo mismo para todos. El requerimiento igualitario de la justicia significa que, por un lado, los iguales deben ser tratados igual, y otro, los desiguales deben ser tratados teniendo en cuenta sus diferencias relevantes.

Los corolarios de la igualdad son la imparcialidad y la existencia de reglas fijas. La justicia requiere imparcialidad en el sentido de que la discriminación o el favor en el trato de individuos es hecho sólo en virtud de circunstancias relevantes. Si un padre favorece a un hijo por encima del otro, sin fundamentos relevantes para tal discriminación, el trato es desigual y, por tanto, injusto.

La igualdad requiere de reglas fijas, porque su modificación, durante el proceso de valoración de las circunstancias, las altera en perjuicio o beneficio de alguien.

Esto es lo que convierte a las reglas fijas y a la imparcialidad en elementos indispensables para entender los problemas de igualdad jurídica.

La justicia requiere del juez que considere a las partes como jurídicamente iguales, en el sentido que las únicas diferencias son aquéllas que el Derecho le exige tomar en cuenta y ningunas otras.

C.- La certeza jurídica es el conocimiento que nos proporciona la ley para determinar nuestros derechos y saber en consecuencia el límite de nuestra posibilidad de actuar jurídicamente, esto es, con independencia de los órganos coactivos del Estado para hacer respetar nuestro derecho.

De lo dicho podemos establecer que la certeza jurídica consiste en un estado subjetivo del gobernado, que conoce bien sea por información o captación intuitiva que le otorga su convivencia con el ambiente general sus posibilidades de actuar, sus limitaciones en la conducta y las consecuencias que el Derecho establece, tanto en el caso de actuar dentro de ese ámbito, como en el de traspasarlo.

D.- La analogía jurídica aparece dentro del complejo proceso de la aplicación del Derecho; se manifiesta cuando se trata de aplicar una norma general a un caso concreto no previsto.

No obstante que la interpretación análoga ha constituido uno de los medios más eficaces para el desarrollo y adecuación del orden jurídico, su validez es discutida por lógicos y por juristas.

Los lógicos sostienen que ni en la lógica clásica, ni en la moderna, se puede encontrar un fundamento que genere el razonamiento analógico; para otros el razonamiento analógico no es objeto de la lógica, sino de la psicología.

El problema reside en que la similitud que se encuentra en la base de la analogía es establecida por el propio intérprete; en esta situación su fuerza o su validez no derivan de una deducción o argumento lógico, sino de un acto de voluntad del órgano autorizado por el orden jurídico, quien crea, judicialmente, nuevo Derecho.

En sí, la aplicación analógica es un medio a través del cual el intérprete puede superar la eventual insuficiencia o deficiencia de orden jurídico. El razonamiento analógico es uno de los medios de que dispone el intérprete para colmar las lagunas del Derecho.

La analogía jurídica es un procedimiento de integración del Derecho, es la relación de semejanza que se establece entre elementos de cosas diferentes, la cual permite extender a una los predicados de la otra. Para que dos cosas puedan ser consideradas similares, es necesario que tengan una o más propiedades en común; ya que si tuvieran todas iguales serían idénticas, si no tuvieran ninguna, serían diferentes.

En lo particular considero lo siguiente:

1.- Los principios generales del Derecho son postulados que a lo largo de la historia han permanecido inalterados en lo sustancial.

2.- Estos principios constituyen la base de la estructura fundamental del Derecho, encontrándose todos ellos íntimamente vinculados.

3.- No es posible establecer una jerarquía de los principios generales del Derecho, ésta depende de las circunstancias especiales del caso concreto al cual se aplican.

4.- Los principios generales del Derecho fundamentales, o de carácter primario, se concretizan en una pluralidad de principios de menor alcance que han sido reconocidos tanto por la doctrina, así como por los órganos jurisdiccionales.

5.- Los principios generales del Derecho contienen valores éticos, morales y sociales que los hacen incontrovertibles, universales y atemporales.

En resumen, los principios generales del Derecho son las bases fundamentales que conforman a todo un sistema jurídico con leyes existentes.

1.2 LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

En un estricto sentido técnico-jurídico, se entiende por garantía constitucional el conjunto de instrumentos procesales establecidos por la norma fundamental, con objeto de restablecer el orden constitucional cuando el mismo sea transgredido por un órgano de autoridad política.

No obstante ello, al término garantía referido al Derecho Constitucional se le han dado diversos significados, entre los cuales podemos destacar los siguientes:

En primer lugar, se han denominado garantías a los derechos humanos fundamentales reconocidos o garantizados por la Constitución. Tal es el significado que le ha dado nuestra Carta Magna vigente, al enumerar y describir esos derechos en sus primeros veintinueve artículos integrantes de esa ley fundamental, cuando los califica como garantías individuales. Terminología ciertamente poco precisa en la actualidad.

En segundo lugar, las garantías constitucionales son aquellos derechos que sin ser estrictamente constitucionales, por no referirse a la estructura fundamental del Estado, ni a los derechos humanos, el constituyente ha considerado conveniente incluir en la ley suprema para darles mayor solidez, para garantizarlos mejor; tal sería el caso de nuestro artículo 123 constitucional.

Se ha identificado el término garantía constitucional con el concepto de defensa de la Constitución, es decir, englobando tanto a los medios preventivos como a los represivos, aunque debería referirse exclusivamente a estos últimos.

Ahora bien, en nuestra Carta Magna tenemos que todas las garantías constitucionales son un género y las especies son consideradas como garantías individuales, garantías sociales y garantías políticas.

Dicho lo anterior, explico lo que se entiende por garantías individuales, garantía de legalidad y garantía de seguridad jurídica que representan la parte esencial del presente capítulo.

Por lo que se refiere a las garantías individuales el maestro Ignacio Burgoa Orihuela nos ilustra al respecto, diciendo lo siguiente:

El concepto de garantía individual se forma, mediante la concurrencia de los siguientes elementos:

1. *Relación jurídica de supra a subordinación entre el gobernado (sujeto activo) y el Estado y sus autoridades (sujetos pasivos).*

2. *Derecho público subjetivo que emana de dicha relación a favor del gobernado (objeto).*
3. *Obligación correlativa a cargo del Estado y sus autoridades, consistente en respetar el consabido derecho y en observar o cumplir las condiciones de seguridad jurídica del mismo (objeto).*
4. *Previsión y regulación de la citada relación por la Ley Fundamental (fuente).*

De estos elementos fácilmente se infiere el nexo lógico-jurídico que media entre las garantías individuales o del gobernado y los “derechos del hombre” como una de las especies que abarcan los derechos públicos subjetivos. Los derechos del hombre se traducen substancialmente en potestades inseparables e inherentes a su personalidad; son elementos propios y consubstanciales de su naturaleza como ser racional, independientemente de la posición jurídico-positiva en que pudiera estar colocado ante el Estado y sus autoridades; en cambio, las garantías individuales equivalen a la consagración jurídico-positiva de esos elementos, en el sentido de investirlos de obligatoriedad e imperatividad para atribuirles respetabilidad por parte de las autoridades estatales y del Estado mismo. Por ende los derechos del hombre constituyen, en términos generales, el contenido parcial de las garantías individuales, considerando a éstas como meras relaciones jurídicas entre los sujetos de que hemos hablado: gobernados, por un lado y estado y autoridades, por el otro. ³

A su vez, el profesor Francisco Porrúa Pérez nos dice lo siguiente:

Por garantías individuales debe entenderse tanto los derechos mismos de la persona humana como la protección que el Estado, a través de las leyes, a través de los actos de sus autoridades, concede a esos derechos fundamentales del hombre, que en la terminología internacional son llamados derechos humanos. ⁴

Las garantías constitucionales participan del principio de supremacía en cuanto a que tienen prevalencia sobre cualquier norma o ley secundaria que se les contraponga, y primacía de aplicación sobre la misma, por lo que las autoridades todas deben observarlas preferentemente a cualquier disposición ordinaria.

Por otra parte, las garantías individuales, que forman parte integrante de la Constitución, están, como ésta, investidas del principio de rigidez constitucional, en el sentido de que no pueden ser modificadas o reformadas por el Poder Legislativo ordinario, o sea, por el Congreso de la Unión como órgano legislativo federal y para el Distrito Federal, y por las Legislaturas de los Estados, sino por un poder extraordinario integrado en los términos del artículo 135 de la Ley Fundamental.

³ Burgoa Orihuela, Ignacio. *Las garantías individuales*. 38ª Edición. Porrúa, México, 2005. p. 187.

⁴ Porrúa Pérez, Francisco. *Teoría del Estado*. 19ª Edición. Porrúa, México, 1984. p. 223.

Cabe precisar, que los derechos fundamentales o garantías individuales no son de carácter absoluto, sino que se encuentran limitados, condicionados; sólo funcionan en los casos y con las condiciones previstas por las disposiciones constitucionales, y únicamente tienen el alcance en ellas descrito. Si el respeto a las libertades de los gobernados por parte del Estado fuese irrestricto, absoluto; si cada cual pudiera hacer lo que quisiera, el poder público no podría ser tal, se convertiría al igual que el Derecho en algo inútil, nos destruiríamos unos a otros.

Considero que las garantías individuales, son aquellas que están investidas de los principios esenciales que caracterizan el cuerpo normativo supremo respecto de la legislación secundaria.

Es de suma importancia resaltar que cuando los principios generales del Derecho señalados anteriormente son formalizados por el legislador, éste crea las garantías constitucionales aplicables a toda la población. Para finalizar, las garantías individuales constituyen una transacción entre las aspiraciones del hombre como gobernado y las exigencias del Estado como depositario de la soberanía popular, la que ha de ejercitarse en beneficio de todos.

1.3 LA GARANTÍA DE LEGALIDAD

Se le llama así a la consecuencia de que la nota jurídica es esencial a la naturaleza del Estado, de que todo lo que existe dentro de él tiene que estar ordenado por las normas jurídicas.

Toda actividad política, en sentido individual y en sentido social, todo acto de las personas, todo acto de las autoridades tiene que basarse en su procedimiento, en la existencia de normas jurídicas que señalen la posibilidad de efectuar esa actividad. Esta garantía, es seguramente la más importante de las instituciones políticas jurídicas, en sentido general, protectora de los derechos de la persona humana.

La garantía establece que todo acto de los órganos del Estado debe encontrarse fundado y motivado por el Derecho en vigor, esto es, la legalidad demanda la sujeción de todos los órganos estatales al Derecho, en otros términos, todo acto o procedimiento jurídico llevado a cabo por las autoridades estatales debe tener su apoyo estricto en una norma legal, la que a su vez, debe estar conforme a las disposiciones de fondo y forma consignadas en la Constitución.

En este sentido, la garantía de legalidad constituye la primordial exigencia de todo estado de Derecho en sentido técnico-jurídico.

Es conveniente advertir que la garantía de legalidad alude a la conformidad o regularidad entre toda norma o acto inferior con respecto a la norma superior que le sirve de fundamento de validez, por lo que opera en todos los niveles o en grados de la estructura jerárquica del orden jurídico.

Así pues, los artículos 14 y 16 constitucionales, proporcionan la protección del orden jurídico total del Estado mexicano, por lo que la garantía de legalidad contenida en ellos, representa una de las instituciones más relevantes y amplias de todo régimen de Derecho. Esta garantía es la que mayor protección imparte al gobernado dentro de nuestro orden jurídico constitucional.

Ahora bien, la eficacia jurídica de la garantía de legalidad reside en el hecho de que por su mediación se protege todo el sistema de Derecho objetivo de México, desde la misma Constitución hasta el reglamento administrativo más minucioso.

En ocasiones los estudiosos de la ciencia jurídica mencionan a la legalidad como garantía constitucional, y otras como principio general del Derecho.

La importancia de tal disyuntiva no radica en que si es una garantía o un principio general, sino que cualquiera de ellos cumpla con su cometido fundamental; que todos los órganos del Estado respeten y hagan valer el estado de Derecho al gobernado.

El principio de legalidad, como expresión de la voluntad general, fue sustentado por Rousseau en el hecho de que la soberanía reside en el pueblo y ella se manifiesta a través de las leyes que consisten en la expresión de la voluntad general. Para que la voluntad sea general debe partir de todos para aplicarse a todos, y pierde su rectitud natural cuando tiende hacia algún objeto individual o determinado, porque entonces, juzgando lo que nos es extraño, no tenemos ningún verdadero principio de equidad que nos guíe: El contrato social.

En tal virtud, al provenir las leyes de la voluntad general del pueblo, ellas son superiores a cualquier otro acto del poder público, ya que la ley, al ser general, se distingue de las otras manifestaciones del poder, las cuales siempre serán concretas, singulares o individuales y estarán subordinadas al mandato legal y, por lo tanto, el Poder Legislativo también adquiere supremacía sobre los otros poderes.

El Magistrado Luis Humberto Delgadillo Gutiérrez, nos señala lo siguiente:

El principio de legalidad se manifiesta en el sentido de que la actividad estatal sólo puede efectuarse con la autorización que la ley le otorgue, ya que el hombre nace con plena libertad de acción y no es posible someterlo a la autoridad de un poder que limite su libertad natural, excepto cuando esa libertad tenga que restringirse para salvaguardar el interés público. La voluntad general, como se indicó, es la soberanía que reside en el pueblo y

se plasma en las leyes, las cuales, como manifestación de la población crean la autoridad y facultan su actuación: por lo tanto, las libertades individuales sólo pueden ser restringidas por disposición expresa de la ley. Con base en lo anterior se expresa el principio de que los individuos pueden hacer todo lo que no les esté prohibido, mientras que la autoridad sólo podrá hacer lo que le esté permitido.

De esta manera se limita el poder de la autoridad para impedir que abuse del poder, ya que sólo podrá actuar cuando la ley lo autorice. La ley es un acto de soberanía y el poder de la autoridad nace de la ley que la crea y autoriza su actuación condicionada al respeto de los mandatos y prohibiciones que ella contiene. De acuerdo con este principio surge el Estado de Derecho.⁵

Por estado de Derecho se entiende, aquel cuyos diversos órganos e individuos miembros se encuentran regidos por el Derecho y sometidos al mismo; esto es, alude a aquel Estado cuyo poder y actividad están regulados y controlados por el Derecho, contrasta con todo poder arbitrario y se contrapone a cualquier forma de Estado absoluto o totalitario

Por lo antes señalado, estimo que la garantía de legalidad dentro de la cual se encuentra la exacta observancia y aplicación de la ley es la parte esencial y fundamental de todo nuestro sistema jurídico, ya que no sólo regula y armoniza la conducta de todos los gobernados, sino también permite que las autoridades municipales, estatales o federales, actúen estrictamente con fundamento en las competencias y atribuciones otorgadas por el ordenamiento jurídico respectivo.

Como complemento al contenido de esta garantía constitucional, es importante transcribir las siguientes tesis jurisprudenciales dictadas por la SCJN:

FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN. EL CUMPLIMIENTO A DICHA GARANTÍA TRATÁNDOSE DE RESOLUCIONES JURISDICCIONALES SE VERIFICA SIN QUE SE INVOQUEN DE MANERA EXPRESA SUS FUNDAMENTOS, CUANDO LOS RAZONAMIENTOS DE ÉSTAS CONDUZCAN A LAS NORMAS APLICADAS.

La garantía de legalidad consagrada en el artículo 16 de la Constitución Federal consiste en la obligación que tiene la autoridad de fundar y motivar todo acto de molestia que se dirija a los particulares, pero su cumplimiento se verifica de manera distinta tratándose de actos administrativos y de resoluciones jurisdiccionales. Lo anterior es así, porque en el acto administrativo que afecta de manera unilateral los intereses del gobernado, se debe cumplir con la formalidad de invocar de manera precisa los fundamentos del mismo, a efecto de que esté en posibilidad de conocer el

⁵ Delgadillo Gutiérrez Luis Humberto y Lucero Espinosa, Manuel. *Compendio de Derecho Administrativo*. Primer curso. Porrúa, México, 1994. p. 5.

*sustento jurídico del acto que le afecta, mientras que la resolución jurisdiccional presupone el debido proceso legal en que se plantea un conflicto o una litis entre las partes, en el cual el actor establece sus pretensiones apoyándose en un derecho y el demandado lo objeta mediante defensas y excepciones, constituyendo la fundamentación de la resolución el análisis exhaustivo de los puntos que integran la litis, es decir, el estudio de las acciones y excepciones del debate, sin que se requiera de la formalidad que debe prevalecer en los actos administrativos, toda vez que dentro del citado análisis se dan razonamientos que involucran las disposiciones en que se funda la resolución, aun sin citarlas de forma expresa. En consecuencia, aun cuando por regla general la autoridad emisora de una resolución jurisdiccional está obligada a fundar tal acto citando los preceptos con los que se cumpla esa exigencia, excepcionalmente, si los razonamientos de la resolución conducen a la norma aplicada, la falta de formalidad puede dispensarse, de ahí que las resoluciones jurisdiccionales cumplen con la garantía constitucional de referencia sin necesidad de invocar de manera expresa el o los preceptos que las fundan, cuando de la resolución se advierte con claridad el artículo en que se basa.*⁶

FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JURISDICCIONALES, DEBEN ANALIZARSE A LA LUZ DE LOS ARTÍCULOS 14 Y 16 CONSTITUCIONALES.

Entre las diversas garantías contenidas en el segundo párrafo del artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sustento de la garantía de audiencia, está la relativa al respeto de las formalidades esenciales del procedimiento, también conocida como de debido proceso legal, la cual se refiere al cumplimiento de las condiciones fundamentales que deben satisfacerse en el procedimiento jurisdiccional que concluye con el dictado de una resolución que dirime las cuestiones debatidas. Esta garantía obliga al juzgador a decidir las controversias sometidas a su conocimiento, considerando todos y cada uno de los argumentos aducidos en la demanda, en su contestación, así como las demás pretensiones deducidas oportunamente en el pleito, de tal forma que se condene o absuelva al demandado, resolviendo sobre todos los puntos litigiosos materia del debate. Sin embargo, esta determinación del juzgador no debe desvincularse de lo dispuesto por el primer párrafo del artículo 16 constitucional, que impone a las autoridades la obligación de fundar y motivar debidamente los actos que emitan, esto es, que se expresen las

⁶ No. Registro: 191,358 Tesis aislada Materia(s): Constitucional, Común Novena Época Instancia: Pleno Fuente:

*razones de derecho y los motivos de hecho considerados para su dictado, los cuales deberán ser reales, ciertos e investidos de la fuerza legal suficiente para provocar el acto de autoridad. Ahora bien, como a las garantías individuales previstas en la Carta Magna les son aplicables las consideraciones sobre la supremacía constitucional en términos de su artículo 133, es indudable que las resoluciones que emitan deben cumplir con las garantías de debido proceso legal y de legalidad contenidas en los artículos 14 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Así, la fundamentación y motivación de una resolución jurisdiccional se encuentra en el análisis exhaustivo de los puntos que integran la litis, es decir, en el estudio de las acciones y excepciones del debate, apoyándose en el o los preceptos jurídicos que permiten expedirla y que establezcan la hipótesis que genere su emisión, así como en la exposición concreta de las circunstancias especiales, razones particulares o causas inmediatas tomadas en consideración para la emisión del acto, siendo necesario, además, que exista adecuación entre los motivos aducidos y las normas aplicables al caso.*⁷

DOCTRINA. PUEDE ACUDIRSE A ELLA COMO ELEMENTO DE ANÁLISIS Y APOYO EN LA FORMULACIÓN DE SENTENCIAS, CON LA CONDICIÓN DE ATENDER, OBJETIVA Y RACIONALMENTE, A SUS ARGUMENTACIONES JURÍDICAS.

En el sistema jurídico mexicano por regla general, no se reconoce formalmente que la doctrina pueda servir de sustento de una sentencia, pues el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que establece las reglas respectivas, en su último párrafo, sólo ofrece un criterio orientador, al señalar que "En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho."; mientras que en su párrafo tercero dispone que "En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.". Sin embargo, es práctica reiterada en la formulación de sentencias, acudir a la doctrina como elemento de análisis y apoyo, así como interpretar que la regla relativa a la materia penal de carácter restrictivo sólo debe circunscribirse a ella, permitiendo que en todas las demás, con variaciones propias de cada una, se atienda a la regla que el texto constitucional menciona con literalidad como propia de los juicios del orden civil. Ahora bien, tomando en cuenta lo anterior y que la función jurisdiccional, por naturaleza, exige un trabajo de lógica jurídica, que busca aplicar correctamente las normas, interpretarlas

⁷ No. Registro: 176,546 Jurisprudencia Materia(s): Común Novena Época Instancia: Primera Sala Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXII, Diciembre de 2005 Tesis: 1a./J. 139/2005 Página: 162

*con sustento y, aun, desentrañar de los textos legales los principios generales del derecho para resolver las cuestiones controvertidas en el caso concreto que se somete a su conocimiento, considerando que todo sistema jurídico responde a la intención del legislador de que sea expresión de justicia, de acuerdo con la visión que de ese valor se tenga en el sitio y época en que se emitan los preceptos que lo vayan integrando, debe concluirse que cuando se acude a la doctrina mediante la referencia al pensamiento de un tratadista e, incluso, a través de la transcripción del texto en el que lo expresa, el juzgador, en lugar de hacerlo de manera dogmática, debe analizar, objetiva y racionalmente, las argumentaciones jurídicas correspondientes, asumiendo personalmente las que le resulten convincentes y expresando, a su vez, las consideraciones que lo justifiquen.*⁸

1.4 LA GARANTÍA DE SEGURIDAD JURÍDICA

En las relaciones entre gobernantes y gobernados, se suceden múltiples actos imputables a los primeros, que tienden a afectar la esfera jurídica de los segundos. Es decir, el Estado en ejercicio del poder de imperio de que es titular, desempeña éste sobre y frente a los gobernados por conducto de sus autoridades.

El Estado, al asumir su conducta autoritaria, imperativa y coercitiva afecta necesariamente la esfera o ámbito jurídico que se atribuye a cada sujeto como gobernado, bien sea en su aspecto de persona física o de entidad moral.

Dentro de un régimen jurídico, esto es, dentro de un sistema en que impere el Derecho, bien bajo un carácter normativo legal o bajo un aspecto consuetudinario, esa afectación de diferente índole y de múltiples y variadas consecuencias que opera en el status de cada gobernado, debe obedecer a determinados principios previos, llenar ciertos requisitos, en síntesis, debe estar sometida a un conjunto de modalidades jurídicas, sin cuya observancia no sería válida desde el punto de vista del Derecho.

Ese conjunto de modalidades jurídicas a que tiene que sujetarse un acto de cualquier autoridad para producir válidamente la afectación en la esfera del gobernado a los diversos derechos de éste, y que se traduce en una serie de requisitos, condiciones y elementos, es lo que constituye la garantía de seguridad jurídica.

⁸ No. Registro: 189,723 Tesis aislada Materia(s): Común Novena Época Instancia: Segunda Sala Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XIII, Mayo de 2001 Tesis: 2a. LXIII/2001 Página: 448

El maestro Burgoa, al respecto nos señala lo siguiente:

*Las garantías de seguridad jurídica implican, en consecuencia, el conjunto general de condiciones, requisitos, elementos o circunstancias previas a que debe sujetarse una cierta actividad estatal autoritaria para generar una afectación válida de diferente índole a la esfera del gobernado. Por ende, un acto de autoridad que afecte el ámbito jurídico particular de un individuo como gobernado, sin observar dichos requisitos, condiciones, elementos o circunstancias previas, no será válido a la luz del derecho.*⁹

Por su parte, García Máynez, considera lo siguiente:

*La seguridad jurídica demanda que los jueces llamados a resolver una controversia, cumplan su cometido aplicando con la mayor fidelidad posible los preceptos de la ley escrita; pero cuando en un determinado caso no hay ley aplicable y se han agotado los recursos que brinda la interpretación, la justicia exige, y el derecho positivo permite, que el juzgador se inspire en criterios de equidad, ya que no está autorizado para abstenerse de resolver las contiendas. La seguridad jurídica no sufre mengua con ello, pues la armonía que debe existir en todo sistema, impide al intérprete dictar una resolución contraria a los textos legales. El orden jurídico no se agota o resume en una serie de normas de general observancia, y conviene tener presente que al lado de las leyes, dicho mejor, subordinados a ellas, y por ellas condicionados, aparecen los actos jurídicos en su infinita variedad y multiplicidad. Siendo las resoluciones aplicación de normas de carácter general, y teniendo a la vez, relativamente a sus consecuencias, la categoría de auténticas normas (individualizadas o especiales, según la terminología de los juristas de la Escuela de Viena), deben estar en armonía con los preceptos generales. La aplicación del criterio de equidad, en los casos en que existe una laguna en el derecho legislado, permite conciliar las exigencias de la justicia con las de la seguridad jurídica y, gracias a la restricción que arriba apuntamos, hace posible la realización plena de otro de los postulados capitales de la vida del derecho, a saber: la coherencia y unidad armónica de cada sistema.*¹⁰

Ante ello, la seguridad jurídica al conceptuarse como el contenido de varias garantías individuales consagradas por la Ley Fundamental, se manifiesta como la sustancia de diversos derechos subjetivos públicos individuales de los gobernados oponibles y exigibles al Estado y a sus autoridades, quienes tienen la obligación de acatarlos y observarlos.

Esta obligación estatal y autoritaria es de índole activa en la generalidad de los casos tratándose de las diferentes garantías de seguridad jurídica, o sea, que el Estado y sus autoridades deben desempeñar, para cumplir dicha obligación, actos positivos, consistentes en realizar todos aquellos hechos que impliquen el

⁹ Burgoa Orihuela, Ignacio. op. cit. p. 504

¹⁰ García Máynez, Eduardo. op. cit. p. 378

cumplimiento de todos los requisitos, condiciones, elementos o circunstancias exigidas para que la afectación que generen sea jurídicamente válida.

A diferencia de la obligación estatal y autoritaria que se deriva de la relación jurídica que implican las demás garantías individuales, y que ostenta una naturaleza negativa en la generalidad de los casos, lo que dimana de la garantía de seguridad jurídica es eminentemente positiva en términos generales, ya que se traduce, no en un mero respeto o en una abstención de vulnerar, sino en el cumplimiento efectivo de todos aquellos requisitos, condiciones, elementos y circunstancias, cuya observancia sea jurídicamente necesaria para que un acto de autoridad produzca válidamente la afectación particular en la esfera del gobernado, que esté destinado a realizar.

La seguridad jurídica entraña el mismo estado de Derecho que es uno de los más importantes elementos de todo régimen democrático. Se integra con la imprescindible concurrencia de orden jurídico y la función gubernativa real, misma que debe cumplir y hacer cumplir las normas constitucionales, legales y reglamentarias en que tal orden se manifiesta, imperativo que es inherente al principio de juridicidad, según el cual todo acto del poder público del Estado debe someterse a ellas y aplicarlas a la realidad en todos los aspectos en que ésta se revela, a saber, el político, cultural, económico y social.

La seguridad jurídica puede entenderse desde dos puntos de vista, uno objetivo y otro subjetivo.

Desde el punto de vista subjetivo, la seguridad equivale a la certeza moral que tiene el individuo de que sus bienes le serán respetados; pero esta convicción no se produce si de hecho no existen en la vida social las condiciones requeridas para tal efecto: la organización judicial, el cuerpo de policía, leyes apropiadas y otros.

Desde el punto de vista objetivo, la seguridad equivale a la existencia de un orden social justo y eficaz cuyo cumplimiento está asegurado por la coacción pública.

Es evidente que para que exista seguridad jurídica, es necesaria la presencia de un orden que regule las conductas de los individuos en las sociedades y que ese orden se cumpla, que sea eficaz.

Ahora bien, puede existir una ordenación de conductas, impuesta por los órganos establecidos, que se cumpla y contener, sin embargo, disposiciones contrarias evidentemente a la justicia, como la que los gobernantes pueden en cualquier momento privar de sus propiedades a los individuos, o de que pueden castigarlos por delitos no tipificados previamente.

Lo que interesa a la sociedad asegurar es el cumplimiento de conductas que son valiosas para la vida social, o sea de conductas que implican la realización, parcial pero efectiva, del criterio de dar a cada quien lo suyo.

Esto hace ver que el criterio racional de la justicia o jurisprudencia es necesario para que haya seguridad jurídica efectiva; gracias a ese criterio se disciernen de manera objetiva, las conductas cuyo cumplimiento es necesario asegurar; si falta o falla ese criterio de justicia, se corre el riesgo de asegurar el cumplimiento de conducta cuya realización más bien infunde temor que paz.

En síntesis, la seguridad jurídica implica no sólo que el orden social sea eficaz, sino también que sea justo.

Como complemento, considero importante citar las siguientes jurisprudencias:

RESPONSABILIDADES DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS. LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS PREVISTAS EN LA LEY FEDERAL RELATIVA TAMBIÉN SE RIGEN POR EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY QUE IMPERA EN LAS DE CARÁCTER PENAL, AUN CUANDO SEAN DE DIVERSA NATURALEZA.

La marcada diferencia entre la naturaleza de las sanciones administrativas y las penales, precisada en la exposición de motivos del decreto de reformas y adiciones al título cuarto de la Constitución Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación el veintiocho de diciembre de mil novecientos ochenta y dos, en los artículos que comprende dicho título y en la propia Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, con base en la cual se dispone que los procedimientos relativos se desarrollarán en forma autónoma e independiente, no significa que en el ámbito sancionador administrativo dejen de imperar los principios constitucionales que rigen en materia penal, como es el relativo a la exacta aplicación de la ley (nullum crimen, sine lege y nulla poena, sine lege), que constituye un derecho fundamental para todo gobernado en los juicios del orden criminal, garantizado por el artículo 14 de la Constitución Federal, sino que tal principio alcanza a los del orden administrativo, en cuanto a que no se podrá aplicar a los servidores públicos una sanción de esa naturaleza que previamente no esté prevista en la ley relativa. En consecuencia, la garantía de exacta aplicación de la ley debe considerarse, no sólo al analizar la legalidad de una resolución administrativa que afecte la esfera jurídica del servidor público, sino también al resolver sobre la constitucionalidad de la mencionada ley reglamentaria, aspecto que generalmente se aborda al estudiar la violación a los principios de legalidad y seguridad jurídica previstos en los artículos 14 y 16 constitucionales con

*los que aquél guarda íntima relación.*¹¹

NOTIFICACIÓN PERSONAL. EL ARTÍCULO 137 DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN, AL PREVER LAS FORMALIDADES PARA SU PRÁCTICA, NO VIOLA LA GARANTÍA DE SEGURIDAD JURÍDICA.

La práctica de toda notificación tiene como premisa fundamental la plena demostración de que el destinatario tuvo conocimiento del acto de autoridad que debe cumplir, para estar en condiciones de dar oportuna respuesta en defensa de sus intereses. En ese sentido, el artículo 137 del Código Fiscal de la Federación cumple con dicha exigencia y satisface la formalidad que para ese tipo de actos requiere la Constitución Federal, pues cuando su segundo párrafo alude a las notificaciones de los actos relativos al procedimiento administrativo de ejecución, sólo lo hace para diferenciarlas de las notificaciones en general, en cuanto a que en aquéllas el citatorio será siempre para que la persona buscada espere a una hora fija del día hábil siguiente y nunca, como sucede con las notificaciones que deben practicarse fuera de ese procedimiento, para que quien se busca acuda a notificarse a las oficinas de las autoridades fiscales dentro del plazo de seis días. Ahora bien, del contenido íntegro del citado precepto se advierte que el notificador debe constituirse en el domicilio de la persona para la práctica de la notificación personal y, en caso de no encontrarla, le dejará citatorio para que lo espere a una hora fija del día hábil siguiente, de ahí que aun cuando su primer párrafo no alude expresamente al levantamiento del acta circunstanciada donde se asienten los hechos respectivos, ello deriva tácita y lógicamente del propio precepto, ya que debe notificarse personalmente al destinatario en su domicilio, por lo que en la constancia de notificación deberá constar quién es la persona que se busca y cuál es su domicilio; en su caso, por qué no pudo practicarse; quién atendió la diligencia y a quién le dejó el citatorio; datos ineludibles que aunque expresamente no se consignent en la ley, la redacción del propio artículo 137 los contempla tácitamente. Además, la adición y reforma a los artículos 134 y 137 del Código Fiscal de la Federación, publicadas en el Diario Oficial de la Federación de 28 de diciembre de 1989, ponen de manifiesto que las formalidades de dicha notificación no son exclusivas del procedimiento administrativo de ejecución, pues las propias reglas generales de la notificación de los actos administrativos prevén que cualquier diligencia de esa naturaleza pueda hacerse por medio de instructivo, siempre y cuando quien se encuentre en el domicilio, o en su caso, un vecino, se nieguen a recibir la notificación, y previa la satisfacción de las formalidades que el segundo párrafo del artículo mencionado establece. En consecuencia, el artículo 137 del Código Fiscal

¹¹ No. Registro: 188,745 Tesis aislada Materia(s): Constitucional, Administrativa Novena Época Instancia: Segunda Sala Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XIV, Septiembre de 2001 Tesis: 2a. CLXXXIII/2001 Página: 718

de la Federación, al señalar las formalidades para la práctica de la notificación personal que prevé, no viola la garantía de seguridad jurídica contenida en los artículos 14 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.¹²

ORDEN DE APREHENSIÓN, EN ELLA PUEDEN VIOLARSE GARANTÍAS TUTELADAS, EN ARTÍCULOS CONSTITUCIONALES DISTINTOS AL ARTÍCULO 16 CONSTITUCIONAL.

La circunstancia específica de que el artículo 16 constitucional sea el que regule los requisitos a satisfacer para el dictado de una orden de aprehensión, no se puede llevar al extremo de considerar que sólo este precepto rija a tal acto, ya que evidentemente también deberá vigilarse, en su caso, si dicha determinación judicial no infringe alguna garantía constitucional contenida en diverso precepto, dado que podría darse el caso que en la misma se aplicara una ley retroactivamente en perjuicio del quejoso, o fuera librada sin cumplir las formalidades esenciales del procedimiento, conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho; también podría darse el caso que autoridades jurisdiccionales del fuero común, decidieran sobre el libramiento de una orden de aprehensión, respecto de un hecho en que estuviere involucrada una persona perteneciente al ejército y fuera menester examinar su conducta desde el punto de vista de la legislación del fuero castrense; o que no estuviere fundado y motivado dicho acto, así como diversas hipótesis que pudieren formularse respecto de la posible violación de garantías constitucionales contenidas en preceptos diversos al 16 constitucional; luego entonces, resulta limitativo y equívoco concluir que para el libramiento de una orden de aprehensión, sólo deba cumplirse lo establecido en el mencionado artículo 16 constitucional; y por ende, su emisión no puede ser violatoria de los artículos 14, 16 o cualquiera otro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en virtud de que las garantías de seguridad jurídica que se encuentran consagradas en la Constitución General de la República, son la base sobre las cuales descansa el sistema jurídico mexicano, por tal motivo, éstas no pueden ser limitadas porque en su texto no se contengan expresamente los derechos fundamentales que tutelan. Por el contrario, las garantías de seguridad jurídica valen por sí mismas, ya que ante la imposibilidad material de que en un artículo se contengan todos los derechos públicos subjetivos del gobernado, lo que no se contenga en un precepto constitucional, debe de encontrarse en los demás, de tal forma, que el gobernado jamás se encuentre en una situación de incertidumbre jurídica y por lo tanto, en estado de indefensión. De acuerdo a lo anterior, cuando se libra una orden de aprehensión, deben de

¹² No. Registro: 180,121 Tesis aislada Materia(s): Constitucional, Administrativa Novena Época Instancia: Segunda Sala Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XX, Noviembre de 2004 Tesis: 2a. XG/2004 Página: 127

*cumplirse no únicamente las formalidades establecidas por el artículo 16 constitucional, párrafo segundo, sino que para su aplicabilidad debe atenderse a lo preceptuado en los demás artículos que tutelan las garantías de seguridad jurídica, con la finalidad de proteger de manera firme y eficaz a los derechos fundamentales de la persona tutelados en la Carta Magna.*¹³

Analizado el contenido del presente capítulo, concluyo que la integración que éste tendrá con el subsecuente es de gran relevancia ya que al conocer los elementos fundamentales de legalidad existentes, éstos nos permitirán configurar la relación jurídica que se da entre dos sujetos llamados: trabajador y patrón.

¹³ No. Registro: 193,892 Jurisprudencia Materia(s): Penal Novena Época Instancia: Primera Sala Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta IX, Mayo de 1999 Tesis: 1a./J. 31/99 Página: 285

CAPÍTULO 2

LA RELACIÓN OBRERO PATRONAL

2.1 DOCTRINA

Para iniciar el presente capítulo citaré lo que expuse en el anterior respecto a la garantía de legalidad referente a que es seguramente la más importante de las instituciones políticas jurídicas, en sentido general, protectora de los derechos de la persona humana; pero también su similar de seguridad jurídica, en cuanto a que es necesaria la presencia de un orden que regule las conductas de los individuos en las sociedades y que ese orden se cumpla, que sea eficaz.

Es necesario resaltar los elementos citados: la protección de los derechos de la persona humana y la presencia de un orden que regule su conducta ante la sociedad. Con ellos, los gobernados en general pueden manifestar su deseo de realizar diversos actos jurídicos que producen o transfieren derechos y obligaciones, sin embargo, sólo nos ocuparemos de algunos que se generan en el Derecho del Trabajo entre dos personas: trabajador y patrón.

En el caso concreto y antes de citar a la doctrina, mencionaré brevemente el concepto de trabajo así como el de cada uno de los sujetos mencionados.

En torno a la determinación del origen del término trabajo las opiniones se han dividido. Algunos autores señalan que la palabra proviene del latín *trabs*, *trabis*, que significa traba, ya que el trabajo se traduce en una traba para los individuos, porque siempre lleva implícito el despliegue de cierto esfuerzo.

Una segunda corriente ubica al trabajo dentro del griego *thlibo*, que denota apretar, oprimir o afligir.

Por otro lado se encuentran los autores que ven su raíz en la palabra *laborare* o *labrare*, del verbo latino *laborare* que quiere decir labrar, relativo a la labranza de la tierra.

En el Diccionario de la Real Academia Española se conceptúa al trabajo como el esfuerzo humano aplicado a la producción de la riqueza.

La generalidad de la doctrina, nacional y extranjera, así como nuestra legislación laboral coinciden en delimitar el campo de nuestra disciplina a un solo aspecto del trabajo: el subordinado, amén de que, por su carácter expansivo, pueda abarcar en lo sucesivo nuevos ámbitos.

Como opinión en contrario el maestro Trueba Urbina sostiene lo siguiente:

*Que siendo nuestro Derecho del Trabajo esencialmente reivindicatorio, se constituye en el derecho de todo aquel que presta un servicio a otro y no de los llamados subordinados o dependientes, como se supone en el extranjero y aquí mismo sin razón jurídica.*¹

Sin embargo, en la actualidad exclusivamente se contemplan dos elementos: el trabajo subordinado y que además éste debe ser personal.

A su vez, el maestro Néstor de Buen agrega uno más:

*La remuneración, considerándola concepto central del derecho del trabajo a tal grado que si el trabajo no es remunerado, si no conlleva el pago de una cantidad en dinero, no habrá relación regida por el derecho laboral.*²

Aun cuando Mario de la Cueva sostiene lo siguiente:

*La relación jurídica nace por el hecho de la prestación del trabajo personal subordinado; por lo tanto, para su existencia es suficiente la presencia de un trabajador y un patrono, y el inicio de la prestación de un trabajo, aunque no se hayan determinado el monto y la forma de pago del salario. De lo que deducimos que el salario, si bien en el campo de la teoría es un elemento constitutivo de la relación, en la vida de ella aparece a posteriori, como una consecuencia de la prestación del trabajo.*³

Para concluir, desde mi punto de vista tres son los elementos que conforman la esencia de la palabra trabajo: el trabajador, el patrón y la actividad a realizar.

Las definiciones que señalo de trabajador y patrón son de manera genérica e ilustrativa, no de forma específica.

Frente a la utilización indiscriminada de las voces obrero, empleado, prestador de servicios o de obras, dependientes y otros, la denominación trabajador responde con precisión a la naturaleza de este sujeto primario del Derecho del Trabajo, amén de que unifica el carácter de aquellos que viven de su esfuerzo ya preponderantemente material o intelectual.

Ciertamente, este término homogéneo suprime la discriminación aún subsistente en diversos sistemas que regulan mediante estatutos diferentes, la condición de obrero, el empleado y el trabajador.

¹ Trueba Urbina, Alberto. *Nuevo Derecho del Trabajo*. 6ª. Edición. Porrúa, México, 1981. p. 132.

² Buen Lozano, Néstor de. *Derecho del Trabajo*. Tomo I. 15ª. Edición. Porrúa, México, 2002. p. 16.

³ Cueva, Mario de la. *El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo*. Tomo I. 18ª. Edición. Porrúa, México, 2001. p. 204.

Descomponiendo en sus aspectos esenciales la noción jurídica de trabajador recogida en la ley, podemos distinguir los siguientes elementos: la persona física, la prestación personal del servicio y la subordinación.

La exigencia de que el trabajador sea necesariamente una persona física, pretende eliminar la conclusión provocada con frecuencia en otro tiempo, de encubrir las relaciones individuales del trabajo a través de la celebración de contratos por equipo; figura que además de entorpecer la vinculación directa del patrón con los trabajadores, propiciaba su manipulación, robusteciendo la intermediación en detrimento de la acción del sindicato.

La prestación personal del servicio es otro elemento inherente a la figura del trabajador, generalmente entendida como una obligación prototípica de hacer, no puede sustituirse por la de otra diferente sin consentimiento del patrón.

Aunque su proyección es expansiva, el concepto jurídico de trabajador implica un vínculo de jerarquía, elemento gestor de la llamada subordinación o dependencia, que supone el poder mandar con que cuenta el patrón y el deber de obediencia del primero.

Pero esta subordinación no pretende designar un estatus del hombre que se somete al patrón, sino una de las formas de prestarse los servicios; aquella que se realiza con sujeción a las normas e instrucciones vigentes en la empresa. Hablamos, en todo caso, de la subordinación técnico-funcional relacionada con la prestación de los servicios sin que se constriña en forma alguna la dignidad o libertad de los trabajadores.

Esta dependencia se produce cuando una persona se obliga a prestar trabajo a otra poniendo a disposición de esta última su fuerza laboral, y si este poder de disposición existe a favor de un tercero, esto es, del empresario quien lo ejerce sobre hombres libres, el trabajo que realice será subordinado.

De lo anteriormente expuesto se deduce que 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 éste 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.

En confrontación con la figura del trabajador, el patrón representa otro de los sujetos primarios de la relación jurídica del empleo.

La presencia patronal como persona física es frecuente, cuando no la regla, en la pequeña empresa, donde se le puede encontrar supervisando los servicios de los trabajadores o compartiendo con ellos las actividades laborales. En los centros de grandes dimensiones es común, por el contrario, su disolución físico-individual en la integración de sociedades, mejor conocidas como personas jurídicas o morales.

Pese a que tradicionalmente como jefe de la empresa, se le reconoce al patrón un poder de jerarquía del que dependen en relación subordinada los trabajadores de la misma, la definición de ley es precisa y objetiva, no obstante el cuestionamiento de que pudiera estimarse incompleta en tanto que omite el concepto de subordinación y no alude el compromiso de retribuir el trabajo.

En efecto, resulta evidente que al suprimirse la condicionante de la preexistencia de un contrato de trabajo, ignorándose la limitante de la subordinación, pretendió fortalecer el carácter expansivo del Derecho del Trabajo.

Por otra parte, el señalamiento de la contraprestación que se haga indispensable para definir el carácter del patrón, toda vez que la obligación del pago del salario está sobrentendida, es insalvable y, por disposición de ley, irrenunciable.

La desvinculación del concepto de patrón respecto del contrato de trabajo, obedece, dentro de nuestro sistema, al acogimiento de la autonomía relacionista que explica la prestación de los servicios como razón generatriz de la aplicación y beneficio del Derecho del Trabajo.

Para algún sector de la doctrina y del Derecho comparado, suele confundirse el concepto de patrón, identificándolo indiscriminadamente con el de empleador o empresario, cuando no con los de dador o acreedor de trabajo.

Considero que es inadecuado hablar de empleador, puesto que en nuestro sistema por lo que hace fundamentalmente a la empresa de notable capacidad caracterizada por su paulatina despersonalización, no es el patrón quien emplea, sino el personal administrativo de la misma y especializado para tales menesteres.

Tampoco es factible identificarlo con el empresario, toda vez que las relaciones de trabajo no se presentan exclusivamente dentro de la empresa, sino también dentro de otros sectores, por ejemplo, el trabajo doméstico.

La connotación de dador del trabajo es no sólo gramatical y fonéticamente inadecuada, sino que revela graves deficiencias técnicas, como el designar de manera indistinta, tanto a la persona que ofrece el trabajo, como a la que lo realiza.

Por otra parte, la expresión acreedor de trabajo como denominación sustitutiva de patrón es definitivamente impropia, pues pudiera llevarnos al extremo de llamar a los trabajadores deudores de trabajo o quizás acreedores de salario.

El concepto de patrón, desprendido del prejuicio de poder resultar peyorativo para quienes concentran la riqueza, es sin duda el más idóneo, pues precisa la noción de la figura, despeja las confusiones y responde mejor que las otras acepciones a la realidad y tradición jurídicas de nuestro ordenamiento de trabajo.

Ahora bien, una vez descritos ciertos elementos básicos del trabajo, trabajador y patrón, consultaremos a la doctrina respecto a la relación obrero patronal.

La relación de trabajo es un elemento fundamental en el Derecho Laboral y Derecho Social.

Existen diversas formas para constituir una relación de trabajo, así lo establece la Ley Federal del Trabajo; una de esas formas, la más común, es el contrato.

Basta con que se preste el servicio para que nazca la relación laboral, esto quiere decir que puede existir la relación de trabajo sin que exista previamente un contrato, pero no al contrario, aun cuando normalmente se da por anticipado un convenio escrito, verbal o tácito. Es decir, el hecho de que exista un documento no supone de modo necesario la relación laboral, puede existir éste y nunca darse la vinculación.

Es suficiente con que se dé la prestación de un trabajo personal y subordinado, para que exista el nexo laboral, aplicándole al trabajador un ordenamiento imperativo que es el Derecho del Trabajo, independientemente de la voluntad de los sujetos en dicha relación.

Mario de la Cueva no elimina la posibilidad de que el acto que origina la relación de trabajo sea un contrato; al respecto señala lo siguiente:

*Que bien puede ser el contrato u otro acto el que dé origen a la relación laboral; el acuerdo de voluntades no es un requisito inevitable para la formación de la relación... el acuerdo de voluntades no podrá ser el rector de la vida de la relación porque esa función la cumple... un estatuto, la Ley y los contratos colectivos, entre otros ordenamientos.*⁴

El Derecho del Trabajo no protege los acuerdos de voluntades, sino al trabajo mismo, no trata de regular un intercambio de prestaciones, sino de asegurar la salud y la vida del hombre y proporcionar al trabajador una existencia decorosa.

⁴ Cueva, Mario de la. op. cit. p. 189

En la realidad casi siempre se da la relación como consecuencia de un contrato previamente establecido o por lo menos de modo simultáneo.

Para que se constituya la relación de trabajo no necesariamente debe darse el acuerdo de voluntades; en las empresas donde rige un contrato colectivo de trabajo con la cláusula de ingreso, en realidad no se toma en consideración la voluntad del patrono; los sindicatos están facultados para ocupar las plazas vacantes de la negociación aun en contra de la voluntad del patrón en casos específicos. Es una ficción jurídica la que trata de explicar que el patrón ha dado su consentimiento para asegurar a tal o cual trabajador desde el momento de firmar el contrato colectivo con la cláusula de ingreso.

Se debería hablar solamente de la presunción de la existencia de la relación laboral, pues como se mencionó, puede no existir el contrato de trabajo y sí la relación.

No obstante esto, la Ley habla del contrato y de la relación obrero patronal.

La LFT establece que la existencia del contrato y de la relación de trabajo se presume entre el que presta un trabajo personal y el que lo recibe.

Si hay la obligación de prestar un trabajo personal subordinado a otra persona y la de pagar un salario no importando qué denominación se le dé a aquélla, existe un contrato de trabajo y estará sujeto a las normas laborales.

La esencia del contractualismo radica en la afirmación de que el vínculo que se establece entre el trabajador y el patrón estará necesariamente originado por un acuerdo de voluntades.

Pero es de suma importancia señalar que aun sin la existencia del contrato, existe un principio fundamental que debe de prevalecer entre trabajador y patrón, esto es, el consentimiento para que las personas adquieran derechos y obligaciones. Por ejemplo, cuando se reúnen dos personas para la compraventa de un automóvil, una exterioriza su deseo de vender y la otra de comprar; se pacta un precio, forma de pago y fecha de entrega. No puede entenderse que una parte resulte obligada con relación a la otra, si no ha consentido en la realización de la operación. Las personas quedan sujetas a su determinación, a su libre albedrío, a la libre manifestación que han efectuado.

El consentimiento es la manifestación exterior con que se demuestra la aceptación del contrato y puede ser expreso o tácito. El primero se da cuando se otorga el contrato por escrito en donde constan las condiciones de trabajo o verbalmente, y el segundo cuando no se ha empleado una forma para celebrar el contrato, pero se ejecutan hechos que demuestran que se ha consentido la prestación de servicios.

Se pensó que el consentimiento resultaba indispensable para establecer la relación trabajador-patrón. Quienes defienden este principio, consideran que el consentimiento tiene por objeto producir los efectos de Derecho consistentes en la prestación de servicios y en el pago del salario.

En la obra del maestro Alberto Briceño Ruiz, se menciona lo siguiente:

Cardoso de Oliveira define el contrato de trabajo como el acuerdo entre el empleador y el empleado para la realización, por parte de éste, de determinado servicio, teniendo aquél la obligación de pagarle un determinado salario.

Es una convención, dice Ramírez Gronda, por la cual un trabajador, pone su actividad profesional a disposición del patrón, sea persona jurídica individual o colectiva, en forma continuada, a cambio de una remuneración.

Para Durand se trata de una convención, por la cual una persona calificada como trabajador, asalariado o empleado, se compromete a cumplir actos materiales, generalmente de naturaleza profesional, en provecho de otra persona denominada empleador o patrono, colocándose en una situación de subordinación, mediante una remuneración en dinero, llamada salario.

*Rafael Caldera que toma la definición de la Ley de Venezuela, establece que se trata de una convención entre patrono y un empleado u obrero, para la cual éstos se obligan a ejecutar cualquier labor o servicio, intelectual o material, bajo la dependencia del patrono o de la persona que éste designe, mediante el pago por el patrono de un salario.*⁵

Para los autores citados, la relación trabajador-patrón es la siguiente:

A) Un acto jurídico, resultado de la exteriorización de la voluntad, como requisito de esencia para la existencia de obligaciones.

B) Su objeto está constituido por la obligación de prestar el servicio y la recíproca de pagar un salario.

C) Los sujetos de los que emana su voluntad y que resultan obligados, son el trabajador y el patrón.

D) Se presupone la existencia de una subordinación del trabajador al patrón, por lo que hace a los servicios a prestarse.

Los principios anteriores son objeto de crítica, en virtud de lo siguiente:

⁵ Briceño Ruiz, Alberto. *Derecho Individual del Trabajo*. Harla, México, 1985. p. 104.

- 1) No se considera la necesidad de acatar ciertas normas jurídicas, que regulan la relación entre los sujetos.
- 2) No se contempla la necesidad de atender a los fines de seguridad, estabilidad y garantía a favor del trabajador.
- 3) Tal parece que la manifestación de voluntad coincidente entre las partes, sin sujeción o condición alguna, resulta suficiente para crear obligaciones y derechos recíprocos.
- 4) En tales condiciones, los conceptos señalados no responden ni a una realidad concreta, ni traducen la lucha de los trabajadores plasmada en los distintos ordenamientos jurídicos.
- 5) La relación trabajador-patrón no se agota en un simple acuerdo de voluntades, si no que se refiere a situaciones de trascendencia social y acata, como premisa fundamental, el imperio de la norma jurídica que condiciona y puede sustituir la voluntad de las partes.

Por otro lado, existe la presunción de que toda persona que presta un servicio personal, está bajo la protección de la legislación laboral, a menos que el patrón demuestre lo contrario. Esta presunción ha sido atacada por los empresarios para anular esa ventaja de los trabajadores y lo han hecho de diversas formas. Enseguida menciono algunos ejemplos: el caso de la contratación de los servicios de los agentes de comercio, bajo contratos de comisión mercantil; el de los trabajadores del volante cuya relación laboral a veces trata de encubrirse con el contrato de arrendamiento; y el de los profesionistas a quienes se pretende someter a contratos civiles de prestación de servicios profesionales.

La doctrina señala otros supuestos en los que la relación de trabajo no se constituye por medio de un contrato. Uno de los supuestos indica que el contrato es nulo si se establece por debajo de las condiciones consignadas en la Ley, en estos casos la relación de trabajo subsiste. Otro supuesto es aquél en el que se constituye la relación de trabajo teniendo como origen una situación de hecho, esto es, que el trabajador preste un servicio personal subordinado con el consentimiento tácito del patrón, que no puede desligarse de la obligación de pagar por el servicio, pues se han creado ya derechos y obligaciones entre ambos sujetos.

Para resumir, sin duda alguna la relación obrero patronal tiene diversas aristas y teorías. Por un lado, existen opiniones doctrinarias que aseguran que sólo mediante el contrato se puede hablar de relación laboral; por otro, hay quienes expresan que con el simple consentimiento o manifestación de voluntad de ambas partes, es más que suficiente para hablar de ello.

La realidad es sumamente compleja, ya que incluso las doctrinas establecidas no se ponen de acuerdo en los elementos y circunstancias que integran la relación obrero patronal, e incluso la SCJN así lo demuestra en las siguientes tesis:

CONTRATO DE TRABAJO, CARÁCTER DEL.

Con arreglo al artículo 17 de la ley de la materia, el contrato de trabajo tiene características propias que a la vez que lo individualizan lo distinguen de los contratos de derecho civil; éstas características se reducen a tres; obligación por parte del trabajador, de prestar un servicio, empleando su fuerza física o intelectual. Obligación del patrono de pagar a aquél una retribución, y la relación de dirección y dependencia en que el trabajador se encuentra colocado frente al patrono. ⁶

RELACIÓN DE TRABAJO. ES NECESARIO QUE EXISTA LA SUBORDINACIÓN JURÍDICA PARA DERIVAR LA PRESUNCIÓN DE SU EXISTENCIA.

El artículo 20 de la Ley Federal del Trabajo, establece que debe entenderse por relación de trabajo la prestación de un trabajo personal subordinado a una persona mediante el pago de un salario, connotación que va más allá de la presunción de existencia de dicha relación entre el que presta un trabajo personal y el que lo recibe, a que se contrae el artículo 21 de la referida ley, en tanto que el elemento distintivo de la relación laboral resulta ser la subordinación jurídica entre el patrón y el trabajador, merced a la cual el primero se encuentra en todo momento en posibilidad de disponer del trabajo del segundo según convenga a sus propios fines y la obligación correlativa de éste de acatar las órdenes del patrón, lo que excluye la presunción de existencia de relación laboral entre el que presta un servicio personal, el que lo recibe y la retribución o gratificación por este último, si no está de por medio la subordinación jurídica, la que conforme lo dispone el artículo 134, fracción III, de la Ley Laboral, obliga a desempeñar el servicio bajo la dirección del patrón o de su representante, a cuya autoridad estará subordinado quien presta el servicio, en todo lo concerniente al trabajo. ⁷

⁶ No. Registro: 276,792 Tesis aislada Materia(s): Laboral Sexta Época Instancia: Cuarta Sala Fuente: Semanario Judicial de la Federación Quinta Parte, XX Tesis: Página: 50

⁷ No. Registro: 224,146 Tesis aislada Materia(s): Laboral Octava Época Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: Semanario Judicial de la Federación VII, Enero de 1991 Tesis: Página: 424

Por cierto, ni el contrato ni la relación de trabajo son figuras autónomas, se complementan: el contrato encuentra cauce y expresión en la relación de trabajo, en la ejecución continuada, en el tracto sucesivo, en el cumplimiento diario de una obligación de desempeñar servicios conforme a las modalidades y duración pactadas.

En función de lo anterior se utilizan, casi en su totalidad, los mismos preceptos para ambas figuras.

Asimismo, no se trata de que el contrato y la relación de trabajo sean discordantes, sino en determinar exactamente lo que es el nexo trabajador y patrón para precisar su esencia jurídica.

2.2 REGULACIÓN CONSTITUCIONAL

Nuestra Constitución Federal, contiene las partes fundamentales en torno a las figuras jurídicas de trabajo y de la relación jurídica existente entre trabajador y patrón.

En este subcapítulo abordaremos algunos artículos que consagra nuestra Carta Magna, para entender el alcance y fin de diversas garantías supremas contenidas en ella.

Iniciaremos con el artículo 5º primer párrafo, que nos refiere lo siguiente:

A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos. El ejercicio de esta libertad sólo podrá vedarse por determinación judicial, cuando se ataquen los derechos de tercero, o por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad. Nadie puede ser privado del producto de su trabajo, sino por resolución judicial.

Es notorio que el contenido de este párrafo contempla la libertad de trabajo y los límites que tiene todo gobernado para dedicarse a la actividad que más le convenga, siempre y cuando sean legítimos.

Además de que no está permitida la privación del producto del trabajo, esto es, de la cantidad económica que el trabajador perciba del patrón, a menos de que exista una resolución judicial que así lo determine.

El tercer párrafo, señala lo siguiente:

Nadie podrá ser obligado a prestar trabajos personales sin la justa retribución y sin su pleno consentimiento, salvo el trabajo impuesto como pena por la autoridad judicial, el cual se ajustará a lo dispuesto en las fracciones I y II del artículo 123.

Se observa, que ningún gobernado puede ser forzado a trabajar física o intelectualmente de manera gratuita sin que perciba el pago correspondiente por otra persona sea física o jurídica por el trabajo realizado, y que exista su pleno consentimiento para ello. La obligación de prestar estos trabajos sólo se presenta cuando la autoridad judicial competente así lo ha establecido.

El cuarto párrafo, nos indica lo siguiente:

Las funciones electorales y censales tendrán carácter obligatorio y gratuito, pero serán retribuidas aquéllas que se realicen profesionalmente en los términos de esta Constitución y las leyes correspondientes. Los servicios profesionales de índole social serán obligatorios y retribuidos en los términos de la ley y con las excepciones que ésta señale.

En este enunciado se aprecia que aquellas funciones o servicios profesionales realizados por una persona profesionista e independiente, se le retribuirán de forma económica por el trabajo especial desempeñado.

El párrafo quinto, explica lo siguiente:

El Estado no puede permitir que se lleve a efecto ningún contrato, pacto o convenio que tenga por objeto el menoscabo, la pérdida o el irrevocable sacrificio de la libertad de la persona por cualquier causa.

En este texto se indica la facultad que tiene el Estado para no permitir que se realice contrato, pacto o convenio alguno que disminuya la libertad contractual de todo gobernado.

El penúltimo párrafo contiene lo siguiente:

El contrato de trabajo sólo obligará a prestar el servicio convenido por el tiempo que fije la ley, sin poder exceder de un año en perjuicio del trabajador, y no podrá extenderse, en ningún caso, a la renuncia, pérdida o menoscabo de cualquiera de los derechos políticos o civiles.

En este párrafo ya se menciona el contrato de trabajo como elemento indispensable para prestar un servicio por el tiempo que fije la ley; además este servicio debe ser convenido entre las partes, debe de existir un acuerdo de voluntades entre trabajador y patrón para su realización; y se añade que este contrato no puede excederse del tiempo establecido en detrimento del trabajador.

El último párrafo incluye lo siguiente:

La falta de cumplimiento de dicho contrato, por lo que respecta al trabajador, sólo obligará a éste a la correspondiente responsabilidad civil, sin que en ningún caso pueda hacerse coacción sobre su persona.

Ello implica que si el trabajador incumple el contrato respectivo, sólo enfrentará la responsabilidad civil, sin que medie presión alguna hacia su persona.

Es indiscutible que los párrafos: primero, tercero, quinto y penúltimo del artículo 5º Constitucional contienen las bases sociales fundamentales que materializan de manera legal e incuestionable los conceptos: trabajo, relación de trabajo y contrato, rubros que en su momento se comentaron.

Otro artículo interesante es el 115 fracción VIII segundo párrafo, que dice lo siguiente:

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 en el artículo 123 de esta Constitución, y sus disposiciones reglamentarias.

De igual forma su similar 116 fracción VI, plasma lo siguiente:

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.

Del contenido de ambos artículos la única diferencia existente es que en el primero se menciona a municipios y en el subsiguiente a estados; pero la parte esencial en ellos es la relación de trabajo que existe entre las diferentes entidades de gobierno y sus colaboradores.

Definitivamente el artículo que más protege las relaciones de los trabajadores para con los patrones es el 123 Constitucional.

Sin embargo, por lo extenso de su contenido y evitar distraernos de la esencia del trabajo, sólo haremos menciones genéricas de él.

Este ordenamiento es sin duda alguna la base sólida con la que cuentan los trabajadores para hacer valer y defender sus derechos laborales, pero su contenido no sólo se circunscribe a ello, sino que va más allá al conformar la estructura fuerte de los principios generales de justicia social y en sí del Derecho Social.

Su esencia armoniza los satisfactores al que todo gobernado aspira: empleo, salud, vivienda, igualdad de derechos y otros.

Para llegar a lo que es actualmente ha tenido que sortear muchos obstáculos, pero aseguro que sus alcances jurídicos son de los más evolucionados e importantes en el ámbito laboral y social, incluso por encima de algunas legislaciones de otros países.

Como conclusión, el contenido de cada uno de los artículos citados es de vital trascendencia en el ámbito laboral, ya que su conjunción nos proporciona los elementos necesarios y suficientes para comprender las relaciones de trabajo que se generan entre los trabajadores y patrones.

2.3 REGULACIÓN EN LA LEY FEDERAL DEL TRABAJO

La legislación laboral señala con precisión los conceptos y definiciones de lo que es trabajo, trabajador y patrón; así como la de regular los derechos y obligaciones de que goza cada uno de ellos.

La Ley en su artículo 3º define al trabajo de la manera siguiente:

El trabajo es un derecho y un deber sociales. No es artículo de comercio, exige respeto para las libertades y dignidad de quien lo presta y debe efectuarse en condiciones que aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia.

A su vez el artículo 8º segundo párrafo de la citada Ley, señala lo siguiente:

Para los efectos de esta disposición, se entiende por trabajo toda actividad humana, intelectual o material, independientemente del grado de preparación técnica requerido por cada profesión u oficio.

De lo anterior se desprende lo siguiente:

A) Todo trabajo requiere de un esfuerzo de quien lo ejecuta y tiene por finalidad la creación de satisfactores.

B) El trabajo es una de las características que distinguen al hombre del resto de los seres vivientes; a la actividad de éstos, relacionada tan sólo con el mantenimiento de la vida, no puede llamársele trabajo; solamente el hombre es capaz de trabajar; el trabajo está adherido a la propia naturaleza humana, es como la extensión o reflejo del hombre.

Por lo que respecta al concepto de trabajador, nuevamente el artículo 8º primer párrafo nos describe lo siguiente:

Trabajador es la persona física que presta a otra, física o moral, un trabajo personal subordinado.

Referente al concepto de patrón, la Ley en su artículo 10 nos indica lo siguiente:

Patrón es la persona física o moral que utiliza los servicios de uno o varios trabajadores.

Si el trabajador, conforme a lo pactado o a la costumbre, utiliza los servicios de otros trabajadores, el patrón de aquel, lo será también de éstos.

Es indiscutible que para que se pueda hablar de una relación de trabajo existente, deben de conjuntarse los siguientes elementos: 1) el trabajo; 2) el trabajador y 3) el patrón.

El trabajo viene a ser uno de los elementos que da origen principal a la relación que se pueda dar entre dos o más personas, por lo tanto es el punto de partida para iniciar un nexo jurídico laboral.

Otro elemento importante es el trabajador, o sea aquella persona física que pone a servicio de otra, ya sea física o jurídica su capacidad física e intelectual para desarrollar una actividad específica.

Por esa actividad realizada, el trabajador tiene el derecho de percibir una remuneración que por lo general es económica.

Y el último elemento es el patrón, aquella persona física o jurídica que requiere o necesita el esfuerzo de un trabajador para que éste realice una actividad determinada.

Por la actividad recibida, el patrón tiene la obligación de pagar por ella.

Tanto el trabajo, así como la remuneración respectiva, deben ser acordes a la actividad realizada por el trabajador y encomendada por el patrón, para que se consideren justas.

No debemos ignorar que para ambas personas, la Ley les concede derechos y obligaciones, circunstancia que sólo queda a manera de mención.

Ahora bien, para poder decir que existe una relación de trabajo, necesariamente deben de estar presentes los tres elementos descritos anteriormente, ya que la falta de uno de éstos desvincula por completo a la figura jurídica en comento.

Por otro lado, para el perfeccionamiento legal de la relación obrero patronal las partes deben de estar de común acuerdo respecto al qué y cómo se va a dar ese nexo jurídico, sobre todo cuál es la esencia fundamental de dicha relación, ya que el no hacerlo oportunamente puede ocasionar para alguno de ellos que tenga que enfrentar situaciones sumamente complicadas y costosas.

Una vez acotados los elementos indispensables: trabajo, trabajador y patrón; continuaremos por señalar lo que nos dice la Ley respecto a la relación de trabajo.

2.3.1 CONCEPTO DE RELACIÓN OBRERO PATRONAL

El artículo 20 de la legislación laboral, nos precisa lo siguiente:

Se entiende por relación de trabajo, cualquiera que sea el acto que le dé origen, la prestación de un trabajo personal subordinado a una persona, mediante el pago de un salario.

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.

La prestación de un trabajo a que se refiere el párrafo primero y el contrato celebrado producen los mismos efectos.

Este precepto no distingue la relación de trabajo, con la del contrato de trabajo, pues en ambos casos se establecen como elementos de definición: el servicio personal subordinado y el pago de un salario.

Sin embargo, la relación de trabajo se inicia en el preciso momento en que se empieza a prestar el servicio y en cambio el contrato de trabajo se perfecciona por el simple acuerdo de voluntades.

En la práctica se puede dar el caso de que exista un contrato de trabajo sin relación existente, ejemplo de ello, es cuando se celebra un contrato y se pacta que el servicio se preste posteriormente, pero la existencia de la relación de trabajo hace que se presuma la existencia del contrato, ya que entre el que presta un servicio personal y el que lo recibe se supone la vinculación laboral y la falta de contrato escrito es imputable al patrón.

A su vez, el artículo 21 señala lo siguiente:

Se presume la existencia del contrato y de la relación de trabajo entre el que presta un trabajo personal y el que lo recibe.

En ambos artículos se incorpora y menciona la palabra contrato.

Esto supone, que por lo regular debe existir un documento en el que se especifiquen concretamente las condiciones inherentes a esa relación laboral.

Dicha circunstancia no es limitativa, ya que en muchos casos basta con que exista el acuerdo de voluntades entre las partes para que se presuma que existe una relación laboral, esto es, así como existen contratos escritos, también los hay verbales, y en ambos casos se consideran válidos, siempre y cuando cumplan con los requisitos previstos por la Ley.

Esta circunstancia del contrato verbal es muy común, ya que muchos de los trabajos que se encomiendan a determinada persona se pactan de palabra, sin que haya de por medio un documento que respalde la actividad a realizar, ejemplo de ello lo tenemos en trabajos como son: dependiente de mostrador, volanteo de publicidad, plomería, albañilería, electricidad, limpieza doméstica y otros.

Inclusive, en pequeños negocios es poco usual el que se elabore un contrato por escrito que demuestre la relación laboral, ya que en el momento en que el empleado lo solicita, el dueño del centro de trabajo llega a condicionarle a éste la continuidad de las actividades.

Al respecto hay que mencionar lo siguiente: el que no exista físicamente este escrito, releva a cualquiera de las partes a demostrar que efectivamente hubo una relación laboral entre ellos, pues existen otros medios probatorios contemplados por la Ley para verificar con certeza ese vínculo, incluso diversas tesis jurisprudenciales de la SCJN así lo respaldan.

Para algunos escépticos lo antes señalado puede parecerles exagerado, pero la realidad rebasa a la expectativa; como anécdota tenemos que durante los primeros meses del año 2006 en París, Francia, ocurrieron diversas manifestaciones de cientos de jóvenes que aspiraban a un empleo digno y que pugnaron por la desaparición de la controvertida contratación del primer empleo, misma que condicionaba lo siguiente: la edad del ciudadano para trabajar, la duración de la relación laboral, la rescisión al trabajador de su contrato de trabajo en cualquier momento sin derecho a indemnización alguna y otros. Afortunadamente la presión provocada por la sociedad al considerar que dicha legislación violaba derechos fundamentales de los trabajadores, generó que el gobierno francés diera marcha atrás a su implantación.

Por último, aun en el supuesto de que existan contratos colectivos de trabajo, es recomendable que se formulen contratos individuales, ya que una es la relación que existe entre empresa y sindicato, y otra la que se da entre patrón y cada uno de los trabajadores.

2.3.2 REQUISITOS DE LA RELACIÓN OBRERO PATRONAL

Los artículos que enseguida se detallan, establecen los requisitos mínimos indispensables que debe de contener el contrato de trabajo, celebrado y aceptado entre el trabajador y el patrón.

El artículo 24 de la Ley, nos especifica lo siguiente:

Las condiciones de trabajo deben hacerse constar por escrito cuando no existan contratos colectivos aplicables. Se harán dos ejemplares, por lo menos, de los cuales quedará uno en poder de cada parte.

En el caso de que exista el documento por escrito, éste deberá de señalar con claridad y precisión cuáles son las condiciones de trabajo que involucran las actividades a desarrollar, puesto que si es vago u obscuro, el trabajador o el patrón pueden argumentar situaciones que le favorezcan en perjuicio de la contraparte.

Es común que cuando no se está de acuerdo con lo que se estipuló en el documento y la relación de trabajo ya se consumó, el trabajador demande al patrón o viceversa para reclamar lo que no se ajusta a lo pactado, e incluso hasta el extremo de rescindir el contrato respectivo.

Es por eso que el escrito en cuestión debe de ser lo más exacto en su contenido.

Pero insisto, la falta de este documento escrito no exime ni al trabajador ni al patrón de sus responsabilidades si se dio la relación laboral.

El artículo 25 señala que el escrito en que consten las condiciones de trabajo deberá contener lo siguiente: datos generales de trabajador y patrón; si la relación de trabajo es por obra, tiempo determinado o indeterminado; el servicio que deba prestarse, determinándose con la mayor precisión; el lugar donde debe de prestarse el trabajo; la duración de la jornada; la forma y monto del salario; el día y el lugar de pago del salario; la indicación de que el trabajador será capacitado y adiestrado; y otras condiciones de trabajo como días de descanso, vacaciones y demás que convengan el trabajador y el patrón.

La enumeración de este artículo es enunciativa y no limitativa. Si bien el ordenamiento citado hace referencia a que el escrito debe contener algunas condiciones, también lo es que existen otras que no se mencionan, pero la norma no es rígida sino flexible, ya que la fracción novena así lo contempla y diversos artículos posteriores lo corroboran.

El artículo 26 contiene lo siguiente:

La falta del escrito a que se refieren los artículos 24 y 25 no priva al trabajador de los derechos que deriven de las normas de trabajo y de los servicios prestados, pues se imputará al patrón la falta de esa formalidad.

Si bien es cierto que el patrón debe de hacer constar por escrito las condiciones de la relación laboral, tal circunstancia sólo es de forma y no de fondo.

La carencia del escrito a que hacen referencia los artículos anteriores, no desvirtúan el nexo trabajador-patrón, ya que es a éste al que se le hace la imputación directa de tal omisión.

Pero además pueden existir hechos, circunstancias, elementos o situaciones diversas que demuestren que efectivamente existió la relación laboral, dando por resultado no perjudicar los derechos adquiridos del trabajador; como medios de prueba para corroborar ese nexo jurídico están: listas de raya, lista o tarjeta de asistencia, testimonio de compañeros de trabajo, descripción precisa del trabajo realizado, recibos de pago y otros.

El numeral 31 de la Ley, nos instruye lo siguiente.

Los contratos y las relaciones de trabajo obligan a lo expresamente pactado y a las consecuencias que sean conformes a las normas de trabajo, a la buena fe y la equidad.

Lo expresamente pactado consiste en establecer y aceptar condiciones entre dos o más personas, que se obligan a cumplirlas. El pacto puede ser de forma escrita o verbal y en él debe de existir la plena voluntad de las partes para su realización sin que haya de por medio coacción alguna. Debe estar investido de buena fe y equidad, ya que de no ser así existirían vicios en su configuración que podrían causar su nulidad.

Todos los conceptos anteriores son aplicables a la relación de trabajo y nos permite concluir lo siguiente:

- Las normas relativas son impuestas por el Estado e integran una unidad, de tal forma que todas regulan la relación de trabajo.
- La imposición de las normas jurídicas es automática, como resultado de los hechos concretos de prestar y recibir el servicio.
- La relación laboral es una idea de obra, que se realiza y tiene permanencia jurídica en un medio social determinado.

- Los miembros de la relación de trabajo: trabajador y patrón, persiguen finalidades comunes impuestas por la Ley, esto es, el equilibrio y la justicia social.
- Las finalidades comunes permiten establecer actividades recíprocas; la conducta de uno de los sujetos afecta al otro.
- Tanto la idea de obra como la organización, su finalidad y las relaciones entre trabajador y patrón se encuentran reguladas por un ordenamiento jurídico determinado.

Para finalizar, la institución jurídica de la relación de trabajo consta de algunos elementos fundamentales, de igual jerarquía. Ante la ausencia de uno, no se da la relación.

Entre los que considero importantes, están los siguientes:

1. Prestación del servicio: la realización de actos materiales por el trabajador. Esta prestación constituye el presupuesto de la relación, el que da origen a la aplicación de la ley laboral.

2. Sujetos: trabajador y patrón. El primero es el realizador del beneficio; el segundo el receptor del mismo.

3. Individualización: elemento que afecta a la naturaleza de la relación, de tal manera que ésta existe entre un patrón particularmente determinado y la persona que real, material y efectivamente presta el servicio.

4. La subordinación: que constituye el elemento de distinción.

5. Objeto: constituido por la seguridad que emana de la propia relación y de los preceptos legales que se refieren de manera primaria y elemental al trabajador.

Como conclusión y toda vez que ya fueron citados en el capítulo uno los principios de legalidad y en el presente se han analizado algunas circunstancias que conforman la relación obrero patronal, contamos con los elementos suficientes para plantear en el siguiente tema uno de los grandes conflictos que con frecuencia sufre el trabajador, nos referimos desde luego al riesgo de trabajo; imprevisto que en caso de ocurrirle le pueden dejar secuelas permanentes en su organismo e incluso hasta perder la vida.

CAPÍTULO 3

EL RIESGO DE TRABAJO

3.1 DOCTRINA

Es evidente que la mayor parte de la población asegurada en el régimen obligatorio del Seguro Social, la constituyen las personas que se encuentran vinculadas a otras de manera permanente o eventual por una relación de trabajo subordinada, evento que detona su inscripción obligada al Instituto Mexicano del Seguro Social sin que la voluntad de las partes pueda en modo alguno condicionar su incorporación a dicho esquema de protección.

En el Derecho de la Seguridad Social, a diferencia de otras ramas del Derecho, prácticamente es inexistente la llamada autonomía de la voluntad al ser las normas contenidas en la Ley del Seguro Social de índole taxativo e irrenunciables, de observancia general y de aplicación estricta, dado que tienen la característica específica de ser de orden público e interés social.

Tanto los patrones como los trabajadores, se den cuenta o no de ello, resultan beneficiados por el esquema de protección que brinda el IMSS, pues en tanto que los primeros son relevados de sus obligaciones naturales en esta materia y por ende quedan asegurados contra los impactos económicos que supondría un siniestro laboral; los segundos que tengan la desgracia de sufrir un riesgo de este tipo, recibirán las prestaciones en dinero y en especie que les ayudarán a sortear este suceso. Ambos obtienen respuesta concreta a obligaciones y derechos previstos en el artículo 123 de la CPEUM, y en las leyes reglamentarias que de ella emanan como resultan ser la LFT y la LSS.

Dichas leyes por provenir de un tronco común y por contener normas complementarias entre sí en cuanto a su ámbito de protección, no podrán contemplarse una ajena de la otra, y menos si se considera que hoy en día el peso de la previsión social que acompaña a las relaciones laborales subordinadas recae en los esquemas integrales de seguridad social que cada país adopte.

Examinadas las legislaciones en comento, resulta que la laboral ha dejado de guiar a su similar de seguridad social; mejor aún, desde 1973 ha debido la LFT seguir los lineamientos que en materia de riesgos de trabajo prevé la LSS, pues ésta ha superado a aquélla en el ámbito de protección para la clase trabajadora en general y ha trastocado la manera de entender la previsión social, incluso extendiéndola al núcleo familiar directo y dependiente económico en forma tal que, por mucho, es más amplio el esquema de protección brindado, amén de que

conceptualmente denota avances significativos respecto a la primera, sin dejar de reconocer que al paso del tiempo siguen resultando útiles algunos elementos estructurales de la relación de trabajo, tales como la subordinación y retribución económica para determinar los sujetos de aseguramiento al régimen obligatorio.

Con frecuencia muchos patrones y trabajadores emplean indistintamente los siguientes términos: riesgo de trabajo, accidente de trabajo, enfermedad de trabajo o profesional. No es correcto el pretender asemejar dichos términos, ya que cada uno tiene sus propias características y resulta sumamente importante distinguirlos.

En sentido amplio, riesgo es el peligro o contingencia de que se produzca un daño. Tratándose de obligaciones, si un acontecimiento ajeno a lo previsto en el contrato o un caso fortuito impiden el cumplimiento de una prestación contractual, cabe preguntarse quién soportará el riesgo y en quién recae el peligro.

Profundizando en tales aspectos comencemos por analizar el concepto de riesgo, en la inteligencia de que la LFT entiende el riesgo laboral como la amenaza de que acontezca un accidente o enfermedad susceptible de causarle a una persona un daño o perjuicio físico o mental, derivado de circunstancias relativas a su trabajo que sí se pueden prever pero no siempre eludir.

Doctrinalmente, riesgo es un evento posible e incierto contemplado como tal lo mismo en un contrato de seguro privado como en los seguros sociales, hecho jurídico de cuyo acontecimiento depende el nacimiento de la obligación a cargo de la entidad aseguradora, cualquiera que sea la naturaleza de ésta.

En el devenir de la historia han surgido diversas teorías que procuraban resolver el conflicto de responsabilidad del mismo; muchos tratadistas del Derecho Laboral han tocado el problema jurídico que entrañan las múltiples ideas que sobre el tema nacieron a través de los años, basadas en los profundos cambios sociales y con el impresionante avance científico y tecnológico.

Hombres de la talla de Alberto Trueba Urbina, Guillermo Cabanellas, Mario de la Cueva, Euquerio Guerrero, Dionisio J. Kaye y otros, han pretendido desentrañar las teorías que permean el tema. A continuación exponemos las que se consideran más trascendentes:

A) La teoría de la culpa: que descansa en la idea de que el autor de un daño debe de responder de él, afrontando el pago de la indemnización consiguiente. Esta teoría tuvo su origen en el Código Civil Francés, en uno de cuyos dispositivos se expresaba que todo hecho humano que cause a otro un daño, obliga a aquél por culpa del cual se ha producido, a repararlo. Esta tesis fue recogida por el legislador en nuestros códigos civiles y por extensión a la materia laboral; se orillaba al operario a acreditar que el accidente había sobrevenido por culpa del patrón, lo que imponía al empleado una carga probatoria, las más de las veces injusta.

B) La teoría de la responsabilidad contractual. El punto central de esta teoría es la obligación del patrón de velar por la seguridad de sus obreros, haciéndosele presumiblemente culpable del accidente laboral sufrido por sus empleados, responsabilidad que no derivaba en realidad de su culpa en el siniestro, sino del contrato de trabajo celebrado con el operario.

C) La teoría del caso fortuito, que estriba en la idea de que quien obtiene un beneficio o utilidad de una persona y de su fuerza de trabajo, justo es que asuma los riesgos originados por el empleo de ella.

D) La teoría del riesgo creado. De eminente naturaleza civil, esta teoría obliga a la persona a asumir la responsabilidad del daño que se haya producido por acción u omisión, directa o indirectamente, por un bien de su propiedad, con independencia de si se tiene o no la culpa del resultado dañoso. Así, cuando una persona hace uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o sustancias peligrosas por sí mismos, por la velocidad que desarrollen, por la naturaleza explosiva o inflamable, por la energía de la corriente eléctrica que conduzcan o por otras causas análogas, está obligada a responder del daño que cause aunque no obre ilícitamente, por virtud de lo cual los empresarios son responsables en todo caso de los riesgos de trabajo que sufran sus operarios, salvo las excepciones previstas en la ley.

E) La teoría del riesgo profesional, que consiste en atribuir a la industria las consecuencias de los riesgos que ella produce, basada en que si el dueño de la máquina debe repararla para que le siga produciendo utilidad, justo es que repare también los daños causados al operario por su labor productiva; esta teoría ha tenido un gran arraigo y sin lugar a dudas ha inspirado a las leyes laborales en casi todo el mundo, aunque no pueda entenderse que está desligada del régimen de protección integral de la seguridad social moderna.

F) La teoría del riesgo de autoridad se funda en una derivación de la tesis anterior porque se orienta hacia otras actividades laborales no industriales, en las que si bien no se utilizan máquinas de todas maneras entraña riesgos la actividad subordinada; la base de la responsabilidad patronal se justifica entonces no en razón del mayor o menor peligro de la labor en sí, sino como una consecuencia de la subordinación de un empleado con respecto a la autoridad que sobre el trabajo contratado ejerce un patrón.

G) La teoría del riesgo social constituye sin lugar a dudas el fundamento de los actuales sistemas de los seguros sociales en prácticamente todo el orbe, partiendo del supuesto de que los riesgos de trabajo derivan de un mundo laboral que debe ser concebido integralmente, de forma tal que los accidentes no pueden imputarse ni a una empresa ni a un patrón determinado, sino a toda una sociedad organizada; así al distribuir la responsabilidad de un individuo para hacerle frente

con los recursos de toda una colectividad, se evitará el peligro de la insolvencia patronal y habrá una mayor capacidad de respuesta a favor del trabajador y sus beneficiarios, con la evidente justicia social que ello trae aparejado.

Esta teoría, parte del reconocimiento de que los siniestros proceden de una actividad laboral que sólo puede concebirse de manera integral, de tal suerte que los accidentes no pueden ser imputados solamente a un patrón determinado, sino a la colectividad entera que es la beneficiaria última de la labor productiva del trabajador.

Se pretende así la cobertura de los trabajadores de una manera global, de modo que se afronten también contingencias ordinarias y provisionales en su vida, tales como la enfermedad no profesional, el desempleo, la maternidad, la vejez e incluso la muerte, junto a los eventos fortuitos a que están expuestos en el desempeño de su labor cotidiana.

La teoría aludida se fundamenta entonces, en una razón de índole económica, al distribuir la responsabilidad para hacerle frente con los recursos de la sociedad organizada al efecto.

Además de las teorías anteriores, el Derecho de los riesgos de trabajo abarca todo lo relativo a la proyección jurídica de los accidentes, enfermedades y, en general, de los siniestros que a los trabajadores puede ocurrirles en ocasión de sus servicios o durante ellos, así como lo referente a las medidas de seguridad e higiene que previenen o atenúan dichos riesgos.

Comprende el Derecho citado no sólo las medidas preventivas y de seguridad que evitan o aminoran los posibles accidentes, sino también la atención médica, hospitalaria y farmacéutica, además de la responsabilidad que contrae aquella parte que dentro del contrato de trabajo asume los riesgos que pueden producirse en conexión con el cumplimiento de dicho contrato.

Se considera que la protección de los trabajadores frente a los eventuales o efectivos accidentes laborales que sufran en la prestación de sus servicios resulta consecuencia ineludible de un vínculo contractual que los liga con los patrones, de tal manera que para que el accidente cree un derecho a indemnización entre dos personas, se requiere que las mismas se encuentren unidas por una relación de trabajo y en su caso por el documento que así lo demuestre, aunque tal circunstancia no siempre es necesaria.

Se estima igualmente que sin relación jurídica previa no hay posibilidad de acción, por eso, además de la prestación de un servicio, se precisa que se cumpla en razón de vínculo legal entre las partes. Para ello se tiene en cuenta que la obligación patronal o del dueño de la empresa de reparar los accidentes de los cuales los trabajadores pueden ser víctimas constituye la sanción de proteger la seguridad e integridad de sus empleados.

Sin embargo, la relación jurídica entre patrón y trabajador puede no reunir los elementos esenciales de un contrato de trabajo, en virtud del cual el hecho del accidente dé origen a una responsabilidad patronal, causa de la correspondiente indemnización en beneficio de la persona afectada, excepto en los casos en que la ley admite en forma expresa la necesidad de una relación de carácter contractual para surgir una responsabilidad del hecho, y basta con que exista un trabajo realizado aun cuando el vínculo jurídico no integre un contrato de trabajo.

Para que se dé la responsabilidad inherente a un infortunio laboral amparado por la ley se necesita que medie entre el afectado y el responsable del accidente un contrato de trabajo, o en cualquier otro caso, una relación de dependencia o subordinación que haya sujetado al trabajador a las órdenes del patrón.

Carece de efecto y es indiferente la duración que haya nacido entre las partes, basta con que se hayan prestado los servicios y que haya surgido esa relación laboral. Resulta suficiente el hecho de una efectiva prestación de servicios, que ésta se haya desarrollado bajo el control y la vigilancia de la parte patronal.

Precisamente, el sometimiento del trabajador a las órdenes del patrón, engendra en forma relevante la responsabilidad del empresario. Aunque mínima en el tiempo de duración hay que probar tal prestación, de lo contrario, el nexo de causalidad entre el trabajo y el accidente se desvanecerá, y con ello, toda posibilidad de obtener un resarcimiento forzoso.

La responsabilidad patronal se funda en el estado de dependencia en que se encuentra el trabajador al producirse el accidente; estado que sólo nace cuando el operario es contratado y comienza su trabajo; a partir de ese momento entra en el dominio del riesgo específico que el patrón debe garantizar. Empero, la duración de la relación de dependencia no influye en el accidente, basta con que el empleado esté dependiendo del patrón para que éste responda del suceso imprevisto.

Lo relativo a accidentes de trabajo constituye materia propia de los riesgos que derivan de la actividad laboral, éstos configuran efecto de una causa primera: la acción que el trabajo supone y la contingencia de que tal prestación origine un mal físico o psíquico, o de ambas especies a la vez, e incluso, la pérdida más o menos súbita de la vida como consecuencia de tal ocupación.

Siguiendo casi una pauta en las instituciones complejas, se divide la doctrina en cuanto al concepto de accidente de trabajo. Toma en general como base definidora un acontecimiento anormal, espontáneo, de duración momentánea o limitada, que produce una lesión en la integridad corporal o en la salud humana.

El accidente de trabajo repercute en el contrato laboral que liga al trabajador con el patrón por cuanto en su ejecución; pueden originarse

acontecimientos imprevistos, de los cuales deriven lesiones más o menos graves para el operario, que lo incapaciten para continuar su tarea, y por consiguiente para ganar el sustento en la forma acostumbrada.

Esa caracterización parece corolario de la definición dada en Francia por Marestaing, con motivo del Congreso Internacional de Accidentes de Trabajo en 1889, y acogida por gran parte de la doctrina; para el autor citado accidente es *la lesión corporal proveniente de la acción súbita y violenta de una causa exterior*.¹

Otro punto importante de comentar es el concepto jurídico de riesgos profesionales que tuvo su origen en Francia a mediados del siglo XIX, limitándose en su concepción inicial al riesgo específicamente grave causado por determinadas actividades mecanizadas e industriales las que producían en plena era del maquinismo, un daño característico distinto al ocurrido en otras tareas laborales.

Desde entonces, se ha venido considerando que toda ocupación conlleva en sí un riesgo.

Si bien algunas labores son más peligrosas que otras, ello tan sólo significaría que en estas últimas la reparación del daño será más frecuente, sin que esto haga suponer la inexistencia de riesgos en las demás ocupaciones de índole laboral. Este criterio dio lugar a la teoría del riesgo profesional, que descansa en forma sensible en el hecho de que la producción industrial y el maquinismo exponen al trabajador a accidentes inevitables ante los cuales incluso la previsión humana se muestra impotente de evitar su concurrencia, por lo que dicho riesgo es inherente a la forma moderna de producción.

En las consideraciones anteriores y en algunas otras parece circunscribirse el accidente laboral al infortunio, leve o grave, en el que el trabajador sobrevive. El tratamiento genérico de la cuestión debe incluir igualmente los supuestos mortales, más o menos inmediatos, pero de causación inequívoca en los servicios.

Claro que entonces, a más de aparecer en escena y en los primeros planos las causas de la víctima, el contrato de trabajo no se ve simplemente afectado, sino concluido, agotado, salvo ciertos aspectos en que la sucesión normal se abra.

El significado de la palabra accidente, proviene directamente de la etimología latina *accidens, accidentis* = suceder < *accidere* = caer; suceso que altera el orden normal de las cosas; suceso fortuito del que normalmente resulta un daño.²

Los accidentes constituyen la primera especie de los riesgos de trabajo y es con ellos con los que se inició la legislación.

¹ Citado por Cabanellas, Guillermo. *Derecho de los Riesgos de Trabajo*. Omeba, Buenos Aires Argentina, 1968. p. 206.

² Diccionario Anaya de la Lengua. Grupo Anaya. 2ª Reimp. Madrid, España, 1991.

Las legislaciones extranjeras de siglos anteriores no los definieron, con la sola excepción hasta donde se sabe, de la Ley española del 30 de enero de 1900, la que resultó ser la que contuvo una definición en su artículo inicial en los siguientes términos:

Se entiende por accidente toda lesión corporal que el operario sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecuta por cuenta ajena.

Toda vez que la definición no incluía la característica de la instantaneidad, la doctrina y la jurisprudencia aceptaron que comprendía también la enfermedad profesional.

La definición más antigua que se conoce fue dictada el 24 de septiembre de 1896 por la oficina del seguro social de Alemania, la cual señalaba lo siguiente:

Se entiende por accidente un acontecimiento que afecta la integridad de una persona, se produce en un instante y está claramente limitado en su principio y su fin.

También se considera que es unas veces un fenómeno que guarda conexión más o menos directa con una cosa o actividad; en otras ocasiones significa una eventualidad más remota que perturba o perjudica sin dañar personalmente, pero en Derecho Laboral sin duda el accidente es aquel suceso involuntario que origina un daño para el trabajador.

En el lenguaje usual, el accidente constituye un acontecimiento fortuito y anormal que destruye, desorganiza y deteriora; se considera material cuando daña bienes o inmuebles, mientras es personal cuando hiere o mata a seres humanos.

El accidente configura así un suceso anormal a consecuencia del cual se produce una lesión orgánica o una alteración funcional permanente o pasajera. En el enfoque laboral, el hecho constituye la exteriorización de la violencia externa o interna provocada por un acontecimiento anormal relacionado con el trabajo y causante de un estado patológico.

Parece en su noción más exacta, el reflejo de un acontecimiento súbito o momentáneo que origina una lesión corporal de carácter traumático.

Se refiere el concepto a toda la alteración proveniente de la acción violenta y repentina de una causa exterior.

Es necesario para esta caracterización que se produzca un hecho anormal que tenga conexión con el trabajo y cuya causa sea además de violenta y fortuita, externa.

La legislación argentina 9.688 del 11 de enero de 1916 en su artículo 2º definió el accidente de trabajo como todo hecho que en la ejecución del trabajo, o

en ocasión y por consecuencia del mismo, produzca lesiones corporales, mediatas o inmediatas, aparentes o no aparentes, superficiales o profundas. Se consideran igualmente los hechos constituidos por caso fortuito o por fuerza mayor inherente al trabajo que produzcan las mismas consecuencias.

La antigua ley francesa sobre accidentes de trabajo de 1898, lo caracterizaba pero no lo definía. Los legisladores prefirieron reservar esa tarea a los tribunales encargados de aplicar y de interpretar su obra. Tal criterio fue modificado por la Ley del 1º de julio de 1938, la que definía tales infortunios como los sobrevenidos por el hecho del trabajo o en ocasión del mismo, en cualquier lugar que éste se efectúe, desde que exista un contrato válido, o no, de locación de servicios.

Más categórica resulta la definición contenida en el artículo 2º del 30 de octubre de 1946 que se expresa así: *Se considera accidente del trabajo, cualquiera sea la causa, el accidente sobrevenido por hecho u ocasión del trabajo a toda persona asalariada, o que trabaje por cualquier título o en cualquier lugar que fuera, para uno o varios patronos o dueños de empresa.*

Se considera igualmente el sobrevenido a los trabajadores comprendidos en la presente ley durante el trayecto de su residencia al lugar de trabajo y viceversa, siempre que el recorrido no se haya interrumpido o cambiado por un motivo dictado por el interés personal o independiente del trabajo.

Dicha ley no formula en realidad una definición completa, pues hace entrar lo definido accidente de trabajo, en la definición accidente sobrevenido; además exige que se produzca por hecho o en ocasión del trabajo y determina quiénes son los sujetos pasivo y activo en su proyección jurídica. Como en la indicación formulada por el citado artículo cabe comprender el accidente *in itinere*, para despejar toda duda se incluye el mismo expresamente; de tal manera por hecho u ocasión del trabajo admite también la ley el sobrevenido a los trabajadores durante el trayecto de su residencia al lugar del trabajo y viceversa.

La legislación española en su artículo 1º del Decreto del 22 de junio de 1956 expresa que a los efectos de la presente ley, *se entiende por accidente toda lesión corporal que el trabajador sufra en ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena.*

Las definiciones de la legislación positiva al respecto de los accidentes laborales se agrupan según la influencia de la fuente jurídica inspiradora. Así, los conceptos de las leyes vigentes en los distintos países los consideran desde tres aspectos: a) la ley alemana cubre los accidentes ocurridos en los establecimientos o en los trabajos sujetos a la ley; b) la ley francesa se aplica a los sobrevenidos por el hecho o en ocasión del trabajo; y c) la ley inglesa estima el accidente profesional el acaecido por el hecho o en el curso del trabajo.

Las posiciones definidoras en la legislación iberoamericana exigen que el accidente se produzca en ocasión, por causa o como consecuencia del trabajo; así lo estiman los artículos 81 de la Ley General de Trabajo de Bolivia; 203 del Código de Trabajo de Costa Rica; 254 de Chile; 289 de Ecuador; 267 de El Salvador; 403 de Honduras; 83 de Nicaragua; 208 de Panamá; 1º de la Ley 1.378 de Perú; 1º de la Ley de Uruguay sobre accidentes de trabajo y 135 de la Ley del Trabajo de Venezuela. Todas esas definiciones se inspiran evidentemente en el concepto que daba la Ley francesa de 1898.

El artículo 3º del Decreto 3.170 del 21 de diciembre de 1964 vigente en Colombia aprueba el reglamento general del seguro social obligatorio de accidentes y enfermedades profesionales, y establece en su artículo 2º *que se considerará accidente de trabajo todo suceso imprevisto y repentino que sobrevenga por causa o con ocasión del trabajo, que produzca una lesión orgánica o perturbación funcional.*

Carnelutti clasifica los riesgos que pueden atacar al trabajador en la forma siguiente:

*a) Genéricos: que son los indemnizables que alcanzan a todas las personas y son independientes de las condiciones en que el trabajo se desenvuelve; y b) Específicos: a su vez divisible en dos grupos: 1) Directos o propios y 2) Indirectos o impropios.*³

Para Pozzo, el acontecimiento tiene un campo de prestación más limitado y lo señala de la manera siguiente:

*Sólo se considera accidente del trabajo el que, ocurriendo a un obrero durante el curso de su trabajo, le causa un daño en el cuerpo, capaz de producirle una disminución o la anulación de su capacidad física. Si bien, pues, en cualquier ocasión puede ocurrir un accidente que tenga repercusión sobre una persona o sobre una cosa, es sólo la industria la que origina los llamados accidentes de trabajo, en la persona del obrero.*⁴

Después de lo expresado cabe afirmar que es accidente del trabajo el que se ocasiona por la actividad laboral que desarrolla el trabajador, esto es, todo hecho sea cual fuese su naturaleza, modalidad o intensidad que como consecuencia de la ejecución de la actividad encomendada, le provoque lesiones corporales o cualquier anomalía en su organismo o funcionamiento, siempre que no concurra alguna causa de exención estipulada por la ley. Por lo tanto, cabe que el accidente aun ocurrido en el trabajo deja en ocasiones de surtir efectos jurídicos por razón de las circunstancias que le preceden.

Para que un accidente sea del trabajo y origine responsabilidad e indemnización se requiere lo siguiente:

³ Citado por Cabanellas, Guillermo. op. cit. p. 218 y 219

⁴ Citado por Cabanellas, Guillermo. op. cit. p. 219

- a) Que exista un vínculo jurídico de dependencia entre dos sujetos.
- b) Que haya un nexo etiológico entre el hecho y el trabajo.
- c) Que se produzca un daño corporal, traducido en incapacidad o muerte del trabajador.

Los accidentes pueden además estudiarse desde tres puntos de vista:

- 1) En sí mismos, es decir, en sus elementos esenciales.
- 2) En sus causas, especialmente en las relacionadas con el trabajo profesional con el fin de determinar los generados por el hecho o con ocasión del trabajo.
- 3) En sus lesiones traumáticas, incapacidad parcial, incapacidad permanente e incluso el fallecimiento, que dan derecho a las indemnizaciones.

Podrían concretarse los elementos que determinan que un accidente sea de trabajo, señalando que debe haber relación de causalidad entre el hecho productor del infortunio y el riesgo sufrido por el trabajador. Debe darse además el efecto principal: una lesión o un daño, y ha de concurrir la circunstancia de que tanto la relación de causalidad como la lesión sufrida provengan de una situación de dependencia en que el trabajador se encuentre.

La expresión *accident du travail* -accidente del trabajo- utilizada por la legislación francesa y adaptada por la totalidad de los países latinoamericanos, es sinónima de la inglesa *industrial accident* -accidente industrial- y de la alemana *betriebsunfall* -accidente de explotación-.

Sin embargo, los Derechos francés, inglés y alemán no sólo difieren en el nombre, sino en relación al concepto.

Así, tenemos las concepciones siguientes:

- a) El Derecho francés considera al accidente de trabajo como el sobrevenido por el hecho o con ocasión del trabajo.
- b) El Derecho inglés lo entiende como el causado por el hecho o en el curso del trabajo.
- c) El Derecho alemán lo explica como el que surge en los establecimientos o en el curso de las actividades previstas por la ley.

Tiene su importancia y no se debe a un hecho causal el que las diversas legislaciones latinoamericanas expresen su referencia a accidentes de o del trabajo, y no hablen de accidentes en el trabajo. Si se dijera de esta forma, sólo

serían objeto de una legislación especial los acaecidos directamente o con ocasión del trabajo, mientras el hecho genérico trabajo tiene su influencia directa cuando se dice accidente del trabajo, en que el hecho productor del infortunio es la actividad realizada, con independencia de haberse originado o no en el trabajo.

Así, cabe afirmar que universalmente no sólo se reputan accidentes del trabajo los acontecidos con ocasión del mismo, sino también los que constituyen su consecuencia.

El trabajo engendra el accidente en tanto que es actividad, movimiento; como resultado de ello se produce el infortunio laboral en relación de causa-efecto.

Sólo concibiendo al trabajador en el lugar de las actividades y desarrollando en éste ciertas tareas, cabe llegar a la conclusión de que es el trabajo la causa del accidente y rechazar la afirmación de que es la máquina la capaz de producirlo, porque en definitiva el imprevisto no se registra como consecuencia de la maquinaria, sino de la actividad humana que la secunda o que se despliega en sus cercanías.

Si el trabajo se considera como actividad, es admisible también que se contemple como causa determinante del accidente.

Tanto la expresión accidente del trabajo como la circunstancia de que el accidente se produzca por el hecho o con ocasión del trabajo, señalan un aspecto que debe tener su exacta valoración, porque sólo cuando existe la acción de trabajar, la prestación de un servicio asalariado y la subordinación al patrón, puede producirse accidente indemnizable conforme a la ley.

No basta la producción de un accidente durante el trabajo para que se califique de laboral, se requiere que exista una relación causal, o sea entre la tarea que el trabajador realiza y el hecho del accidente. Si un empleado fallece durante su servicio por un hecho totalmente ajeno a la faena que realiza, éste no necesariamente constituye un accidente de trabajo. Y no se trata de un simple juego de palabras, sino de una situación de mayor trascendencia que impone la necesidad de fijar elementos para caracterizar debidamente los accidentes indemnizables.

El suceso a indemnizar es el producido en el ejercicio del trabajo o con motivo del mismo. Así, se estimará que merece indemnización solamente el acontecimiento generado durante la jornada laboral, o bien el tiempo en que el trabajador se encuentra a disposición del patrón en la prestación de sus servicios.

Ahora bien, respecto al accidente *in itinere* o sea el que padece el trabajador cuando se dirige de su domicilio particular a su lugar de trabajo o viceversa se ha ido produciendo una determinada evolución, que iniciada en la

doctrina, continuó por la vía de la jurisprudencia y terminó incorporándose a la legislación positiva.

Se ha elaborado una noción que lleva a establecer dentro de un principio muy generalizado en los países iberoamericanos, la responsabilidad patronal en los casos de accidentes acaecidos a sus subordinados laborales en el recorrido antes citado.

Se advierte que en este tipo de acontecimiento, el legislador se inclina a admitir una mayor responsabilidad de la empresa respecto a situaciones que aparentemente pueden ser ajenas a ésta, para forzarla a la reparación de un daño producido al trabajador fuera del ámbito propio de su prestación de servicios.

Para Ruprecht deben ser amparados los trabajadores por los accidentes que sufran al ir a sus tareas o al volver de las mismas, además resume los argumentos a favor de que el accidente *in itinere* es indemnizable en la forma siguiente:

1) *La responsabilidad por el accidente de trabajo tiene un fundamento social y por tanto debe interpretarse ampliamente.*

2) *Los accidentes in itinere se producen por motivo del trabajo; ya que, si el trabajador no hubiese concurrido a su tarea, el siniestro no se habría producido; hay un nexo de causalidad, una relación indirecta, mediata o concurrente; el trabajo interviene como factor coadyuvante.*

3) *El tiempo de servicio no se limita al horario en que el obrero cumple sus tareas; aquél comienza cuando se dirige al trabajo y no concluye hasta que regresa, dentro de un tiempo prudencial.*⁵

No se trata de asignarle al patrón el resarcimiento en relación al accidente en trayecto de aquellas situaciones en las que aparece en cierto modo una responsabilidad aunque sea indirecta por parte de él, como cuando el trabajador debe de utilizar determinados medios de comunicación, o en situaciones en que éste sea trasladado de un lugar a otro para realizar el trabajo asignado.

Tampoco se pretende excluir en forma absoluta al patrón de dichos eventos, sino en determinar si todos los accidentes que le ocurran al empleado en el itinerario de su domicilio al centro de labores o viceversa son indemnizables.

Puede hablarse de posiciones intermedias y fijar en un justo término la verdad, para que los elementos y circunstancias existentes le demuestren a la autoridad judicial competente los casos que deben de ser o no indemnizables.

Por otro lado resulta conveniente citar aunque sea de manera breve, las llamadas enfermedades del trabajo.

⁵ Citado por Cabanellas, Guillermo. op. cit. p. 253

Dichas enfermedades pueden aparecer en aquellos trabajadores que se encuentran constantemente expuestos a agentes diversos, y que al tener contacto con ellos por tiempo prolongado, van mermando sus capacidades físicas o mentales.

La aparición de las mismas no es instantánea, sino producto de la labor realizada por el trabajador y que con el transcurso del tiempo dejará sus secuelas.

Diversos son los ejemplos que pueden darse de estos factores, entre los más comunes cito los siguientes:

1) Los pilotos aviadores, que con frecuencia padecen de hipertensión arterial por los constantes cambios de atmósferas de presión existentes al manipular las naves.

2) Los operarios de máquinas de aserraderos, que aspiran el polvo que deja la madera al cortarla.

3) Los obreros de fábricas de pinturas o solventes industriales, que inhalan constantemente sustancias tóxicas como el thinner, aguarrás, gasolina y otros.

4) Los operarios de maquinaria industrial, que provoca que con el exceso de ruido vayan perdiendo la audición.

5) Los soldadores industriales, que al tener el destello extremo del metal con la soldadura propicia ceguera.

6) Los mineros, que al estar a grandes profundidades de la tierra respiran gases tóxicos que les provoca envenenamiento.

Se podrían mencionar más, pero lo importante es dejar en claro las siguientes situaciones:

a) No obstante que en algunas fábricas o empresas se le otorguen al trabajador los instrumentos para su protección de acuerdo a la actividad a realizar, éste no los utiliza adecuadamente bajo su propio riesgo inmediato o mediato.

b) En contraparte, también es frecuente que muchos patrones no le brindan al trabajador los insumos necesarios para protegerse, y éste con tal de conservar el empleo se sujeta a la voluntad del dueño del negocio.

c) La falta de capacitación y adiestramiento para el trabajo a realizar, es otro elemento definitivo para ello.

d) Otro factor a considerar, es que no siempre las autoridades laborales o de seguridad social toman en cuenta todas las circunstancias que rodean e influyen a estos padecimientos.

Es frecuente que ya sea por saturación de trabajo de las instituciones aludidas, la burocracia y corrupción existentes, o bien por notoria negligencia médica, algunos casos perjudican sensiblemente al trabajador o al patrón.

Para concluir resulta evidente que son muchos los factores que rodean al trabajador y patrón en un riesgo de trabajo con sus variantes, y que sólo tomando cada uno su responsabilidad respecto a la capacitación, adiestramiento, y medidas de seguridad e higiene respectivas, se pueden evitar complicaciones innecesarias.

3.2 REGULACIÓN CONSTITUCIONAL

Nuestra Constitución Federal nos indica con claridad los sustentos jurídicos que intervienen en la capacitación y adiestramiento de trabajadores, en los riesgos de trabajo y en las enfermedades de trabajo o profesionales, entre ellos tenemos los que a continuación se mencionan:

El artículo 123 apartado A, fracción XIII nos precisa lo siguiente:

Las empresas, cualquiera que sea su actividad estarán obligadas a proporcionar a sus trabajadores, capacitación o adiestramiento para el trabajo. La ley reglamentaria determinará los sistemas, métodos y procedimientos conforme a los cuales los patronos deberán cumplir con dicha obligación.

Sin duda alguna y una vez que ya se formalizó una relación jurídica contractual y ésta se esté llevando a cabo, el siguiente paso es el proporcionarle al trabajador la capacitación y adiestramiento suficiente para que realice las labores contratadas y evitar en lo posible riesgos futuros de difícil reparación entre las partes.

Pero es indispensable que con el fin de que esta capacitación y adiestramiento cumpla con su cometido, deberá de estar respaldada y llevarse a cabo conforme a los lineamientos establecidos en la materia y que sea verdaderamente eficaz.

La fracción XIV del mismo ordenamiento, nos determina lo siguiente:

Los empresarios serán responsables de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales de los trabajadores, sufridas con motivo o en

ejercicio de la profesión o trabajo que ejecuten; por lo tanto, los patronos deberán pagar la indemnización correspondiente, según que haya traído como consecuencia la muerte o simplemente incapacidad temporal o permanente para trabajar, de acuerdo con lo que las leyes determinen. Esta responsabilidad subsistirá aún en el caso de que el patrono contrate el trabajo por un intermediario.

De forma categórica e imperativa para los patronos, la CPEUM les hace el señalamiento puntual de que serán ellos los únicos responsables de los imprevistos laborales que les sucedan a sus trabajadores, o bien de las enfermedades profesionales contraídas por la realización de las actividades habituales.

Además también son los únicos que deberán pagar la indemnización respectiva, en caso de que el empleado sufra una incapacidad temporal, parcial, total o incluso muera.

En otro orden de ideas, esa responsabilidad persistirá en el supuesto de que el patrón contrate a un trabajador por medio de un tercero o intermediario, de tal suerte que no podrá deslindarse de la obligación contraída.

La fracción XV de la propia Constitución, nos ilustra lo siguiente:

El patrón estará obligado a observar, de acuerdo con la naturaleza de su negociación, los preceptos legales sobre higiene y seguridad en las instalaciones de su establecimiento, y a adoptar las medidas adecuadas para prevenir accidentes en el uso de las máquinas, instrumentos y materiales de trabajo, así como a organizar de tal manera éste, que resulte la mayor garantía para la salud y la vida de los trabajadores, y del producto de la concepción, cuando se trate de mujeres embarazadas. Las leyes contendrán, al efecto, las sanciones procedentes en cada caso.

El enunciado descrito determina la obligatoriedad que tiene el patrón de observar y cumplir los preceptos legales en materia de seguridad e higiene dentro de su establecimiento, así como adoptar las medidas necesarias para evitar accidentes al hacer uso de la maquinaria y equipo propio del trabajo, así como garantizar la salud y vida de sus colaboradores incluyendo a las mujeres en estado de gravidez; además menciona que las legislaciones respectivas sancionarán lo conducente según sea el caso.

Como se podrá observar, tanto las fracciones XIII y XV incorporan elementos de suma importancia para prevenir los riesgos de trabajo como son: la capacitación, el adiestramiento, la higiene y la seguridad; conceptos que se abordarán posteriormente en el punto 3.4.4 de este trabajo.

3.3 REGULACIÓN EN LA LEY FEDERAL DEL TRABAJO

Específicamente esta ley, a partir de su artículo 472, nos proporciona los conceptos, sustentos y alcances jurídicos en lo referente a los accidentes, riesgos y enfermedades de trabajo.

Sin embargo, es importante mencionar que en virtud de que existe una estrecha relación entre ellos por los elementos y circunstancias que los involucran, se da el caso que al combinarse la causa-efecto, esto es, la consumación entre el riesgo y el accidente laboral, el otro elemento que es la enfermedad de trabajo no necesariamente se puede presentar.

Ahora bien, por lo que se refiere a los accidentes y enfermedades de trabajo a continuación abordaremos el contenido y alcances de cada uno, ya que el riesgo en sí, lo trataremos de manera más concisa en el punto 3.3.1.

El artículo 474 de la Ley, nos explica el concepto de accidente de trabajo de la manera siguiente:

Accidente de trabajo es toda lesión orgánica o perturbación funcional, inmediata o posterior, o la muerte, producida repentinamente en ejercicio, o con motivo del trabajo, cualesquiera que sean el lugar y el tiempo en que se preste.

Quedan incluidos en la definición anterior los accidentes que se produzcan al trasladarse el trabajador directamente de su domicilio al lugar del trabajo y de éste a aquél.

Sin duda alguna, accidente es el suceso imprevisto e instantáneo que se le presenta a cualquier persona en ejercicio o por circunstancias del trabajo, sea cualquiera el lugar y su tiempo de realización; pero además quedan implícitos en el mismo los llamados accidentes *in itinere*, mejor conocidos como de trayecto. En este tipo de eventos los cuales se presentan con mucha frecuencia, generalmente se le finca responsabilidad laboral y económica al patrón del trabajador accidentado, lo que a mi juicio es inapropiado tomando en cuenta el ejemplo siguiente:

Si un trabajador al salir de su domicilio particular para dirigirse a su centro de trabajo o viceversa en un trayecto normal, no tiene el cuidado suficiente para cruzar en la vía pública una calle o avenida por encontrarse distraído; por un mareo momentáneo; por no tener la pericia suficiente; o bien por no calcular debidamente la velocidad de un automóvil y éste lo llega a atropellar, resulta justo preguntarse: ¿ qué culpa tiene el empresario de verse involucrado y afectado por la falta de atención debida de su operario ?

Por su parte el artículo 475 de la LFT, describe el concepto de enfermedad de trabajo de la forma siguiente:

Enfermedad de trabajo es todo estado patológico derivado de la acción continuada de una causa que tenga su origen o motivo en el trabajo o en el medio en que el trabajador se vea obligado a prestar sus servicios.

Este enunciado precisa la degeneración que va teniendo en su estado de salud algún trabajador que con el transcurso del tiempo, de acuerdo con su actividad, el medio ambiente y elementos dañinos que prevalezcan en la empresa, éstos van mermando sus facultades y capacidades para desarrollar sus labores.

Asimismo, su similar 476 contempla lo siguiente:

Serán consideradas en todo caso enfermedades de trabajo las consignadas en la tabla del artículo 513.

Este artículo nos remite al 513, el cual contiene de manera específica la clasificación que hace de todos aquellos factores que intervienen para provocar las enfermedades de trabajo.

Desde otra perspectiva, podemos asegurar que el primer factor al que se enfrenta un trabajador cuando ya existe una relación laboral es el riesgo; el siguiente será el accidente y por último la enfermedad de trabajo respectivamente.

1) El riesgo de trabajo es aquella situación que circunda al obrero desde que se dirige a la empresa; a las labores que hace dentro de la misma; o bien cuando se dirige a su domicilio particular, y que tales hechos le pueden ocasionar daños de difícil reparación.

2) El accidente de trabajo se presenta intempestivamente; es el suceso que lastima y lesiona al individuo en su integridad física y emocional, es la tragedia misma.

3) La enfermedad de trabajo es un mal silencioso y devastador que no se le manifiesta inmediatamente al operario, sino con el transcurso del tiempo y que le puede generar fatales consecuencias.

Es preciso comentar que no existe en la LFT disposición alguna que permita a un trabajador negarse a ejecutar una orden que pueda implicar algún riesgo si no se le presta la debida protección.

Esa conducta podría ser calificada de desobediencia respecto al trabajo contratado con lo que se daría la causal de despido prevista en la fracción XI del artículo 47 salvo, claro está, la comprobación a cargo del trabajador de la especial peligrosidad de la tarea, y de la falta de protección que asumiría la condición de

causa justificada pero montada en una más que difícil carga de la prueba. Se trata sin duda alguna, de una grave laguna de la ley laboral.

Este tipo de eventos se encuentran presentes día a día en cada una de las empresas y sus trabajadores, que a fin de cuentas son los que conforman y generan la riqueza de nuestro país.

3.3.1 CONCEPTO DE RIESGO DE TRABAJO

La salud e integridad corporal de los trabajadores son uno de los tesoros más valiosos de una sociedad.

Su cuidado y la protección por parte del Estado es una obligación elemental.

Las normas que se refieren a los riesgos de trabajo están contenidas en el título noveno de la Ley Federal del Trabajo.

Su artículo 473 nos refiere lo siguiente:

Riesgos de trabajo son los accidentes y enfermedades a que están expuestos los trabajadores en ejercicio o con motivo del trabajo.

Su contenido nos describe la probabilidad que tiene el trabajador de accidentarse o enfermarse en la realización o por conducto de sus labores cotidianas.

Como podrá observarse, de este artículo se desprende que el riesgo de trabajo comprende dos especies: los accidentes y las enfermedades de trabajo; elementos que en su oportunidad ya se citaron y comentaron.

La filosofía de los RT, es que si un trabajador ofrece su salud y su integridad corporal al servicio del patrón, cualquier menoscabo que en ellos se produzca como consecuencia directa o indirecta del trabajo, el empleado deberá ser compensado de alguna manera o a sus dependientes económicos.

Claro está que una compensación económica no satisface, por amplia que sea, ni el daño físico y la consecuente merma de facultades de producción, ni la pena moral.

Pero evidentemente y hasta en tanto las soluciones ortopédicas y de prótesis sean tan eficaces que alcancen a reintegrar cabalmente las facultades

perdidas, ninguna otra solución será más eficaz que un pago en efectivo. El problema estribará en determinar la cuantía adecuada.

3.3.2 CLASIFICACIÓN

La Ley laboral en su artículo 477 indica el efecto de los riesgos, conteniendo lo siguiente:

Cuando los riesgos se realizan pueden producir:

- I. Incapacidad temporal;*
- II. Incapacidad permanente parcial;*
- III. Incapacidad permanente total; y*
- IV. La muerte.*

Antes de involucrarnos en cada una de ellas, debemos señalar que resulta increíble que nuestra LFT no indique en su contenido el concepto de incapacidad; sin embargo, mi definición de manera genérica es la siguiente:

Es la disminución o pérdida de la aptitud que tiene cualquier individuo para el desarrollo de determinada actividad física o mental, como consecuencia de una alteración anatómica o funcional en su cuerpo.

En el caso de un RT ya consumado, el concepto variaría de la manera siguiente:

Es la disminución o pérdida de la aptitud para el desarrollo de sus labores que sufre cualquier trabajador, como consecuencia de un riesgo de trabajo que le genera una alteración anatómica o funcional en su cuerpo.

Ahora bien, el artículo 478 nos describe la incapacidad temporal de la manera siguiente:

Es la pérdida de facultades o aptitudes que imposibilita parcial o totalmente a una persona para desempeñar su trabajo por algún tiempo.

La definición suficientemente clara en lo que respecta al concepto mismo adolece de una imprecisión, pues en ella se habla de que la incapacidad puede ser parcial o total, pero no se dice cuál es la diferencia para determinarla, ni las consecuencias que se producen en los casos de incapacidad parcial.

Lo que es un hecho, es que esta incapacidad temporal se inicia en el instante mismo en que se realiza el accidente o se determina la existencia de la enfermedad, que le impide al subordinado hacer su trabajo.

Por su parte, el artículo 479 nos determina la incapacidad permanente parcial de la forma siguiente:

Es la disminución de las facultades o aptitudes de una persona para trabajar.

El concepto que nos da nuestra Ley es muy claro, y conviene hacer mención que existen dos sistemas generales para fijar este tipo de incapacidades:

- 1) El arbitrio judicial basado en los resultados de la investigación.
- 2) Los estudios efectuados por los peritos médicos.

El primero, si bien permite alcanzar resultados más humanos mediante la consideración de las circunstancias particulares de cada caso, tiene los inconvenientes de todo arbitrio judicial.

El segundo es demasiado rígido, lo que puede conducir a injusticias además de ser humanamente imposible prever todas las situaciones futuras.

El artículo 480, nos dice de la incapacidad permanente total lo siguiente:

Es la pérdida de facultades o aptitudes de una persona que la imposibilita para desempeñar cualquier trabajo por el resto de su vida.

Igualmente la definición dada por la Ley Federal del Trabajo es muy precisa y no necesita explicaciones.

Solamente diremos que su determinación es un problema técnico que en caso de controversia, decidirá la Junta de Conciliación y Arbitraje en vista de los dictámenes médicos que se le presenten.

Respecto a la muerte por riesgo de trabajo nuestra legislación laboral no da el concepto de lo que es; en lo personal considero lo siguiente:

Es el suceso imprevisto y espontáneo que le ocasiona la pérdida de vida a cualquier trabajador con motivo o en desempeño de su trabajo.

La presencia de un estado de incapacidad temporal, parcial o permanente por riesgo de trabajo en cualquier trabajador influye no sólo en su aspecto físico, sino en su estado económico y anímico.

No cabe duda que conforme a la clasificación descrita en los artículos citados, el trabajador se encuentra plenamente amparado por la ley reglamentaria, de tal suerte que no sólo se protege su fuente laboral sino también su integridad física, generándole por ende una seguridad monetaria para él y sus beneficiarios en caso de un riesgo de trabajo.

3.3.3 PRESTACIONES EN DINERO Y EN ESPECIE

Una vez que al trabajador ya le ocurrió un riesgo de trabajo, afortunadamente tiene la protección de la LFT en cuanto a las prestaciones a que tiene derecho, ya sean económicas o en especie.

En lo referente a las prestaciones en dinero, tenemos las siguientes:

1) Indemnización por incapacidad temporal, según el artículo 491 que dice lo siguiente:

Si el riesgo produce al trabajador una incapacidad temporal, la indemnización consistirá en el pago íntegro del salario que deje de percibir mientras subsista la imposibilidad de trabajar. Este pago se hará desde el primer día de la incapacidad.

Si a los tres meses de iniciada una incapacidad no está el trabajador en aptitud de volver al trabajo, él mismo o el patrón podrá pedir, en vista de los certificados médicos respectivos, de los dictámenes que se rindan y de las pruebas conducentes, se resuelva si debe seguir sometido al mismo tratamiento médico y gozar de igual indemnización o procede declarar su incapacidad permanente con la indemnización a que tenga derecho. Estos exámenes podrán repetirse cada tres meses. El trabajador percibirá su salario hasta que se declare su incapacidad permanente y se determine la indemnización a que tenga derecho.

2) Indemnización por incapacidad permanente parcial, conforme al artículo 492 que plasma lo siguiente:

Si el riesgo produce al trabajador una incapacidad permanente parcial, la indemnización consistirá en el pago del tanto por ciento que fija la tabla de valuación de incapacidades, calculado sobre el importe que debería pagarse si la incapacidad hubiese sido permanente total. Se tomará el tanto por ciento que corresponda entre el máximo y el mínimo establecidos, tomando en consideración la edad del trabajador, la importancia de la incapacidad y la mayor o menor aptitud para ejercer actividades remuneradas,

semejantes a su profesión u oficio. Se tomará asimismo en consideración si el patrón se ha preocupado por la reeducación profesional del trabajador.

3) Indemnización por incapacidad permanente total, según el artículo 495 que nos explica lo siguiente:

Si el riesgo produce al trabajador una incapacidad permanente total, la indemnización consistirá en una cantidad equivalente al importe de mil noventa y cinco días de salario.

4) Indemnización de muerte por riesgo de trabajo, con apoyo en el artículo 500 que determina lo siguiente:

Cuando el riesgo traiga como consecuencia la muerte del trabajador, la indemnización comprenderá:

I. Dos meses de salario por concepto de gastos funerarios; y

II. El pago de la cantidad que fija el artículo 502.

El numeral 502 contiene lo siguiente:

En caso de muerte del trabajador, la indemnización que corresponda a las personas a que se refiere el artículo anterior-501-será la cantidad equivalente al importe de setecientos treinta días de salario, sin deducir la indemnización que percibió el trabajador durante el tiempo en que estuvo sometido al régimen de incapacidad temporal.

Como se puede observar en los cuatro tipos de indemnizaciones citadas, el propósito fundamental de la Ley es no dejar desprotegido al trabajador afectado por un RT.

Por lo que respecta a las prestaciones en especie, el artículo 487 relaciona las siguientes:

Los trabajadores que sufran un riesgo de trabajo tendrán derecho a:

I. Asistencia médica y quirúrgica;

II. Rehabilitación;

III. Hospitalización, cuando el caso lo requiera;

IV. Medicamentos y material de curación;

V: Los aparatos de prótesis y ortopedia necesarios; y

VI. La indemnización fijada en el presente Título.

Las prestaciones en dinero y en especie antes citadas son mencionadas de manera general, ya que cuando se produce un RT, existen hechos y circunstancias imputables al trabajador o al patrón que pueden exonerarlos o agravarles su responsabilidad en tal suceso.

3.4 REGULACIÓN EN LA LEY DEL SEGURO SOCIAL

Como hemos constatado en la legislación laboral, el trabajador que llegue a sufrir un percance que generalmente se presenta en su centro de labores, está debidamente protegido ante tal evento.

Pero no sólo la LFT le otorga tales beneficios, sino también existe otro mandato de igual o mayor alcance; desde luego nos referimos a la Ley del Seguro Social.

Antes de involucrarnos en lo que estipula dicha Ley respecto a los riesgos de trabajo, daremos una breve idea de este ordenamiento.

La LSS tiene su sustento legal en nuestra Constitución Federal en su artículo 123 apartado A fracción XXIX, el cual indica lo siguiente:

Es de utilidad pública la Ley del Seguro Social, y ella comprenderá 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.

En este apartado surge un concepto fundamental, la utilidad pública.

La utilidad pública la considero como todo aquello que produce un beneficio a favor de la sociedad en general.

Complementando lo anterior, el artículo 1º de la Ley del Seguro Social previene lo siguiente:

La presente Ley es de observancia general en toda la República, en la forma y términos que la misma establece, sus disposiciones son de orden público y de interés social.

Es de resaltar que la meta principal del interés social es el bien común.

Y podemos complementar al interés social con el Derecho Social, diciendo que es el conjunto de principios e instituciones que reivindican plenamente a todos los económicamente débiles.

Por otro lado, el mismo artículo constitucional en su apartado B fracción XI nos señala lo siguiente:

La seguridad social se organizará conforme a las siguientes bases mínimas:

a) Cubrirá los accidentes y enfermedades profesionales; las enfermedades no profesionales y maternidad; y la jubilación, la invalidez, vejez y muerte.

b) En caso de accidente o enfermedad, se conservará el derecho al trabajo por el tiempo que determine la ley.

En este apartado también surge otro concepto interesante, que es la seguridad social.

Al respecto, el artículo 2º de la LSS nos indica lo siguiente:

La seguridad social tiene por finalidad garantizar el derecho a la salud, la asistencia médica, la protección de los medios de subsistencia y los servicios sociales necesarios para el bienestar individual y colectivo, así como el otorgamiento de una pensión que, en su caso y previo cumplimiento de los requisitos legales, será garantizada por el Estado.

A su vez, el artículo 4º explica lo siguiente:

El Seguro Social es el instrumento básico de la seguridad social, establecido como un servicio público de carácter nacional en los términos de esta Ley, sin perjuicio de los sistemas instituidos por otros ordenamientos.

Y el artículo 5º, conceptualiza lo siguiente:

La organización y administración del seguro social, en los términos consignados en esta Ley, están a cargo del organismo público descentralizado con personalidad jurídica y patrimonio propios, de integración operativa tripartita, en razón de que a la misma concurren los sectores público, social y privado, denominado Instituto Mexicano del Seguro Social, el cual tiene también el carácter de organismo fiscal autónomo.

Los principios fundamentales de la seguridad social los podemos clasificar de la manera siguiente:

a) Universalidad: que consiste en la tendencia a cubrir o amparar a todos los hombres, sin hacer distinciones.

b) Integralidad: ya que se orienta hacia la cobertura de todas las contingencias sociales.

c) Solidaridad: porque distribuye las cargas económicas entre el mayor número de personas.

d) Unidad: ya que exige una armonía legislativa, administrativa y financiera del sistema.

Desde mi perspectiva, considero que la esencia principal para la que fue creado el Instituto ha perdido su rumbo, ya que actualmente tiene una dualidad de funciones; por un lado es una institución de seguridad social, y por la otra es un organismo fiscal autónomo.

Los antecedentes históricos que dieron origen al seguro social, demuestran que en su inicio se cumplieron debidamente las expectativas de su creación, ya que los servicios brindados a niveles administrativos, médicos y hospitalarios hasta el año de 1983 cumplieron cabalmente su cometido.

En el régimen actual del Seguro Social la solidaridad ha desaparecido y en su lugar encontramos una individualización de los recursos, particularmente en el ramo de pensiones lo que excluye, por su propia naturaleza, la función social del seguro.

Ha sido sustituido por un fondo de ahorro que olvida la solidaridad, y en materia de enfermedades generales y maternidad, el sistema de servicios médicos, se está trasladando mediante mecanismos de subrogación y reversión de cuotas a organismos particulares.

Lo que convierte al IMSS en simple fiscalizador de los servicios de otros, y ha generado en consecuencia que la institución ya no cumpla con sus propósitos fundamentales.

En la actualidad lo que más le interesa al Instituto es el sistema financiero, y es en donde han insistido tanto sus directivos así como del Gobierno Federal, que el seguro de riesgos de trabajo y su sistema de pensiones lo tienen casi en bancarrota.

Definitivamente no estoy de acuerdo con tal apreciación, ya que si el organismo se encuentra en una situación tan precaria, se debe a otros factores graves que más adelante comentaré en las conclusiones respectivas.

3.4.1 CONCEPTO DE RIESGO DE TRABAJO

La descripción que da el artículo 41 de la Ley del Seguro Social respecto a los riesgos de trabajo, es idéntico al que nos señala el 473 de la Ley Federal del Trabajo, por lo que resultaría repetitivo hacer comentario sobre lo tratado con antelación.

Los artículos 42 y 43 de la LSS que se refieren al accidente y enfermedad de trabajo, son homólogos de los ya estudiados 474 y 475 de la LFT respectivamente.

El artículo 53 es de gran trascendencia para los patrones, por establecer lo siguiente:

El patrón que haya asegurado a los trabajadores a su servicio contra riesgos de trabajo, quedará relevado en los términos que señala esta Ley, del cumplimiento de las obligaciones que sobre responsabilidad por esta clase de riesgos establece la Ley Federal del Trabajo.

Pero resultaría bastante ingenuo de nuestra parte pensar que cuando un trabajador es asegurado por su patrón, éste tiene la potestad para determinar si lo inscribe o no contra RT, ya que el actuar del Instituto es totalmente unilateral.

No obstante ello, la Ley en sus artículos 80 al 83 se involucra en la prevención de riesgos de trabajo, señalando lo conducente.

La verdad sea dicha, resultaría absurdo que una institución que otorga servicios de seguridad social, no coadyuvara para prever dichos riesgos.

3.4.2 CLASIFICACIÓN

El artículo 55 de la Ley clasifica igualmente la incapacidad temporal; la permanente parcial; la permanente total y la muerte, tal como lo hace el 477 de la Ley federal laboral y éste nos remite textualmente a lo que establecen sus numerales 478, 479 y 480 respectivamente.

Tampoco la LSS nos hace referencia alguna a lo que se debe considerar como muerte por riesgo de trabajo, y su artículo 64 se limita exclusivamente a señalar las prestaciones que se otorgan en este caso.

3.4.3 PRESTACIONES EN DINERO Y EN ESPECIE

Las prestaciones en dinero se establecen en el artículo 58 de la LSS, el cual señala lo siguiente:

El asegurado que sufra un riesgo de trabajo tiene derecho a las siguientes prestaciones en dinero:

Prestaciones por incapacidad temporal.

I. Si lo incapacita para trabajar recibirá mientras dure la inhabilitación, el cien por ciento del salario en que estuviere cotizando en el momento de ocurrir el riesgo.

Prestaciones por incapacidad permanente total.

II. Al declararse la incapacidad permanente total del asegurado, éste recibirá una pensión mensual definitiva equivalente al setenta por ciento del salario en que estuviere cotizando en el momento de ocurrir el riesgo.

Prestaciones por incapacidad permanente parcial.

III. Si la incapacidad declarada es permanente parcial, superior al cincuenta por ciento, el asegurado recibirá una pensión que será otorgada por la institución de seguros que elija en los términos de la fracción anterior.

El artículo 61 de la citada legislación, contempla lo siguiente:

Al declararse la incapacidad permanente, sea parcial o total, se concederá al trabajador asegurado la pensión que le corresponda, con carácter provisional, por un periodo de adaptación de dos años.

Durante ese periodo de dos años, en cualquier momento el Instituto podrá ordenar y, por su parte, el trabajador asegurado tendrá derecho a solicitar la revisión de la incapacidad con el fin de modificar la cuantía de la pensión.

Transcurrido el periodo de adaptación, se otorgará la pensión definitiva, la cual se calculará en los términos del artículo 58 fracciones II y III de esta Ley.

El objetivo principal de pronunciar parcialmente los artículos anteriores, es sólo con el fin de tener una idea clara de las prestaciones económicas a las que tiene derecho el trabajador lesionado.

El complemento de los mismos se refiere a otros mecanismos para el otorgamiento de la pensión respectiva, situación que no es materia del presente trabajo.

Asimismo, las prestaciones en especie se encuentran relacionadas en el artículo 56 de la LSS el cual indica lo siguiente:

El asegurado que sufra un riesgo de trabajo tiene derecho a las siguientes prestaciones en especie:

I. Asistencia médica, quirúrgica y farmacéutica;

II. Servicio de hospitalización;

III. Aparatos de prótesis y ortopedia, y

IV. Rehabilitación.

El pronunciamiento que hace dicho numeral es casi idéntico al artículo número 487 de la Ley Federal del Trabajo.

La única diferencia es que en este último, se contempla la indemnización de muerte por riesgo de trabajo, contenida a su vez en el artículo 502 de la misma, el cual se describió anteriormente.

3.4.4 OBLIGACIONES DEL PATRÓN

Resulta relevante el que conozcamos las obligaciones que le impone la Ley del Seguro Social y su reglamento respectivo a los patrones inscritos en esa institución.

El fin primordial es conocer los alcances jurídicos de dichas imposiciones, ya que en caso de que exista una controversia jurisdiccional por un riesgo de trabajo causado al operario, el dueño de la empresa debe de contar con los elementos de prueba suficientes para demostrarle a la autoridad competente que no es culpable de la presunta responsabilidad que se le imputa.

Iniciemos con el artículo 15 fracción I de la Ley del Seguro social, el cual nos establece lo siguiente:

Los patrones están obligados a:

Registrarse e inscribir a sus trabajadores en el Instituto, comunicar sus altas y bajas, las modificaciones de su salario y los demás datos, dentro de plazos no mayores de cinco días hábiles.

El artículo 34, fracción I determina lo siguiente:

En los casos previstos (...) el patrón estará obligado a presentar al Instituto los avisos de modificación de salario dentro de un plazo máximo de cinco días hábiles (...).

Sin embargo, el artículo 77 párrafo cuarto indica lo siguiente:

Los avisos de ingreso o alta de los trabajadores asegurados y los de modificaciones de su salario, entregados al Instituto después de ocurrido el siniestro, en ningún caso liberarán al patrón de pagar los capitales constitutivos, aun cuando los hubiese presentado dentro de los plazos que señalan los artículos 15 fracción I y 34 fracciones I a III de este ordenamiento legal.

Estos artículos en particular son los que estudiaremos puntualmente en el siguiente capítulo por ser motivo de diversos criterios, discrepancias e interpretaciones jurídicas que se han generado en torno a su contenido.

En el artículo 7 del reglamento de la LSS en materia de afiliación, clasificación de empresas, recaudación y fiscalización, nos indica lo siguiente:

El entero de cuotas al Instituto por los patrones y demás sujetos obligados al pago de las mismas, no los libera de la obligación de presentar los avisos o movimientos afiliatorios, y de cualquier otra índole.

Su similar 16, nos instruye lo siguiente:

Cualquier persona física o moral estará obligada a registrarse como patrón o sujeto obligado ante el Instituto a partir de que:

I. Empiece a utilizar los servicios de uno o varios trabajadores;

II. Se constituya como sociedad cooperativa;

III. Inicie vigencia su convenio de incorporación celebrado con el Instituto, y

IV. Inicie vigencia el Decreto de incorporación que expida el Ejecutivo Federal en términos de la fracción III del artículo 12 de la Ley.

El artículo 45 reglamentario, contiene lo siguiente:

Los patrones deberán inscribir a sus trabajadores ante el Instituto en los términos que señala la Ley. Asimismo, podrán hacerlo el día hábil anterior al inicio de la relación laboral; en este caso, el reconocimiento de derechos o semanas para determinar el otorgamiento de las prestaciones en dinero y en especie se contabilizará a partir de la fecha que como inicio de la relación laboral se señale en el aviso respectivo.

En la práctica muy pocos patrones llevan a cabo lo señalado por este artículo, ya que, o se confían al plazo que les otorga el artículo 15 de la Ley, o la persona encargada de efectuar dicho trámite lo difiere, sin saber el perjuicio que le ocasiona al trabajador, pero sobre todo al dueño que es el directamente responsable de lo que llegue a suceder en su empresa.

En otro orden de ideas, en la parte final del punto número 3.2 REGULACIÓN CONSTITUCIONAL, se hizo mención de cuatro conceptos insertados en las fracciones XIII y XV del artículo 123 apartado A de nuestra Carta Magna, nos referimos a la capacitación y adiestramiento, y a la seguridad e higiene.

La capacitación ha sido tradicionalmente definida como el aprendizaje que lleva a cabo una persona para superar el nivel de sus conocimientos, mejorar su aptitud técnica o manual en actividades útiles o adquirir un grado profesional en una ciencia o arte.

En la materia laboral se pretende que con la capacitación el trabajador mejore sus ingresos y alcance un nivel de vida más elevado.

Además, en nuestro sistema constitucional la formación profesional ha adquirido la categoría de garantía social al haberse establecido métodos y sistemas para que las clases trabajadoras se capaciten y estén preparadas en forma permanente para actuar dentro de cualquier proceso tecnológico y operar cualquier nuevo mecanismo o aparato que la ciencia crea y perfecciona de manera constante.

Todo intento de capacitación y adiestramiento profesional debe guardar estrecha relación con el individuo en cuanto éste busque o se proponga mejorar su condición económica y social a través de una conveniente preparación científica y técnica.

La capacitación y el adiestramiento han de ser esfuerzo de todos: trabajadores, patrones y autoridades, demostrándose con este interés conjunto que sólo así se responde a una sociedad en la que cada vez sean más los trabajadores, porque en ello se encuentra la clave del progreso personal y social.

Por otra parte y ligada a los conceptos de previsión social y medidas preventivas de los riesgos de trabajo, la seguridad e higiene en el trabajo ocupa

hoy un lugar importante en la legislación laboral, por lo cual no sólo se han establecido disposiciones que obligan a patrones y trabajadores por igual, sino que al mismo tiempo han sido dictadas normas reglamentarias que tienden a garantizar la salud y seguridad de los segundos, sin reparar en medios por parte de los primeros, para el logro de las condiciones si no óptimas, por lo menos mínimas, en que el trabajo debe desarrollarse.

Por lo que corresponde a la Ley Federal del Trabajo, su artículo 132 precisa las obligaciones de los patrones, destacando las siguientes: II, XV, XVI, XVII y XVIII; mismas que se refieren a: pagar sueldos e indemnizaciones, capacitación y adiestramiento, prevención de riesgos, seguridad e higiene y difusión de reglamentos e instructivos de seguridad e higiene respectivamente. Concretamente sus artículos 153-A al 153-X, se refieren exclusivamente a la capacitación y adiestramiento de los trabajadores.

El numeral 504 menciona obligaciones especiales de los patrones, entre las que destacan: mantener en el centro de trabajo medicamentos, uso y material de primeros auxilios, dar aviso a la autoridad laboral competente en caso de accidentes y aviso de muerte por riesgo de trabajo.

En tanto los artículos 509, 510, 511, 512, y 512-A a 512-F, se enfocan a la seguridad e higiene que debe tener todo el personal que labora en el negocio.

Además existe el Reglamento Federal de Seguridad, Higiene y Medio Ambiente de Trabajo, el cual contiene las medidas de seguridad e higiene que deben respetar y prevalecer en los centros de trabajo bajo la tutela de los patrones y los trabajadores.

Por último, mencionaremos a la Norma Oficial Mexicana también conocida como: NOM-019-STPS-2004, la que en su contenido contempla la constitución, organización y funcionamiento de las comisiones de seguridad e higiene en los centros de trabajo.

Los conceptos riesgo, accidente, enfermedad y muerte acaecidos en ejercicio o por motivo del trabajo diario, son situaciones impredecibles y que desafortunadamente suceden.

Para finalizar diremos que en el primer capítulo citamos la garantía de legalidad; en el segundo exploramos la relación obrero patronal y en este capítulo nos adentramos al riesgo de trabajo. La conjunción de los tres y el conocer parte de sus elementos, nos dan la pauta para investigar el tema principal del trabajo, por lo que nos referiremos en el cuarto y último a los capitales constitutivos que le finca el Instituto Mexicano del Seguro Social al patrón involucrado, cuando éste no cumple oportunamente con lo que estipula la Ley del Seguro Social en sus artículos 15, 34 y 77 respectivamente.

CAPÍTULO 4

EL CAPITAL CONSTITUTIVO

4.1 DOCTRINA

Conviene iniciar este capítulo, precisando que el fincamiento del llamado capital constitutivo que le hace el Instituto Mexicano del Seguro Social a un patrón persona física o moral, es uno de los asuntos jurídicos más complejos.

El problema aunque parece sencillo, no lo es. Por ello, en la medida en que vayamos desarrollando cada uno de los puntos de que consta el presente, nos daremos cuenta de la infinidad de circunstancias que le rodean.

Esto se debe principalmente a la confusión, interpretación y disparidad de criterio legal por parte del Instituto en la conformación de los CC, pero también en las tesis jurisprudenciales que existen por parte del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa e incluso de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, tal y como lo apreciaremos más adelante.

Actualmente es casi nula la información doctrinaria al respecto, ya que al consultar en diversas bibliotecas públicas no encontré libros especializados que nos mencionen a los CC; no obstante ello, recurrí a la del Centro Médico Nacional del IMSS suponiendo que ésta contaría con el material suficiente; desafortunadamente sólo existen manuales internos para la elaboración de los capitales constitutivos, pero no estudios amplios y jurídicos que nos expliquen todo lo relacionado con ellos.

Asimismo, los pocos autores que se han interesado en el tema no han profundizado en él, sólo han emitido su opinión basándose principalmente en lo que establecen los artículos 15, 34 y 77 de la Ley del Seguro Social.

Uno de los interesados es el maestro Sergio Francisco de la Garza, el cuál nos comenta en su obra lo siguiente:

El sistema del seguro Social en México está construido sobre la base de reservas, que son las cantidades que actuarialmente se han calculado para que el IMSS pueda hacer frente a las pensiones que le obliga la ley.

Dichas cantidades, dice Moreno Padilla, son las que se conocen con el nombre de capitales constitutivos. No debe confundirse el capital constitutivo, que es la reserva actuarial que mantiene el IMSS para hacer frente a sus

obligaciones cuando se ha producido el riesgo asegurado, con el crédito por el capital constitutivo.

El primero escribe Moreno Padilla es aquella suma de dinero que requiere cualquier institución aseguradora, para que pueda proporcionar con los dividendos que esa cantidad le rinda, una pensión a sus derechohabientes; en tanto que el crédito por el capital constitutivo se establece de acuerdo con el artículo 48 de la LSS, exigiendo a los patrones que han sido omisos en el cumplimiento de la ley, la suma de dinero cuyos réditos sirven para que el Instituto cubra, en los casos concretos de la omisión, las pensiones y prestaciones a que legalmente haya lugar.

Y en palabras de Juan Antonio Andrade, “es la cantidad de dinero necesaria, desde el punto de vista actuarial, para garantizar el pago de su renta a un pensionado, y el fallecimiento de éste, a los derechohabientes legales.”¹

Según el criterio de los autores anteriormente citados, nos encontramos con las siguientes situaciones:

A) La que explica el maestro Francisco de la Garza es una visión genérica de cómo está construido el sistema del seguro social en nuestro país, pero no realiza ninguna reflexión que nos involucre en todo lo referente a un capital constitutivo.

B) Respecto a la exposición del licenciado Javier Moreno Padilla, conviene acotar lo siguiente:

1) Menciona inicialmente, que el capital constitutivo es la reserva actuarial que mantiene el IMSS para hacer frente a sus obligaciones cuando se ha producido el riesgo asegurado, además, que es aquella suma de dinero que requiere cualquier institución aseguradora para que pueda proporcionar con los dividendos que esa cantidad le rinda, una pensión a sus derechohabientes.

Al no estar de acuerdo con este punto, hago las observaciones siguientes:

a) El enfoque dado por Moreno Padilla al párrafo anterior es totalmente equivocado, ya que si el CC es una reserva actuarial que mantiene al Instituto para hacer frente cuando se produce un riesgo asegurado, luego entonces no existe materia ni fundamento legal para que el IMSS le requiera a determinado patrón los gastos generados por un trabajador que sufra un accidente de trabajo, ya que éste se encuentra debidamente afiliado.

b) Señala que el capital constitutivo es aquella suma de dinero que requiere cualquier aseguradora para que con los dividendos que esa cantidad le rinda, les pueda otorgar una pensión a sus derechohabientes; pero resulta inadecuado que

¹ Garza, Sergio Francisco de la. *Derecho Financiero Mexicano*. 19ª Edición. Porrúa, México, 2001. p. 359.

el autor indique que con los dividendos se pueda financiar dicha prestación, ya que la otorgada por la dependencia, es en base a los ingresos que obtiene al cobrar sus cuotas conforme a los seguros comprendidos en el artículo 11 de la LSS y a la cantidad que le aporta el Gobierno Federal.

2) Hace referencia a que el crédito por el capital constitutivo se establece de acuerdo con el artículo 48 de la Ley del Seguro Social, exigiendo a los patrones omisos la suma de dinero cuyos réditos sirven para que el Instituto cubra las pensiones y prestaciones a que haya lugar.

Al consultar el texto del artículo citado, su contenido difiere totalmente de lo que Moreno Padilla señala, ya que el numeral invocado contempla realmente lo siguiente:

Si el Instituto comprueba que el riesgo de trabajo fue producido intencionalmente por el patrón, por sí o por medio de tercera persona, el Instituto otorgará al asegurado las prestaciones en dinero y en especie que la presente Ley establece y el patrón quedará obligado a restituir íntegramente al Instituto las erogaciones que éste haga por tales conceptos.

Como se puede observar, es muy distinto lo que establece el artículo en comento a lo que interpreta el autor, por lo que resulta prudente hacer la precisión siguiente:

El artículo indica que si el Instituto comprueba que el RT fue producido intencionalmente por el patrón o por tercera persona, el empleador quedará obligado de restituirle íntegramente a la institución las erogaciones causadas y derivadas de las prestaciones en dinero y en especie otorgadas al asegurado.

A continuación, me permito aclarar lo siguiente:

- a) En ninguna parte del artículo se cita el crédito por el capital constitutivo.
- b) Tampoco hace mención a que los réditos obtenidos por la suma de dinero, sirvan para que el IMSS cubra las pensiones y prestaciones correspondientes.

En sí la interpretación que le da este autor al CC, es más desde el punto de vista actuarial o económico que de seguridad social.

En síntesis, el escritor no explica ni resuelve jurídicamente, qué debemos de entender por capital constitutivo.

C) Respecto a lo que señala el maestro Andrade, su visión es única y exclusivamente actuarial, pero en sí, no hace aportación alguna que nos defina lo que es un capital constitutivo por riesgo de trabajo.

En otro orden de ideas, los prestigiados abogados especialistas en Derecho Laboral como Mario de la Cueva y Néstor de Buen, sólo han efectuado su interpretación jurídica conforme a los artículos antes citados de la LSS, pero no han esclarecido lo que debemos de entender por capital constitutivo y sus características. En sí la denominación de capital constitutivo es identificada por estos estudiosos más con definiciones económicas, financieras o contables, que con cuestiones de seguridad social.

Es cierto que la ley en general no puede definir todos los conceptos legales existentes por no tratarse de un diccionario jurídico, pero al existir una legislación específica, ésta debe de precisar concretamente el significado de los que en ella aparecen.

Es el caso de la Ley del Seguro Social, la cual menciona en diversos de sus artículos el término capital constitutivo, pero resulta que no existe una definición que nos explique lo que es, propiciando que el Instituto lo aplique e interprete de acuerdo a sus intereses.

En consecuencia, la presunta legalidad de los CC queda en duda; tomemos como referencia el siguiente ejemplo: a un individuo se le pretende aplicar una condena a 40 años de prisión por haber cometido un homicidio, pero cuando éste le solicita a la autoridad competente que le explique qué se entiende como tal, el juzgador manifiesta que ignora lo que es.

Luego entonces, no tiene alcances ni repercusiones jurídicas el concepto que sólo está enunciado en la ley, sin que ésta nos defina realmente su contenido, el hacerlo vulnera las garantías constitucionales a las que tiene derecho todo gobernado.

La problemática actual no sólo radica en la ausencia de una definición clara y precisa que nos indique qué son los capitales constitutivos, sino principalmente en la contradicción existente en los artículos que generan su fincamiento y que representan la parte esencial del presente trabajo.

4.2 REGULACIÓN CONSTITUCIONAL

La regulación constitucional de un capital constitutivo, es otro elemento que viene a formar parte de la complicación jurídica en la que se encuentran éstos.

Existen diversas jurisprudencias que se refieren a la constitucionalidad de un CC, y la sustentan en lo que establece nuestra Carta Magna en el numeral siguiente:

Art. 31.- Son obligaciones de los mexicanos:

I a III (...)

IV. Contribuir para los gastos públicos, así de la Federación, como del Distrito Federal o del Estado y Municipio en que residan, de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes.

A efecto de contar con más elementos que nos complementen el análisis que haremos, me permito transcribir las tesis siguientes:

SEGURO SOCIAL, LEY DEL. AUNQUE LOS CAPITALES CONSTITUTIVOS TIENEN EL CARÁCTER DE CONTRIBUCIONES DIVERSAS A LOS IMPUESTOS, DERECHOS Y CONTRIBUCIONES DE MEJORAS, DEBEN CUMPLIR CON LOS REQUISITOS DE EQUIDAD Y PROPORCIONALIDAD, DE ACUERDO CON SU NATURALEZA ESPECÍFICA.

El Constituyente de 1917 estableció en el artículo 31, fracción IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la obligación de todos los mexicanos de contribuir a los gastos públicos, pero a su vez consignó el derecho de éstos a que dicha contribución se realizara de la manera proporcional y equitativa que dispusieran las leyes. Es decir, el Constituyente de 1917 plasmó las bases generales de la facultad impositiva del Estado para el logro de las funciones que le están encomendadas, pero dejó al legislador ordinario la facultad de determinar en cada época de la historia la forma y medida en que los individuos y los grupos que integran la sociedad deben contribuir. Así, es el legislador ordinario quien, respetando las bases fundamentales de nuestra Constitución Política, debe definir cuáles son las contribuciones que en cada época existirán de acuerdo con las circunstancias sociales y económicas, la evolución de la administración pública y las responsabilidades que el Estado vaya asumiendo en la prestación y el mantenimiento de servicios públicos que aseguren el desarrollo integral de los individuos que componen la sociedad. En efecto, el legislador ordinario ha otorgado a los capitales constitutivos el carácter fiscal, expresamente en el artículo 267 de la Ley del Seguro Social; además, los capitales constitutivos participan actualmente de todas las características propias de una relación jurídica tributaria, a saber: 1) el sujeto activo de la relación es un ente público, el Instituto Mexicano del Seguro Social, que si bien tiene personalidad jurídica y patrimonio propios diversos a los del Estado, fue creado por éste, forma parte de la Administración Pública Federal Paraestatal y realiza una función que al Estado le compete: la del servicio público de seguridad social; 2) es una obligación impuesta unilateralmente por el Estado, en virtud de su poder de imperio, para todo aquel que se

coloque en la hipótesis normativa, pues ni el patrón ni el trabajador tienen la opción de no acogerse al sistema de seguridad social; 3) es una obligación que tiene su origen en un acto formal y materialmente legislativo: la Ley del Seguro Social; 4) el instituto encargado de la prestación de este servicio público está dotado por la ley de facultades de investigación para verificar el debido cumplimiento de las obligaciones que deriven de aquélla, así como para, en su caso, determinar, fijar en cantidad líquida y cobrar las contribuciones relativas, mediante el procedimiento administrativo de ejecución (artículos 240, fracción XVIII, 268 y 271 de la Ley del Seguro Social); 5) los ingresos que por virtud de tales aportaciones se recaudan, son para sufragar el gasto público, en tanto se destinan a la satisfacción, atribuida al Estado, de una necesidad colectiva y quedan comprendidos dentro de la definición que de tal concepto da la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público, y si bien pasan a formar parte del patrimonio del organismo descentralizado, no se funden con el resto de los ingresos presupuestarios, por destinarse a un gasto especial determinado en la ley que los instituye y regula, lo que se deriva de su naturaleza que responde a una obligación de carácter laboral, pero que para prestarse con mayor eficacia y solidaridad ha pasado al Estado a través del Instituto Mexicano del Seguro Social. Lo anterior no quita a los capitales constitutivos su destino al gasto público, pues nuestra Constitución no prohíbe que las contribuciones se apliquen a un gasto público especial, sino a un fin particular. Consecuentemente, si tales capitales constitutivos tienen naturaleza fiscal, es decir, son contribuciones en términos de lo dispuesto en el artículo 31, fracción IV, constitucional, los mismos están sujetos a los requisitos de proporcionalidad y equidad que en tal precepto se establecen.²

CAPITALES CONSTITUTIVOS. EL ARTÍCULO 77 DE LA LEY DEL SEGURO SOCIAL QUE PREVÉ SU FINCAMIENTO, NO TRANSGREDE EL PRINCIPIO DE EQUIDAD TRIBUTARIA (VIGENTE A PARTIR DEL 1o. DE JULIO DE 1997).

El citado precepto, al disponer que los avisos de ingreso o alta de los trabajadores asegurados y los de modificaciones de su salario entregados al Instituto Mexicano del Seguro Social después de ocurrido el siniestro, en ningún caso liberarán al patrón de la obligación de pagar los capitales constitutivos, aun cuando los hubiese presentado dentro de los plazos que la ley concede para ello, no transgrede el principio de equidad tributaria contenido en el artículo 31, fracción IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues otorga el mismo tratamiento a todos los

² No. Registro: 198,410 Jurisprudencia Materia(s): Administrativa, Constitucional Novena Época Instancia: Pleno Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta V, Junio de 1997 Tesis: P./J. 38/97 Página: 100.

patrones que inscriban a sus trabajadores después de acontecido el riesgo laboral. Lo anterior, porque pretender que el Instituto soporte con cargo a su patrimonio los gastos que integran los capitales constitutivos generados con motivo de accidentes de trabajo ocurridos a trabajadores inscritos con posterioridad al momento en que ocurrió el siniestro, es desconocer que el sistema del seguro social en México opera sobre la base de los cálculos actuariales, el cual busca compensar y repartir las cargas económicas entre un determinado número de empresas y de asegurados, de lo que se infiere que si este número aumenta y no así las cuotas de los beneficiados, surgirá un desequilibrio entre los servicios que tiene que prestar y los fondos con que cuenta para satisfacerlos; máxime que es principio general común, tanto para el sistema del seguro privado voluntario como para el seguro social obligatorio, la cobertura de los riesgos, por lo que es inconcebible el inicio de un seguro después de ocurrido el siniestro, pues no puede asegurarse un riesgo ya realizado. Además, no se trata propiamente de una facultad establecida para el seguro privado, sino de una verdadera instancia del seguro y, para ello, en forma congruente con el resto de las disposiciones que consigna el citado artículo 77, se establece en su penúltimo párrafo la obligación para los patrones de cubrir los capitales constitutivos fincados a su cargo, aun cuando hayan dado aviso de ingreso de sus trabajadores al seguro dentro del término de cinco días que para tal efecto fija la fracción I del artículo 15 de la ley citada, si esto sucede con posterioridad a la fecha en que ocurrió el siniestro; de ahí que si bien la obligación para los patrones consiste en asegurar a sus trabajadores dentro del término legal, si ello ocurre con posterioridad al siniestro, procederá el fincamiento del capital constitutivo, no porque el patrón no lo hubiera inscrito dentro del término legal, sino porque al hacerlo ya se había producido el siniestro, y el seguro obtenido mediante la inscripción sólo puede afrontar los riesgos futuros. ³

Como podemos darnos cuenta, en las tesis antes pronunciadas sobresale la mención que se hace del artículo 31 fracción IV, de nuestra Constitución Política Federal.

Las principales argumentaciones contenidas en dichas jurisprudencias, son las siguientes:

1) Se insiste en que todos los mexicanos debemos de contribuir para los gastos públicos.

³ No. Registro: 179,099 Tesis aislada Materia(s): Constitucional, Administrativa Novena Época Instancia: Segunda Sala Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXI, Marzo de 2005 Tesis: 2a. XXXVI/2005 Página: 356

2) Que los ingresos que se recaudan de las aportaciones de seguridad social, son para sufragar el gasto público.

3) Que estas aportaciones no se funden con el resto de los ingresos presupuestarios, por destinarse a un gasto especial determinado en la ley que los instituye y regula.

4) Que los CC están sujetos a los requisitos de proporcionalidad y equidad.

5) Que se busca compensar y repartir las cargas económicas entre un determinado número de empresas y asegurados.

Al respecto, me permito comentar lo siguiente:

a) Si bien es cierto que el texto del artículo 31 fracción IV de nuestra Constitución resulta genérico refiriendo que todos los mexicanos debemos de contribuir a los gastos públicos, también lo es que para el caso concreto de las aportaciones de seguridad social que se cubren al Instituto Mexicano del Seguro Social, sólo lo hacen aquellos patrones y trabajadores que se encuentran inscritos ante el Instituto conforme a los lineamientos y requisitos que contempla su Ley.

El artículo 2 de la Ley del Seguro Social nos indica lo siguiente:

La seguridad social tiene por finalidad garantizar el derecho a la salud, la asistencia médica, la protección de los medios de subsistencia y los servicios sociales necesarios para el bienestar individual y colectivo, así como el otorgamiento de una pensión que, en su caso y previo cumplimiento de los requisitos legales, será garantizada por el Estado.

Por otro lado, el numeral 4 de la Ley nos precisa lo siguiente:

El Seguro Social es el instrumento básico de la seguridad social, establecido como un servicio público de carácter nacional en los términos de esta Ley, sin perjuicio de los sistemas instituidos por otros ordenamientos.

Incluso, la SCJN se ha pronunciado al respecto de la manera siguiente:

APORTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL. SU RECAUDACIÓN SE DESTINA A LOS GASTOS PÚBLICOS.

De lo dispuesto en la Ley de Ingresos de la Federación, en el sentido de que el Estado percibirá los ingresos provenientes de los conceptos y en las cantidades que en la misma se enumeran, en los que se incluye a las aportaciones de seguridad social y de lo previsto en el Presupuesto de Egresos, en donde se establece que pueden efectuarse erogaciones correspondientes a las entidades paraestatales, entre las que se encuentra el Instituto Mexicano del Seguro Social, se colige que la seguridad social

está contemplada como parte del gasto público al cual deben destinarse los ingresos que en esta materia se recauden a través del organismo descentralizado encargado de ello, que si bien tiene personalidad jurídica propia y diversa a la del Estado, realiza una función de éste, como es la seguridad social; por tanto, las cuotas exigidas a los patrones para el pago del servicio público del seguro social quedan comprendidas dentro de los tributos que impone el Estado con carácter obligatorio, destinado al servicio público de seguridad social .⁴

b) En cuanto al inciso 2), respecto a que los ingresos generados por las aportaciones de seguridad social son para sufragar el gasto público, nos demuestran plenamente que el Gobierno Federal al no canalizar la totalidad de los recursos recaudados por la Institución para cumplir debidamente con sus obligaciones, propicia que actualmente el IMSS sufra de muchas carencias entre las que podemos citar las siguientes: saturación de población derechohabiente, instalaciones insuficientes, falta de equipo y mobiliario, carencia de medicinas, falta de personal preparado y otros.

c) Por lo que refiere el inciso 3), en relación a que estas aportaciones no se funden con el resto de los ingresos presupuestarios, por destinarse a un gasto especial determinado en la Ley; luego entonces, si éstas tienen un destino específico ¿porqué el servicio que otorga el IMSS es tan deficiente?

d) En cuanto al inciso 4), que se refiere a que los capitales constitutivos están sujetos a los requisitos de proporcionalidad y equidad, definitivamente no estoy de acuerdo, ya que el importe de cada uno de los rubros que lo integran, son determinados unilateralmente por el IMSS y en muchas de las veces son cantidades sumamente exageradas a la atención que se brinda, lo que los hace desproporcionados e inequitativos.

e) Por último, el inciso 5) comenta que el Seguro Social busca compensar y repartir las cargas económicas entre un número determinado de empresas y asegurados; si esto fuera cierto, entonces deberían de cubrir el seguro de riesgos de trabajo sólo aquellos patrones que se vieran afectados por el fincamiento de un capital constitutivo y no todos los que están inscritos en ese Instituto, ya que existen muchas compañías que durante su trayectoria nunca han tenido un RT, lo que conlleva entonces a que el IMSS incurra en un enriquecimiento ilícito.

Personalmente estimo que la regulación constitucional de los capitales constitutivos además del artículo 31 fracción IV, se complementa debidamente con su similar 123 apartado A fracciones XIV y XXIX respectivamente.

⁴ No. Registro: 200,139 Tesis aislada Materia(s): Constitucional, Administrativa Novena Época Instancia: Pleno Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta III, Abril de 1996 Tesis: P. LIII/96 Página: 65

La fracción XIV concretamente nos indica, que el empresario es responsable de los accidentes de trabajo sufridos al trabajador y que por lo tanto deberá de pagar la indemnización correspondiente.

La fracción XXIX señala que la LSS es de utilidad pública y ella comprenderá entre otros seguros el de accidentes, encaminado a la protección y bienestar del trabajador.

La integración de todo lo descrito en los puntos anteriores, nos refleja una falta de sensibilidad por parte de la dependencia y avalada por el Gobierno Federal, ya que incluso el lema interno que utiliza el IMSS en su papelería oficial: Seguridad y Solidaridad Social, en realidad dista mucho de una situación verdaderamente solidaria y de justicia social para las clases más desprotegidas de nuestro país y que ascienden a varios millones

En síntesis, resulta increíble que los Poderes Legislativo y Ejecutivo, se han inclinado más por preservar las finanzas de la Institución, que por la existencia de una seguridad social que sea auténtica y eficaz para la población.

4.3 REGULACIÓN EN LA LEY DEL SEGURO SOCIAL

Los artículos contenidos en la Ley que regulan los capitales constitutivos, son los siguientes: 39, 40, 48, 49, 54, 70, 77 al 79, 88, 149, 186 y 298.

Iniciemos con el número 39 último párrafo, el cuál nos indica lo siguiente:

Los capitales constitutivos tienen el carácter de definitivos al momento de notificarse y deben pagarse al instituto, en los términos y plazos previstos en esta Ley.

Nótese que desde su inicio, el IMSS ya les da el carácter de definitivos a los CC desde el momento de su notificación.

A su vez, el artículo 127 del reglamento de la Ley del Seguro Social en materia de afiliación, menciona lo siguiente:

Las cédulas de liquidación emitidas por el Instituto por concepto de cuotas, capitales constitutivos, actualización, recargos multas y los gastos realizados por el Instituto por inscripciones improcedentes y los que tenga derecho a exigir de las personas no derechohabientes, deberán ser pagadas dentro de los quince días hábiles siguientes a aquél en que surta efectos su

notificación, cubriéndose asimismo la actualización y los recargos, que en su caso procedan.

El artículo del RLSSA antes citado, nos indica claramente en lo referente a CC, que las cédulas de liquidación emitidas por el IMSS deben de ser pagadas dentro de los 15 días hábiles posteriores a cuando surtió efectos su notificación, lo que le permite al particular en dicho lapso que pueda aclararlas, pagarlas e incluso impugnarlas, motivo por el cuál se concluye que al documento notificado se le considera como acto definitivo.

De igual forma el número 151 del reglamento citado, nos indica lo siguiente:

Las cédulas de liquidación emitidas por el Instituto por concepto de cuotas obrero patronales, capitales constitutivos, actualización, recargos, multas y gastos por inscripciones improcedentes y atención a no derechohabientes, tendrán el carácter de definitivas al surtir efectos su notificación.

En síntesis, las cédulas de liquidación emitidas por la dependencia tendrán el carácter de definitivas al surtir efectos su notificación.

Por su parte, el artículo 40 de la LSS establece lo siguiente:

Las cédulas de liquidación emitidas por el Instituto por concepto de cuotas, capitales constitutivos, actualización, recargos o multas, serán notificadas a los patrones personalmente, en los términos establecidos en el Código.

Definitivamente, la notificación que haga la dependencia de dichas cédulas debe de ser conforme a los lineamientos establecidos en el CFF, realizarlas de manera distinta, es contrario a Derecho.

Si el artículo 5 de la LSS menciona que el Instituto tiene el carácter de organismo fiscal autónomo, desde luego que su actuación para con los particulares, debe de ser apegado a lo que estipula el Código Fiscal Federal.

Ahora bien, los artículos 48, 49, 54, 70 y 77 al 78 de la Ley referentes al seguro de riesgos de trabajo son los que analizaremos detalladamente, ya que éstos forman la parte principal del presente trabajo y serán tratados en el punto 4.4.1.

El artículo número 79 que corresponde a la integración del capital constitutivo, lo abordaremos en el punto 4.5, ya que también es parte esencial del tema.

Por su parte el artículo número 88 que involucra al seguro de enfermedades y maternidad, lo resolveremos en el punto 4.4.2.

El número 149 corresponde al seguro de Invalidez y vida, y el artículo 186 se refiere al seguro de Retiro, cesantía en edad avanzada y vejez, ambos no son materia de este estudio.

Por último, el artículo 298 refiere que la obligación de enterar las cuotas y los capitales constitutivos prescribe a los cinco años de la fecha de su exigibilidad.

Todos los artículos anteriormente señalados, son las bases y fundamentos jurídicos con los que cuenta el Instituto Mexicano del Seguro Social, para cuando el patrón no cumple con lo que establece la Ley, fincarle el capital constitutivo correspondiente.

4.3.1 CONCEPTO DE CAPITAL CONSTITUTIVO

Resulta increíble que la Ley del Seguro Social en la totalidad de su contenido, no contemple un concepto preciso de lo que debemos entender por capital constitutivo.

La Ley en su artículo 5 A proporciona una definición clara de diversos conceptos, pero omite a los CC.

Analizando detenidamente la totalidad de la LSS y sus reglamentos respectivos, nos percataremos de que no se da a conocer el concepto de ellos.

Asimismo, es inadecuado que se le otorgue un nombre a algo que se desconoce su significado, es más, si los documentos que le determina el IMSS al patrón los tiene catalogados en el artículo antes citado como cédulas de liquidación, no hay necesidad por parte de la dependencia en utilizar un concepto que nadie sabe ni entiende lo que es.

Es elemental que un determinado concepto jurídico explique con claridad qué quiere darle a entender al gobernado; el no hacerlo, propicia que cada autoridad o individuo lo interprete a su libre albedrío.

En la introducción del presente trabajo, afirmé que el término capital constitutivo me parecía inadecuado; según mi criterio, considero innecesario

llamarlos así, mejor los identificaré con el nombre de: cédulas de liquidación por riesgo de trabajo.

No obstante lo anterior y la omisión que prevalece en la Ley, mi concepto es el siguiente:

La cédula de liquidación por riesgo de trabajo, es el documento que le determina el Instituto Mexicano del Seguro Social al patrón involucrado, a efecto de que éste le reintegre a la dependencia los gastos generados por su trabajador, al presentarse cualquiera de las siguientes circunstancias:

1ª) Que la persona contratada para realizar una determinada actividad laboral sufra un riesgo de trabajo y se le brinde en cualquier unidad del Instituto, la atención médica u hospitalaria necesaria sin que haya sido afiliada oportunamente.

2ª) Que una vez ocurrido el accidente al trabajador, el patrón lo oculte pretendiendo evitar que el Instituto le emita la cédula de liquidación por riesgo de trabajo.

3ª) Que el patrón presente después del plazo de 5 días estipulados por esta Ley, el aviso de alta o reingreso del trabajador accidentado.

Los costos por la atención médica u hospitalaria brindada, deberán de ser los que se encuentren vigentes en el sector salud federal en el momento del siniestro. La cantidad total que integra la cédula de liquidación por riesgo de trabajo, es por aquellos servicios que se le hayan otorgado al trabajador lesionado, conforme al artículo 79 de este ordenamiento.

4.4 EL FINCAMIENTO DE UN CAPITAL CONSTITUTIVO

El artículo 251 de la LSS, señala lo siguiente:

El Instituto Mexicano del Seguro Social tiene las facultades y atribuciones siguientes:

I a XIII (...).

XIV. Determinar los créditos a favor del Instituto y las bases para la liquidación de cuotas y recargos, así como sus accesorios y fijarlos en cantidad líquida, cobrarlos y percibirlos, de conformidad con la presente Ley y demás disposiciones aplicables.

XV a XVI (...).

XVII. Determinar y hacer efectivo el monto de los capitales constitutivos en los términos de esta Ley.

XVIII a XXXVII (...).

Las fracciones antes invocadas son lo suficientemente claras y precisas, no requieren mayor abundamiento.

4.4.1 EN EL SEGURO DE RIESGOS DE TRABAJO

Es en la rama de seguro de riesgos de trabajo, donde se genera principalmente el fincamiento de los llamados capitales constitutivos.

La Ley del Seguro Social enumera diversos artículos en torno a ellos, entre los más significativos tenemos los siguientes:

El número 48, establece lo siguiente:

Si el Instituto comprueba que el riesgo de trabajo fue producido intencionalmente por el patrón, por sí o por medio de tercera persona, el Instituto otorgará al asegurado las prestaciones en dinero y en especie que la presente Ley establece y el patrón quedará obligado a restituir íntegramente al Instituto las erogaciones que éste haga por tales conceptos.

A su vez el 49, prevé lo siguiente:

En los términos establecidos por la Ley Federal del Trabajo, cuando el asegurado sufra un riesgo de trabajo por falta inexcusable del patrón a juicio de la Junta de Conciliación y Arbitraje, las prestaciones en dinero que este capítulo establece a favor del trabajador asegurado, se aumentarán en el porcentaje que la propia Junta determine en laudo que quede firme. El patrón tendrá la obligación de pagar al Instituto el capital constitutivo sobre el incremento correspondiente.

Conviene señalar que si el patrón es el que propicia intencionalmente el riesgo de trabajo a su empleado, desde luego que tiene que responder por tal conducta.

Por otro lado, si la Junta de Conciliación y Arbitraje determina que hubo falta inexcusable del empleador, éste tendrá que restituirle al Instituto las

prestaciones en dinero otorgadas al empleado, pero no por el fincamiento de un capital constitutivo, sino por la determinación en una cédula de liquidación.

Por su parte, el 54 refiere lo siguiente:

Si el patrón hubiera manifestado un salario inferior al real, el Instituto pagará al asegurado el subsidio o la pensión a que se refiere este capítulo, de acuerdo con el salario en el que estuviese inscrito, sin perjuicio de que, al comprobarse su salario real, el Instituto le cubra, con base en éste la pensión o el subsidio.

En estos casos, el patrón deberá pagar los capitales constitutivos que correspondan a las diferencias que resulten, incluyendo el cinco por ciento por gastos de administración sobre el importe de dicho capital, como parte integrante del mismo.

Insisto, si hubiera diferencias, éstas se cobrarían mediante la determinación en una cédula de liquidación por las que resulten, pero no mediante un capital constitutivo.

Además, sería interesante que el Instituto nos demostrara jurídicamente, cómo llegó a determinar el porcentaje de los gastos de administración y porqué éste es integrante del CC.

El artículo 70, nos dice lo siguiente

Las prestaciones del seguro de riesgos de trabajo, inclusive los capitales constitutivos de las rentas líquidas al fin de año y los gastos administrativos, serán cubiertos íntegramente por las cuotas que para este efecto aporten los patrones y demás sujetos obligados.

Si estas prestaciones son cubiertas de manera íntegra por las cuotas que aportan los patrones y demás sujetos obligados ¿qué caso tiene entonces, fincar los llamados capitales constitutivos?

El marcado con el número 77, nos señala lo siguiente:

El patrón que estando obligado a asegurar a sus trabajadores contra riesgos de trabajo no lo hiciera, deberá enterar al Instituto, en caso de que ocurra el siniestro, los capitales constitutivos de las prestaciones en dinero y en especie, de conformidad con lo dispuesto en la presente Ley, sin perjuicio de que el Instituto otorgue desde luego las prestaciones a que haya lugar.

La misma regla se observará cuando el patrón asegure a sus trabajadores en forma tal que se disminuyan las prestaciones a que los trabajadores asegurados o sus beneficiarios tuvieran derecho, limitándose los capitales constitutivos, en este caso, a la suma necesaria para completar las prestaciones correspondientes señaladas en la Ley.

Esta regla se aplicará tratándose de recaídas por riesgos de trabajo, con el mismo patrón con el que ocurrió el riesgo o con otro distinto.

Los avisos de ingreso o alta de los trabajadores asegurados y los de modificaciones de su salario, entregados al Instituto después de ocurrido el siniestro, en ningún caso liberarán al patrón de pagar los capitales constitutivos, aun cuando los hubiese presentado dentro de los plazos que señalan los artículos 15 fracción I y 34 fracciones I a III de este ordenamiento legal.

El Instituto determinará el monto de los capitales constitutivos y los hará efectivos, en la forma y términos previstos en esta Ley y sus reglamentos.

Sin duda alguna, este artículo conforma la parte principal de la controversia planteada en el presente trabajo.

A su vez el artículo 15, fracción I de la Ley contiene lo siguiente:

Los patronos están obligados a:

Registrar e inscribir a sus trabajadores en el Instituto (...) dentro de plazos no mayores de cinco días hábiles.

El artículo 34, fracción I determina lo siguiente:

En los casos previstos (...) el patrón estará obligado a presentar al Instituto los avisos de modificación de salario dentro de un plazo máximo de cinco días hábiles (...).

Es indudable que lo descrito por el numeral 77, provoca una tremenda confusión al tratar de interpretarlo, ya que no respeta íntegramente lo que establecen los artículos 15 y 34 aludidos.

Además, el artículo 77 desvirtúa el texto de sus similares 15 y 34, propiciando una interpretación totalmente distinta y equivocada.

Resulta preocupante que una legislación tan fundamental como lo es la del Seguro Social, contemple criterios de aplicación tan contradictorios para un mismo caso.

Derivado de lo anterior, la situación que se le presenta al particular es sumamente delicada, ya que no sólo tiene que enfrentar un criterio equivocado por parte del IMSS, sino incluso que los órganos encargados de impartir justicia a los que recurre, no se han querido involucrar demasiado en tan delicado problema y sobre todo, sus resoluciones dictadas dejan la sensación de una parcialidad hacia el Instituto.

Lo más grave para un patrón, es cuando la dependencia le finca un capital constitutivo por riesgo de trabajo, ya que cuando se entera del importe total de éste, en ocasiones se ve forzado incluso, a cerrar su negocio por el alto costo que esto representa.

El artículo 78, nos comenta lo siguiente:

Los patrones que cubrieren los capitales constitutivos determinados por el Instituto, en los casos previstos por el artículo anterior, quedarán liberados, en los términos de ésta Ley, del cumplimiento de las obligaciones que sobre responsabilidad por riesgos de trabajo establece la Ley Federal del Trabajo, así como de la de enterar las cuotas que prescribe la presente Ley, por el lapso anterior al siniestro, con respecto al trabajador accidentado y al seguro de riesgos de trabajo; subsistiendo para todos los efectos legales la responsabilidad y sanciones que en su caso fijen la Ley y sus reglamentos.

El texto de este artículo viene a corroborar lo señalado con antelación: el fincamiento de un capital constitutivo por riesgo de trabajo, se convierte en un verdadero problema económico y jurídico para el patrón involucrado.

Pero resultaría un exceso de la ley, además de haber aplicado las sanciones previstas por la LSS, hacerlo también con la LFT.

Para finalizar, reitero que la interpretación jurídica que le han dado los tribunales competentes a este tipo de situaciones, ha sido totalmente parcial hacia la institución.

4.4.2 EN EL SEGURO DE ENFERMEDADES Y MATERNIDAD

Este es otro tipo de seguro, en el que con frecuencia también se fincan capitales constitutivos.

El artículo 88 de la Ley, nos explica lo siguiente:

El patrón es responsable de los daños y perjuicios que se causaren al asegurado, a sus familiares derechohabientes o al Instituto, cuando por incumplimiento de la obligación de inscribirlo o de avisar los salarios efectivos o los cambios de éstos, no pudieran otorgarse las prestaciones en especie y en dinero del seguro de enfermedades y maternidad, o bien cuando el subsidio a que tuvieran derecho se viera disminuido en su cuantía.

El Instituto, se subrogará en los derechos de los derechohabientes y concederá las prestaciones mencionadas en el párrafo anterior. En este caso, el

patrón enterará al Instituto el importe de los capitales constitutivos. Dicho importe será deducible del monto de las cuotas obrero patronales omitidas hasta esa fecha que correspondan al seguro de enfermedades y maternidad, del trabajador de que se trate.

No procederá la determinación del capital constitutivo, cuando el Instituto otorgue a los derechohabientes las prestaciones en especie y en dinero a que tenga derecho, siempre y cuando los avisos de ingreso o alta de los trabajadores asegurados y los de modificaciones de su salario, hubiesen sido entregados al Instituto dentro de los plazos que señalan los artículos 15, fracción I y 34 de esta Ley.

No queda duda alguna, el Instituto tiene una enorme disparidad de criterio jurídico en el fincamiento de los capitales constitutivos.

Como ejemplos, tenemos los siguientes:

1) En el seguro de riesgos de trabajo.- No obstante que la Ley en sus artículos 15 y 34 respectivamente, le otorgan al patrón un plazo de cinco días para dar de alta a su trabajador o modificar su salario, si al operario le ocurre un accidente de trabajo al cuarto día y no se ha presentado el aviso correspondiente, el Instituto no respeta lo estipulado por los numerales 15 y 34.

2) En el seguro de enfermedades y maternidad.- Por el contrario, si el patrón cumplió oportunamente en presentar el aviso de alta o modificación de salario del trabajador, entonces si toma en cuenta lo que establecen los artículos 15 y 34.

Los puntos expuestos, demuestran la contradicción del IMSS, son inobjetables.

Resumiendo, si el patrón le manifiesta al Instituto un salario inferior al que realmente percibe su trabajador, lo más conveniente es que la dependencia le emita al empresario una cédula de liquidación por las diferencias de salario existentes o por los subsidios pagados, pero no el fincamiento de un capital constitutivo.

4.5 LA INTEGRACIÓN DE UN CAPITAL CONSTITUTIVO

Diversas son las prestaciones que integran a un capital constitutivo, el artículo de la Ley que las contempla es el número 79, el cuál nos indica lo siguiente:

Los capitales constitutivos se integran con el importe de alguna o algunas de las prestaciones siguientes:

- I. Asistencia médica;*
- II. Hospitalización;*
- III. Medicamentos y material de curación;*
- IV. Servicios auxiliares de diagnóstico y de tratamiento;*
- V. Intervenciones quirúrgicas;*
- VI. Aparatos de prótesis y ortopedia;*
- VII. Gastos de traslado del trabajador accidentado y pago de viáticos en su caso;*
- VIII. Subsidios;*
- IX. En su caso, gastos de funeral;*
- X. Indemnizaciones globales;*
- XI. Valor actual de la pensión, y*
- XII. El cinco por ciento del importe de los conceptos que lo integren, por gastos de administración.*

Las disposiciones de este artículo serán aplicables a los capitales constitutivos derivados de todos los seguros del régimen obligatorio.

Por su parte el artículo 112 penúltimo y último párrafos del RLSSA, contemplan lo siguiente:

Los capitales constitutivos previstos en la Ley se determinarán considerando el monto de las prestaciones económicas y el importe de las prestaciones médicas que se calculará con base en los costos unitarios por nivel de atención médica, vigentes en la fecha de determinación del crédito fiscal.

Dichos costos unitarios y su actualización serán aprobados por el Consejo Técnico del Instituto y deberán ser publicados en el Diario Oficial de la Federación.

Al hacer detenidamente el estudio de un capital constitutivo, se observa que el importe de cada uno de los conceptos que lo integran es sumamente

exagerado, como si la atención médica u hospitalaria brindada, hubiera sido en un hospital privado de alto nivel.

La dependencia argumenta que los gastos por servicio otorgado los basan en sus propias experiencias y de acuerdo a los importes y criterios establecidos en hospitales particulares, circunstancia que no es real.

No es suficiente que el Instituto determine mediante diversos cálculos aritméticos el importe total que integra a un capital constitutivo por riesgo de trabajo, ya que tal circunstancia no reviste legalidad alguna.

Cuando se hace un comparativo entre los servicios que otorga el IMSS y lo que brinda un hospital particular, la diferencia es mayúscula, por lo que no resultan justificables los importes tan desproporcionados que se determinan en el fincamiento de un capital constitutivo por RT.

Para reforzar lo antes expuesto, me permito transcribir la tesis siguiente:

SEGURO SOCIAL. CAPITAL CONSTITUTIVO. LOS ELEMENTOS DE SU MONTO DEBEN FUNDARSE EN LA LEY.

Para fundar el cobro de un capital constitutivo en la vía económico-coactiva, sin acudir previamente a los tribunales como lo ordena el artículo 14 constitucional, ello sólo puede hacerse equiparando el crédito a los créditos fiscales, y éstos, conforme al artículo 31, fracción IV, de la Constitución, sólo pueden estar fincados constitucionalmente cuando todos los elementos del cobro están determinados en una ley, de manera que no queden los elementos de esa fijación al arbitrio de la autoridad exactora. Sería injusto e ilegal pensar que los capitales constitutivos pueden cobrarse como impuestos, en la vía económico-coactiva, sin acudir a los tribunales, y aceptar, al mismo tiempo, que el monto de esos capitales se pueden determinar arbitrariamente por el Instituto, sin fundar precisamente y nítidamente en una ley el cobro de todos y cada uno de los renglones que integran un capital constitutivo. Por lo demás, al fundar el cobro de un capital constitutivo derivado de un accidente de trabajo, no basta para satisfacer la exigencia del artículo 16 constitucional que se citen preceptos legales que en forma genérica definen lo que es un accidente de trabajo, o la obligación del patrón de responder de la responsabilidad derivada de ese accidente, etcétera, sino que es menester que cada renglón individual del cobro que constituye el capital constitutivo, encuentre su monto preciso justificado en un precepto legal. Pues sería inconstitucional estimar que el Instituto puede, mediante resoluciones interiores, determinar arbitrariamente el monto de lo que debe o puede cobrarse en forma concreta e individual, respecto de cada uno de los renglones en que se hace constar un capital constitutivo. O sea, que no basta citar preceptos que hablan de prestar atención médica, o de

*pensiones, sino que hay que justificar, con apoyo en la ley, y no en una determinación arbitraria de la autoridad, la cuantificación precisa y exacta de cada renglón del cobro, del cálculo actuarial de la duración de la pensión, etcétera, pues de lo contrario sería inconstitucional dejar al arbitrio del Instituto el determinar el costo que fija a sus servicios médicos, o el cobro de dichos servicios en forma global, sin detallarlos, o el fijar a su albedrío la posible duración del otorgamiento de la pensión, o el cobrar gastos no previstos en ninguna ley, etcétera.*⁵

Por último, del análisis que realicé en este trabajo terminal, pude constatar que los capitales constitutivos que le finca el Instituto Mexicano del Seguro Social al patrón afectado, están plagados de criterios equivocados e inconsistencias jurídicas, lo que me permite concluir que su procedencia es sumamente cuestionable.

4.6 PROPUESTAS DE SOLUCIÓN

Para el efecto de enriquecer y complementar la investigación respectiva, me permito hacer las propuestas siguientes:

I) No obstante que la Ley del Seguro Social en su artículo 5 A da una definición de algunos conceptos, es omisa al explicar lo que es el término de capital constitutivo y que utiliza con mucha frecuencia en diversos de sus artículos y reglamentos. Es conveniente efectuar una modificación a la Ley, para que nos defina qué es un CC agregando a ese numeral la fracción XVII bis, el cuál sólo debería emplearse en el seguro de riesgos de trabajo, quedando de la manera siguiente:

Capital constitutivo: La cédula de liquidación por riesgo de trabajo, es el documento que el Instituto en ejercicio de sus facultades como organismo fiscal autónomo le determina en cantidad líquida a cualquier patrón los créditos fiscales a su favor. Esta cédula podrá ser de manera digital, impresa o electrónica y procederá su emisión cuando transcurrido el término previsto por el artículo 15 fracción I de este ordenamiento, el patrón presenta de forma extemporánea el aviso de alta o reingreso de su trabajador y éste llega a sufrir un riesgo de trabajo.

⁵ No. Registro: 391,822 Jurisprudencia Materia(s): Administrativa Séptima Época Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: Apéndice de 1995 Tomo III, Parte TCC Tesis: 932 Página: 722

II) Se debe de efectuar una modificación a la LSS, para suprimir el término capital constitutivo en los artículos que así lo refieren en los seguros de enfermedades y maternidad; invalidez y vida; retiro, cesantía en edad avanzada y vejez, y guarderías y prestaciones sociales previstos en el artículo 11 de la Ley, utilizándolo únicamente en lo correspondiente al seguro de riesgos de trabajo.

III) En virtud que la Ley Federal del Trabajo no explica el concepto de incapacidad en general, sugiero la creación del artículo 477 A, el cuál nos definiría dicho término de la manera siguiente:

La incapacidad en general, es la disminución o pérdida de la aptitud que tiene cualquier individuo para el desarrollo de determinada actividad física o mental, como consecuencia de una alteración anatómica o funcional en su cuerpo.

IV) La LFT tampoco nos define la incapacidad por riesgo de trabajo, por lo que considero conveniente incorporar el artículo 477 B, el cuál lo defino de la manera siguiente:

La Incapacidad por riesgo de trabajo, es la disminución o pérdida de la aptitud para el desarrollo de sus labores que sufre cualquier trabajador, como consecuencia de un riesgo de trabajo que le genera una alteración anatómica o funcional en su cuerpo.

V) Otro concepto que es ignorado por la ley Federal Laboral es el de la muerte por riesgo de trabajo, por lo que sería oportuno agregarle el artículo 480 A, en los términos siguientes:

La muerte por riesgo de trabajo, es el suceso imprevisto y espontáneo que le ocasiona la pérdida de vida a cualquier trabajador con motivo o en desempeño de su trabajo.

CONCLUSIONES

Primera.- Se debe suprimir del artículo 15 fracción I de la Ley del Seguro Social, el plazo de cinco días que se les da a los patrones para inscribir a sus trabajadores, por lo que el numeral señalaría lo siguiente:

El patrón está obligado a inscribir a su trabajador ante el Instituto, a partir del primer día en que inicie labores, o bien, el día hábil anterior a tal suceso. En caso de que el trabajador sufra un riesgo de trabajo sin encontrarse oportunamente inscrito, el patrón tiene la obligación de restituirle a la institución por medio de la cédula de liquidación por riesgo de trabajo emitida, las prestaciones en dinero y especie otorgadas al titular del derecho o a sus beneficiarios.

Lo anterior genera entonces que ya exista una plena congruencia con lo que estipula el primer párrafo del artículo 77 de la citada Ley, no estando de acuerdo con lo demás que cita el mismo.

Segunda.- Se debe suprimir del artículo 34 fracción I de la Ley, el plazo de cinco días que se le da al patrón para presentar la modificación de salario de su trabajador, quedando de la manera siguiente:

El patrón estará obligado de presentarle al Instituto el aviso de modificación de salario de su trabajador a partir del primer día en que esto suceda, o bien, el día hábil anterior a tal hecho.

Esta circunstancia le evitará al patrón de manera definitiva, el fincamiento del llamado capital constitutivo.

Tercera.- Con lo anterior demuestro categóricamente que los artículos 15, 34 y 77 de la Ley del Seguro Social, resultan violatorios de las garantías constitucionales de legalidad y seguridad jurídica que deben de gozar aquellos patrones a los que se les finca los llamados capitales constitutivos.

Cuarta.- Por ello, conviene recordar que la garantía de legalidad es la consecuencia de que la nota jurídica es esencial a la naturaleza del Estado, de que todo lo que existe dentro de él tiene que estar ordenado por las normas jurídicas.

Esta garantía, es seguramente la más importante de las instituciones políticas jurídicas, en sentido general, protectora de los derechos de la persona humana.

La garantía establece que todo acto de los órganos del Estado debe encontrarse fundado y motivado por el Derecho en vigor, esto es, la legalidad demanda la sujeción de todos los órganos estatales al Derecho, en otros términos, todo acto o procedimiento jurídico llevado a cabo por las autoridades estatales debe tener su apoyo estricto en una norma legal, la que a su vez, debe estar conforme a las disposiciones de fondo y forma consignadas en la Constitución.

En este sentido, la garantía de legalidad constituye la primordial exigencia de todo estado de Derecho en sentido técnico-jurídico.

Quinta.- Para finalizar, en la garantía de seguridad jurídica cabe señalar que en las relaciones entre gobernantes y gobernados se suceden múltiples actos imputables a los primeros, que tienden a afectar la esfera jurídica de los segundos. Es decir, el Estado en ejercicio del poder de imperio de que es titular, desempeña éste sobre y frente a los gobernados por conducto de sus autoridades.

El Estado, al asumir su conducta autoritaria, imperativa y coercitiva afecta necesariamente la esfera o ámbito jurídico que se atribuye a cada sujeto como gobernado, bien sea en su aspecto de persona física o de entidad moral.

Dentro de un régimen jurídico, esto es, dentro de un sistema en que impere la legalidad plena, bien bajo un carácter normativo legal o bajo un aspecto consuetudinario, esa afectación de diferente índole y de múltiples y variadas consecuencias que opera en el status de cada gobernado, debe obedecer a determinados principios previos, que se traducen en una serie de requisitos, condiciones y elementos, sin cuya observancia no sería válida desde el punto de vista del Derecho.

BIBLIOGRAFÍA

- Briceño Ruiz, Alberto. *Derecho individual del Trabajo*. Harla, México, 1985.
- Buen Lozano, Néstor de. *Derecho del Trabajo*. Tomo I. 15ª Edición. Porrúa, México, 2002.
- Burgoa Orihuela, Ignacio. *Las garantías individuales*. 38ª Edición. Porrúa, México, 2005.
- Cabanellas, Guillermo. *Derecho de los Riesgos de Trabajo*. Omeba, Buenos Aires Argentina, 1968.
- Cárdenas Elizondo, Francisco. *Introducción al estudio del Derecho Fiscal*. 4ª Edición. Porrúa, México, 2004.
- Cueva, Mario de la. *El nuevo Derecho Mexicano del Trabajo*. Tomo I. 18ª Edición. Porrúa, México, 2001.
- _____. *El nuevo Derecho Mexicano del Trabajo*. Tomo II. 12ª Edición. Porrúa, México, 2002.
- Delgadillo Gutiérrez, Luis Humberto y Lucero Espinosa, Manuel. *Compendio de Derecho Administrativo*. Primer curso. Porrúa, México, 1994.
- Diccionario Anaya de la Lengua. Grupo Anaya. 2ª Reimp. Madrid, España, 1991.
- Fernández Martínez, Refugio de Jesús. *Derecho Fiscal*. Mc Graw Hill, México, 1998.
- Fraga, Gabino. *Derecho Administrativo*. 31ª Edición. Porrúa, México, 1992.
- García Máñez, Eduardo. *Introducción al estudio del Derecho*. 36ª Edición. Porrúa, México, 1984.
- Garza, Sergio Francisco de la. *Derecho Financiero Mexicano*. 19ª Edición. Porrúa, México, 2001.
- Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada y concordada*. 18ª Edición. Tomo I. Porrúa, México, 2004.
- _____. *Diccionario Jurídico Mexicano*. Porrúa, México, 2004.

Kelsen, Hans. *Teoría general del Derecho y del Estado*. 5ª Reimpresión. Textos universitarios. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1995.
Porrúa Pérez, Francisco. *Teoría del Estado*. 19ª Edición. Porrúa, México, 1984.

Rodríguez Lobato, Raúl. *Derecho Fiscal*. 3ª Edición. Harla, México, 1999.

Serra Rojas, Andrés. *Derecho Administrativo*. 15ª Edición. Tomo I. Porrúa, México, 1992.

Tena Ramírez, Felipe. *Derecho Constitucional Mexicano*. 21ª Edición. Porrúa, México, 1985.

Torres Reynaga, Luis Fernando. *La Seguridad Social. Perfiles*. Azteca, Colima, 1989.

Trueba Urbina, Alfredo. *Nuevo derecho del Trabajo*. 6ª Edición. Porrúa, México, 1981.

JURISPRUDENCIA

Poder Judicial de la Federación. Suprema Corte de Justicia de la Nación. *IUS 2005 Junio 1917 – Diciembre 2005 Jurisprudencia y Tesis Aisladas*. Discos compactos 1 a 3. México, 2005.

Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa. *A los LXV años de la Ley de Justicia Fiscal*. Tomo V. México, 2001.

Tribunal Fiscal de la Federación. *Jurisprudencia del Tribunal Fiscal de la Federación 1937-1993. Precedentes de las Salas 1988-1993*. México.

LEGISLACIÓN

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley del Seguro Social.

Ley Federal del Trabajo.

Reglamento de la Ley del Seguro Social en materia de Afiliación.