

327
rej



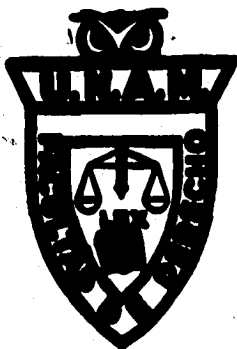
**UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTONOMA DE MEXICO**

FACULTAD DE DERECHO

**Despido y Rescisión, Elementos Integrantes
del Salario para su Indemnización**

T E S I S
Que para obtener el título de
LICENCIADO EN DERECHO
p r e s e n t a

ALBERTO DANIEL LEZAMA FLORES



México, D. F.

Abril - 1996



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



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.

ESTA TESIS FUE ELABORADA EN EL
SEMINARIO DE DERECHO DEL
TRABAJO, DE LA UNIVERSIDAD
NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
BAJO LA ASESORIA DE LA
LICENCIADA MARIA ANGELICA
SANCHEZ OLVERA.

DEDICATORIAS

A LA MEMORIA DE MI PADRE, SEÑOR MELESIO LEZAMA HERNANDEZ COMO UNA FORMA DE BRINDARLE EN DONDE QUIERA QUE SE ENCUENTRE LA ALEGRIA DE VER COSECHADA LA SEMILLA QUE SEMBRÓ EN SU HIJO MENOR, ALIMENTADA CON EL AMOR A LA LIBERTAD Y EL DESEO DE SUPERACION QUE SIEMPRE INCULCO EN MI.

A MI MADRE, SEÑORA ESPERANZA FLORES HERNANDEZ, COMO UN SENCILLO HOMENAJE, POR SU ESFUERZO REALIZADO EN POS DE LA CULMINACION DE UNA CARRERA, A PESAR DE TODOS LOS OBSTACULOS PRESENTADOS.

A MI NOVIA, MARIA TERESA BOYZO CORDOBA, COMO UNA HUMILDE FORMA DE RECONOCER TODA SU AYUDA Y EL AMOR A LA VIDA QUE EN MI SUPO ENGENDRAR, MOTOR Y FUENTE DE INSPIRACION PARA MI REALIZACION TOTAL COMO ESTUDIANTE, HOMBRE Y PROFESIONISTA, SIN LO CUAL NO HUBIERA SIDO POSIBLE LA CULMINACION DE ESTE LOGRO.

A MIS HERMANAS Y HERMANOS, COMO UN TRIBUTO A SU APOYO Y CARINO QUE SIEMPRE ME HAN BRINDADO EN LOS MOMENTOS DIFICILES, Y SIN LOS CUALES EL CAMINO HUBIERA SIDO MAS DIFICIL Y QUIZAS IMPOSIBLE DE RECORRER.

INTRODUCCION

La integración del salario es una institución jurídica, muy poco estudiada y no se le ha dado la importancia que debería revestir. En el presente trabajo nos referimos a la integración del salario para el pago de la indemnización correspondiente a un trabajador el cual ha sido despedido por su patrón sin causa legal, o que se ha visto en la necesidad de rescindir la relación laboral habida con este, en virtud de una conducta deshonesta a través de la cual se lesionó su dignidad u honor.

Así pues, si no se hace una correcta integración de los elementos que deben conformar el salario base, para los fines señalados, carece o se le estaría restando importancia a la indemnización inclusive, pues la cuantía de esta, resulta significativamente mayor si se integra el salario, que si se utiliza el salario ordinario. Lo anterior resulta muy trascendente, si tomamos en cuenta lo siguiente: El pago de la citada indemnización, es precisamente el último a percibir por el trabajador, pues ya no laborará más para su patrón, y consecuentemente esa cantidad va a significar el sustento de él y su familia, por todo el tiempo que se encuentre sin empleo, lo cual en virtud de la conocida escasez de empleos y la alta tasa de desempleados, podría durar meses y quizás años; de ahí la importancia de tutelar la conformación del salario.

Una injusticia para los trabajadores, significa el hecho de que la ley o la jurisprudencia hacen exclusión de elementos para integrar el salario, fundándose para ello, en argumentos carentes de toda razón, tanto lógica como jurídica y que inclusive son motivos que actualmente resultan anacrónicos e inaplicables a la práctica laboral, y a las exigencias del derecho del trabajo moderno. En tal sentido, estudiamos en este tema las características de los elementos, que aunque son excluidos expresamente; en estricto sentido legal, deberían ser tomados en cuenta para conformar el salario base, así mismo proponemos la inclusión de algunos de estos, los cuales, cabe señalar que ya son considerados para tales efectos en otras legislaciones, algunas de las cuales con menor potencial jurídico que el nuestro, y que sin embargo, por la importancia que le han puesto a la institución, la han actualizado mayormente.

Así, con este trabajo esperamos despertar el interés de los juristas sobre el particular, y con ello se avoquen más a su estudio, para poder lograr una correcta aplicación y actualización de esta institución, que penosamente surge de una conducta abusiva por la parte patronal, sobre quien su único patrimonio que tiene, es su fuerza de trabajo.

DESPIDO Y RESCISION, ELEMENTOS INTEGRANTES DEL SALARIO PARA SU INDEMNIZACION

INDICE

CAPITULO 1

EL SALARIO

	PAG.
1.1 SALARIO _____	1
1.1.1 ACEPTION, ETIMOLOGIA Y CONCEPTO _____	2
1.2 ANTECEDENTES HISTORICOS _____	9
1.3 NATURALEZA JURIDICA _____	14
1.4 FORMAS DE SALARIO _____	18
1.5 PRINCIPIO DE IGUALDAD _____	21
1.6 LA PROTECCION AL SALARIO _____	25

CAPITULO 2

DESPIDO, RESCISION, RETIRO Y ABANDONO

2.1 GENERALIDADES _____	33
2.2. DESPIDO LABORAL _____	45
2.2.1 FORMAS DE DESPIDO _____	49
2.3 ACCIONES Y DERECHOS DEL TRABAJADOR DESPEDIDO _____	53
2.4 ASPECTOS GENERALES DE LA RESCISION DE LA RELACION LABORAL _____	58
2.4.1 TIPOS DE RESCISION _____	62
2.5 LA RESCISION DE LA RELACION LABORAL SIN RESPONSABILIDAD PARA EL TRABAJADOR Y SUS CAUSALES _____	63
2.6 DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES EN LOS DISTINTOS CASOS DE RESCISION _____	69

CAPITULO 3

SALARIOS VENCIDOS E INDEMNIZACION CONSTITUCIONAL

3.1	LOS SALARIOS VENCIDOS Y SU DEFINICION.....	76
3.2	NATURALEZA JURIDICA.....	78
3.3	FUNDAMENTO LEGAL DE LOS SALARIOS VENCIDOS Y SUS CASOS DE PROCEDENCIA.....	84
3.4	EL MONTO DE LOS SALARIOS VENCIDOS.....	88
3.5	LA INDEMNIZACION CONSTITUCIONAL Y LA RESPONSABILIDAD EN EL DERECHO DEL TRABAJO.....	90
3.6	LOS DISTINTOS REGIMENES INDEMNIZATORIOS Y EL CASO DE MEXICO.....	93
3.7	FUNDAMENTO JURIDICO Y PROCEDENCIA DE LA INDEMNIZACION CONSTITUCIONAL.....	95

CAPITULO 4

EL SALARIO INTEGRADO Y SUS ELEMENTOS

4.1	ASPECTOS GENERALES.....	100
4.2	CLASIFICACION DE LOS ELEMENTOS INTEGRANTES DEL SALARIO.....	102
4.3	ELEMENTOS CONTEMPLADOS POR LA LEY O LA JURISPRUDENCIA COMO INTEGRANTES DE SALARIO.....	105
4.3.1	CARACTERISTICAS DE LOS ELEMENTOS INTEGRATIVOS DE SALARIO.....	113
4.4	ELEMENTOS QUE DEBIDA E INDEBIDAMENTE SON EXCLUIDOS O NO CONTEMPLADOS POR LA LEY O LA JURISPRUDENCIA COMO INTEGRATIVOS DE SALARIO.....	115
4.5	ELEMENTOS CONSIDERADOS SUI GENERIS.....	123
	CONCLUSIONES.....	137
	BIBLIOGRAFIA.....	144

CAPITULO 1

EL SALARIO

1.1 SALARIO. El salario es el elemento material, que tiene una función social y debe ser pagado al trabajador como forma de remuneración por sus servicios prestados a un patrón, y con el cual el asalariado cubre sus necesidades más indispensables, de distinta índole, siendo en casi todos los casos su única fuente de ingresos.

El salario es una condición de la relación de trabajo o en su caso del contrato del trabajo, y no de la prestación del servicio, toda vez que hay ocasiones en que no existe tal prestación de servicios y sin embargo queda subsistente la obligación del patrón de pagar el salario al trabajador, como en el caso de las vacaciones, o como en el caso de los periodos pre y post-natales en la mujer trabajadora que da a luz, o simplemente cuando el trabajador estando a disposición de su patrón éste no utiliza sus servicios. No obstante debemos reconocer que la determinación del salario no es un elemento sine qua non para originarse dicha relación o contrato, puesto que éstos surgen únicamente al generarse los elementos patrón, trabajador y prestación subordinada de servicios, resultando en el caso de no determinarse el salario, se deberá estar a los mínimos vigentes correspondientes para la zona o para la labor desempeñada.

El problema del salario es muy importante y trascendental en los tiempos actuales, ya que los asalariados son la gran base de la sociedad y de la humanidad, son muy pocos los que tienen un trabajo independiente, sin estar sometidos a este régimen universal del asalariado, a este respecto Mirabeau decía que "todos los hombres, excepto los ladrones y los mendigos son asalariados". (1) Este problema puede ser abordado desde tres puntos de vista generales, el primero es el del economista, que lo ve por el lado de los valores materiales de la producción, el segundo es el del jurista, que lo analiza como una de las obligaciones surgidas como consecuencia de la relación o del contrato de trabajo, y el tercero es el punto de vista del sociólogo, en virtud de asegurar a todo trabajador una retribución suficiente, siendo este un elemento esencial para la paz social. Para nosotros el de más interés, y mismo que abordaremos en el presente trabajo, es por supuesto el análisis desde el punto de vista jurídico.

1.1.1 ACEPTACIONES, ETIMOLOGIA Y CONCEPTO. La batalla por el concepto de salario ha sido larga, y como lo afirma el maestro Mario de la Cueva, fue una de las que dejaron más honda huella en la conciencia de quienes participaron en

1. CABANELLAS, Guillermo, Tratado de derecho laboral, "Derecho individual del trabajo, contrato de trabajo", T.II, tercera edición. Heliasta, Buenos Aires Argentina 1988. Pág 139.

ella, (2) esto resulta cierto, pues sin un ingreso justo y remunerador suficiente para cubrir por lo menos las necesidades más indispensables del trabajador y su familia, los demás elementos formativos de las condiciones de trabajo carecerían o tendrían muy poca relevancia social y jurídica.

Generalmente la palabra salario la utilizamos para designar el pago que el trabajador percibe por su trabajo. Han existido a lo largo de la historia muchos vocablos pretendidos sinónimos de salario, por ejemplo: Haber, dietas, sobresueldos, sobrepagos, semana, quincena, mensualidad, mesada, anata, acostamiento, comisión, situado, situación, anata, quitación, sabido, alafa, vendaje, hechuras, regalías, travesía, obvención, subvención, viático, ayuda de costa, asesoría, correteje, gajes, percance, provecho, merced, mayoralía y más, existen otras tantas que son más aproximadas al sinónimo de salario como las siguientes: Sueldo, soldada, suelmentos, estipendio, derechos, honorarios, jornal, remuneración, paga, haberes y gratificaciones.

Es interesante la distinción que hace Barcia, en la obra denominada Diccionario Etimológico diciendo que sueldo es la cantidad que paga el Estado a sus empleados, y viene del antiguo frances "soule", hoy "sou", de donde se

2. DE LA CUEVA, Mario, El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo, "historia, principios fundamentales, derecho individual y trabajos especiales", T.I, octava edición, Porrúa, México 1982, pag. 125.

derivan las palabras soldado y soldada. Estipendio es la cantidad estipulada de antemano por un trabajador cualquiera. Emolumento, es lo que aumenta nuestro haber y hace crecer nuestros bienes, y expresa la idea de sobresueldo o gaje, como término opuesto a menoscabo o detrimento. Derechos, son pagas especiales determinadas por arancel, o sea por disposiciones legales en vigencia. Honorarios, es como el salario distinguido, honroso que se da a los profesionales académicos por sus trabajos particulares (3), en resumen este autor deduce que el salario es casero, el sueldo público, la soldada rústica, el emolumento voluntario, el estipendio convenido, los derechos forenses y el honorario liberal.

La voz salario viene de la latina "salarium" y esta a su vez de "sal", por que fue costumbre dar, antiguamente en pago una cantidad fija de sal a los sirvientes domésticos. La palabra "soldada", parece tener su origen en "sueldo", moneda antigua generalmente igual a la vigésima parte de la libra, y quizá por esto se llamó soldada al sueldo.

Se ha intentado distinguir entre las voces remuneración y salario, por el primero se designa todo cuanto el empleado percibe por el ejercicio de su trabajo, provenza de su patrón o de cualquier otra persona, el

3. CABANELLAS, Guillermo, Tratado de derecho laboral, op. cit. pag. 142.

término salario se reserva dentro de tal criterio para la retribución que abona directamente el patrón.

Para Mithoff, salario "es la retribución que la persona obtiene en justa correspondencia, del uso cedido por ella de la fuerza propia de trabajo a otra". (4)

Respecto de esta definición, nosotros en particular consideramos, no puede ser apegada a la realidad, en virtud de no existir, salvo algunos casos de excepción, proporcionalidad alguna entre los servicios prestados y el monto del pago de estos.

Para Forn, salario "es toda remuneración de un trabajo efectuado o de un servicio prestado por un trabajador, ya sea calculado por tiempo, por unidad de producción o de otro modo" (5).

Esta definición, no contiene muchos elementos por los cuales puede ser estudiada, más bien creemos que este autor no quiso escaudriñar más a fondo este término y se refiere a él, de manera muy genérica.

El licenciado Ramírez Fonseca también nos aporta su definición particular de salario, diciendo que es "la retribución convenida que debe pagar el patrón al trabajador

4. Ibidem, pág. 145.

5. Idea.

por el servicio prestado o como consecuencia del servicio prestado". (6)

Esta definición, es en nuestra opinión una de las pocas que contempla al salario, no solo como un obligación directa, surgida por los servicios prestados sino también como una consecuencia de los mismos.

El profesor Mario de la Cueva, después de un análisis pormenorizado nos aporta esta definición "salario es la retribución que debe percibir el trabajador por su trabajo, a fin de que pueda conducir una vida que corresponda a la dignidad de la persona humana, o bien una retribución que asegure al trabajador y su familia una existencia decorosa". (7)

Nosotros consideramos, una vez analizadas las diferentes definiciones aportadas por los autores, todas y cada una de ellas tienen, tanto elementos que nos ayudan a precisar en parte la definición de salario, como elementos muy alejados de ese objetivo; por ejemplo el Licenciado Raúl Fonseca nos aporta un acierto, al señalar, lo siguiente, el salario se deriva directamente del servicio prestado, o como consecuencia de éste, lo cual es bien cierto, pues si

6. RAMIREZ FONSECA, Francisco, Condiciones de Trabajo, "Comentarios y Jurisprudencia", segunda edición, Pac, México 1985, pág. 78.

7. DE LA CUEVA, Mario, el nuevo derecho mexicano del trabajo, op. cit. pag. 297.

por el servicio prestado o como consecuencia del servicio prestado". (6)

Esta definición, es en nuestra opinión una de las pocas que contempla al salario, no solo como un obligación directa, surgida por los servicios prestados sino también como una consecuencia de los mismos.

El profesor Mario de la Cueva, después de un análisis pormenorizado nos aporta esta definición "salario es la retribución que debe percibir el trabajador por su trabajo, a fin de que pueda conducir una vida que corresponda a la dignidad de la persona humana, o bien una retribución que asegure al trabajador y su familia una existencia decorosa". (7)

Nosotros consideramos, una vez analizadas las diferentes definiciones aportadas por los autores, todas y cada una de ellas tienen, tanto elementos que nos ayudan a precisar en parte la definición de salario, como elementos muy alejados de ese objetivo; por ejemplo el Licenciado Raúl Fonseca nos aporta un acierto, al señalar, lo siguiente, el salario se deriva directamente del servicio prestado, o como consecuencia de éste, lo cual es bien cierto, pues si

6. RAMIREZ FONSECA, Francisco, Condiciones de Trabajo, "Comentarios y Jurisprudencia", segunda edición. Pac, México 1985, pág. 78.

7. DE LA CUEVA, Mario, el nuevo derecho mexicano del trabajo, op. cit. pag. 297.

consideraríamos al salario únicamente derivado en forma directa de la prestación del servicio, estaríamos excluyendo todas las prestaciones originadas ya no directamente sino como consecuencia de ese servicio, como pueden ser los vales ya sean de comida, de gasolina, de despensa y demás, así como las gratificaciones y otras, y no las estaríamos considerando como salario, contraviniendo así lo señalado por el artículo 84 de la Ley Laboral, el cual señala que el salario se integra con los pagos hechos en efectivo por cuota diaria, gratificaciones, percepciones, habitación, primas, comisiones, prestaciones en especie y cualquier otra cantidad o prestación que se entregue al trabajador por su trabajo.

Así también en ésta misma definición del autor Ramirez Fonseca encontramos una equivocación, al señalar que el salario es la retribución convenida que debe pagar el patrón al trabajador..., como ya lo señalamos con anterioridad, aunque no exista convenio respecto al salario, para el mundo jurídico existe plenamente y con todos sus efectos la relación de trabajo o en su caso el contrato, siendo que en estos casos, cuando la retribución no se conviene se estará, por lo menos a los mínimos vigentes para la zona o para la labor desempeñada.

Así pues, como este autor, los demás también aportan aciertos y errores en sus definiciones. nosotros particularmente, tratando de asumir todo lo que pudiera

sernos de provecho para el fin de definir lo más atinadamente posible el término salario, aportamos nuestra propia definición, considerando al salario como todo beneficio ya sea en efectivo o en especie percibidos por el trabajador, del patrón, con motivo o como consecuencia de la relación o contrato de trabajo que los une".

Existen algunos autores, como el maestro Trueba Urbina, que no definen personalmente al salario, prefiriendo utilizar la definición legal contenida en el artículo 82 de la Ley Federal del Trabajo. El concepto actual que contempla dicho precepto, ha sido el producto de una serie de controversias y objeciones de la parte patronal, básicamente a través de la Confederación de Cámaras Industriales, con la comisión redactora de la nueva Ley, la cual terminó con la redacción actualmente contemplada, apuntando que " El salario es la retribución que debe pagar el patrón al trabajador por su trabajo".

En derecho comparado, en la Ley argentina de contrato de trabajo, en su artículo 103, define a la remuneración, como la contraprestación que debe percibir el trabajador como consecuencia del contrato de trabajo. Como podemos ver aquí, los legisladores argentinos hablan de remuneración como sinónimo de salario. Por su parte el artículo 457 de las leyes de trabajo de Brasil indica que el salario es la contraprestación del trabajo debida y pagada directamente por el empresario. Cabe mencionar que la gran

mayoría de la legislación positiva Iberoamericana, está influenciada por el concepto de salario que indica la ley laboral mexicana.

1.2 ANTECEDENTES HISTÓRICOS. Podemos iniciar este tema afirmando que el trabajo, a través de la historia siempre ha sido remunerado, salvo cuando se trata de servicios prestados de buena voluntad, o como forma de imposición obligatoria, o como contribución, pero el auténtico trabajo siempre ha sido remunerado.

El Código de Hammurabi, cuya existencia data de más de mil años anteriores a nuestra era, ya contenía una normatividad sobre el salario mínimo para Jornaleros, Artesanos, Tejedores, Albañiles, Carpinteros y Cortadores. También en las antigüedades de Grecia y Roma, ya existía un sistema de salario, e inclusive se podría hablar de un sistema de trabajo colectivo en épocas primitivas en las que aún la propiedad privada no se conocía.

Por otro lado, en España a finales del siglo XV, durante el reinado de Isabel la Católica, se dictó un documento que fue la Ley Orgánica del Trabajo para los Españoles durante los siglos XVII y XVIII, el cual se llamó el estatuto del Artífice; dicho estatuto, establecía tres puntos: El primero, sin importancia para nuestra materia establecía que los más necesitados de cada localidad serían mantenidos por una contribución especial que pagarían los

más ricos; el segundo punto determinaba que los salarios corrientes serían establecidos por los jueces de paz, anualmente y con audiencia previa de los interesados, tomando en cuenta para ello la necesidad de los trabajadores de la Industria; y el último punto, son una serie de disposiciones, esencialmente para proteger el salario, como por ejemplo el aseguramiento de la inembargabilidad de los salarios, se evitó la prisión por deudas, y se llegó a establecer intereses moratorios para el caso de demora en el pago de la retribución. En relación al tema, en la Novísima Recopilación de las Leyes de España de 1805, se estableció el pronto pago al obrero en la noche de cada día trabajado.

Al hablar brevemente de los antecedentes históricos más importantes en México, consideramos prudente referirnos también a los salarios mínimos, toda vez que éstos vienen a ser la base de cualquier otro tipo de salario. No se sabe con acierto quien fue el primero que introdujo la idea de salario mínimo, se dice que Australia y Nueva Zelanda presuntamente fueron los primeros pueblos en legislar en la edad contemporánea, en materia de salarios mínimos y se cree que ahí, fue de donde se inspiró el General Salvador Alvarado, para su intento de creación de un orden social para el Estado de Yucatán. En México uno de los documentos más importantes es la Constitución de 1857, la cual en la declaración de los derechos del hombre contemplaba lo siguiente " Nadie puede ser obligado a prestar trabajos sin

la justa retribución y sin su pleno consentimiento ", (8) este mismo principio quedó plasmado en la Constitución de 1917, pero además se contempló ya el elemento "remunerador".

En la declaración de los derechos sociales de 1917, se creó una idea que quedó acuñada en la fracción VI del artículo 123, la cual establecía " que el salario mínimo que deberá disfrutar el trabajador será el que se considere suficiente para satisfacer las necesidades normales de la vida del obrero, su educación y sus placeres honestos, considerándolo como jefe de familia...". Nosotros creemos que la idea original era buena y era el ejemplo vivo del espíritu de la declaración de derechos, pero estaba basada en cuestiones subjetivas, y lógicamente no iba a cumplir con el objetivo para el que fue creado, pues resultaría letra muerta, en virtud de lo siguiente; ¿ quien establecería los parámetros para considerar que un salario era suficiente para cubrir todas esas necesidades ?, es de considerarse que sólo los trabajadores siendo honestos podrían determinar lo suficiente o insuficiente de un salario para cubrir sus necesidades; asimismo qué placeres se considerarían honestos y cuáles deshonestos. En 1961 el Presidente López Mateos creó una iniciativa de reforma a las fracciones de la declaración de derechos sociales, la cual una vez aprobada en 1962 dio como resultado la nueva redacción de la fracción VI del artículo 123, quedando en

8. Ibidem, pag 293.

estos términos," los salarios mínimos que deberán disfrutar los trabajadores serán generales o profesionales, los primeros requirán en una o en varias zonas económicas, los segundos se aplicarán en ramas determinadas de la industria o del comercio o en profesiones oficios o trabajos especiales.

Los salarios mínimos generales deberán ser suficientes para satisfacer las necesidades normales de un jefe de familia en el orden material, social y cultural y para proveer a la educación obligatoria de los hijos. Los salarios mínimos profesionales se fijarán considerando además las condiciones de las distintas actividades industriales y comerciales.

Los trabajadores del campo disfrutaran de un salario mínimo adecuado a sus necesidades.

Por su parte los conceptos de salario y salario mínimo que contiene la Ley Federal del Trabajo también han sufrido modificaciones a lo largo del tiempo tratando de adecuarse más a la realidad; al respecto la ley anterior del trabajo entendía por salario " la retribución que debe pagar el patrón al trabajador por virtud del contrato de trabajo, y por salario mínimo, aquel que atendidas las condiciones de cada región sea suficiente para satisfacer las necesidades normales de la vida del trabajador, su educación y sus placeres honestos, considerándolo como jefe de familia, y

teniendo en cuenta que debe disponer de los recursos necesarios para su subsistencia durante los días de descanso semanal en los que no percibe salario".

Como estas definiciones se volvieron obsoletas por las razones que en otro apartado (concepto) ya estudiamos, el legislador se vio en la necesidad de crear nuevas definiciones, quedando como lo contempla la ley actual en sus artículos 82 y 90 que indican que "salario es la retribución que debe pagar el Patrón al Trabajador por su trabajo", y que "salario mínimo es la cantidad menor que debe recibir en efectivo el trabajador por los servicios prestados en una jornada de trabajo", (9) cabe anotar que estas definiciones aún son susceptibles de muchas críticas por parte de los estudiosos del derecho; la crítica personal al artículo 82, es en el sentido de que la definición al señalar "...por su trabajo", se está refiriendo a la actividad física o intelectual que desarrolla el trabajador, y el salario no sólo es el producto de esa actividad, por que, como ya lo anotamos con anterioridad, en algunas ocasiones el trabajo material o intelectual no se está desarrollando, como es el caso de los séptimos días, o de las vacaciones y sin embargo el salario de esos días legalmente deberá ser pagado.

9 Ley Federal del Trabajo, con Comentarios, Jurisprudencia y Bibliografía, Alberto Trumba Urbina y Jorge Trumba Barrera, sexagésima cuarta edición, Porrúa, México. 1990, Pág. 62.

1.3 NATURALEZA JURIDICA. Respecto a la naturaleza jurídica del salario, los doctrinarios han sostenido diversas posturas, para algunos el salario es la contrapartida del servicio prestado, para otros es una de las obligaciones que el contrato de trabajo imputa al Patrón, e inclusive para un extenso grupo de estudiosos es un crédito alimenticio.

En cuanto a la primera posición, podemos apuntar que ya ha sido muy estudiada, y se llega a la conclusión de que ésta no puede ser su naturaleza jurídica, toda vez que si el salario fuera la contrapartida pagada exclusivamente por el servicio prestado, estaríamos dejando fuera todas aquellas prestaciones que se pagan al trabajador cuando éste físicamente no está prestando el servicio, como es el caso de los séptimos días, de las vacaciones y demás, sería tanto como afirmar que esas retribuciones no forman parte del salario o su naturaleza jurídica sería distinta.

La segunda postura es más bien una variante de la primera, siendo que tampoco puede ser ésta su naturaleza, percibimos a esta teoría basada en la definición de salario contemplada en la Ley Federal del Trabajo de 1931, la cual señalaba en su artículo 84, "salario es la retribución que debe pagar el Patrón al Trabajador, por virtud del contrato de trabajo", queda clara la inadecuación de ésta postura a la realidad, en virtud de constriñir la percepción del salario al contrato de trabajo, dejando

fuera los casos en que no exista tal contrato, pues la relación de trabajo se daría, al existir la prestación subordinada de un servicio y el pago de un salario lo cual no implica la existencia de un contrato de trabajo, y más aún, puede existir el contrato y no determinar siquiera el monto del salario, y el contrato es válido, caso en el cual, como ya se señaló se tendrá que pagar al trabajador por lo menos el salario mínimo vigente para la época y actividad a que se refiera; al respecto el Maestro Mario de la Cueva apunta "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 cual 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. (10) En resumen para nosotros el salario no es necesariamente una consecuencia exclusiva del contrato de trabajo sino que puede serlo también de la relación laboral.

La tercera teoría es predicada por autores como Couture, Planiol, Ripert, De Ferrari y demás; básicamente sostienen que el salario debe entenderse como una obligación alimenticia, por el destino de éste y por el régimen

10. DE LA CUEVA, Mario, El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo, tomo I, op. cit. pag. 204.

jurídico al cual está sometido, siendo panorámicamente semejante al de los alimentos, por ejemplo el salario y las percepciones por conceptos de alimentos son en general inembargables, ambos están sujetos a un régimen de protección severos, (ii) agregan además que el salario le es indispensable al trabajador para hacer frente a los gastos correspondientes de la subsistencia.

Nosotros consideramos también a esta postura criticable, pues el motivo que obliga a un trabajador a prestar sus servicios, y el destino dado a su salario, no deben determinar, por no ser suficientes para ello, la naturaleza jurídica de dicha retribución.

Además de esta postura, existen autores que sostienen su particular punto de vista respecto de la naturaleza jurídica del salario, por ejemplo el Doctor José Dávalos no es muy explícito al respecto y sostiene que el salario es un elemento esencial de la relación de trabajo, y no es una contraprestación sino un instrumento de justicia social, pudiendo entenderse como una "prestación económica" (12).

Particularmente consideramos la postura del Doctor Dávalos un tanto idealista, porque si bien es cierto, el

11. DE FERRARI, Francisco, Derecho del Trabajo, volumen II, segunda edición, De Palma, Buenos Aires 1977, pág. 232.

12. DÁVALOS, José, Derecho del Trabajo, tomo I, tercera edición, Porrúa, México 1990, pag. 202.

salario podría entenderse por algunas personas como una prestación económica, también es cierto que si se pretende ver como un instrumento de justicia social nada tiene de eso, pues en la realidad ha mantenido a la mayor parte de la sociedad trabajadora en una injusta pobreza, lo cual puede verse a todas luces con solo voltear la vista al monto en que son fijados los salarios mínimos, llámense del campo, profesionales o por áreas.

El Doctor Néstor de Buen, al igual que el Doctor Dévalos dice que "atendiendo a su significado intrínseco, el salario podría ser calificado como una prestación económica, esto es, de carácter patrimonial, cuya cuantía mínima debe cubrirse en efectivo. (13)

Para determinar la naturaleza jurídica consideramos que deben ser tomados en cuenta los tres siguientes aspectos; primero, hay casos en los que física y materialmente no se está dando la prestación del servicio y sin embargo existe la obligación patronal de pagar los salarios; segundo, hay otros casos en los que la relación o el contrato de trabajo se encuentran subsistentes, pero no la obligación de pagar los salarios, verbigracia cuando el trabajador falta a laborar sin permiso del patrón y sin justificación, o el caso del trabajador que es suspendido

13 DE BUEN L. Néstor, Derecho del Trabajo, "Derecho Individual, Derecho Colectivo", tomo II, octava edición, Porrúa, México 1990, pag. 204.

por algún o algunos días; y tercero, siempre que exista una prestación efectiva de servicios, habrá la obligación de pagar los salarios. Por lo anterior, afirmamos que la naturaleza jurídica del salario es la de una obligación nacida de la relación de trabajo, que en determinadas hipótesis legales puede suspenderse y seguir existiendo la relación, y en otras queda subsistente, aún sin la existencia de una prestación material del servicio, condicionadas ambas hipótesis a la existencia de la relación laboral.

1.4 FORMAS DE SALARIO. Las formas de salario, mejor conocidas como formas de pago, son las distintas maneras de ser de la retribución que ha de pagarse al trabajador por sus servicios y en atención a la relación de trabajo sostenida entre este y su patrón.

En la antigua ley de 1931, en su artículo 24, se apuntaba lo siguiente; "el contrato de trabajo escrito contendrá... Fracción V. El sueldo, salario, jornal o participación que habrá de recibir el trabajador, si aquellos se deben calcular por unidad de tiempo, por unidad de obra o de alguna otra manera". Lo que más caracteriza a este precepto es que de ninguna manera hace una enumeración limitativa, sino enunciativa meramente, dejando abiertas las puertas a la introducción de cualquier otra forma de salario, como lo sería posteriormente la Comisión, la cual fue introducida hasta la ley de 1970, en la que se hizo

necesaria su contemplación a causa del auge de los Agentes de Comercio, a quienes por la naturaleza de sus actividades laborales la forma más idónea para pagar sus servicios era a través de la comisión, lo cual trajo como consecuencia la inclusión de esta categoría Agentes de Comercio, en la ley laboral actual, quedando regulado el particular en sus artículos 25 fracción VI y 83, en los siguientes términos: artículo 25 " el escrito en que consten las condiciones de trabajo deberá contener: "fracción VI, la forma y el monto del salario". El artículo 83 por su parte señala que el salario puede fijarse por unidad de tiempo, por unidad de obra, por comisión, a precio alzado o de cualquier otra manera. (14) Del texto de este artículo se desprende que la enumeración de las formas de salario que hace también siguió al igual que la enumeración de la ley anterior, un sentido enunciativo y no limitativo, toda vez que al señalar " de cualquier otra manera ", está contemplando la introducción de nuevas formas de salario en caso de que la realidad práctica así lo requiera.

Existen cuatro formas de salario reguladas por la ley, a saber: Por unidad de tiempo, por unidad de obra, por comisión y a precio alzado.

Por unidad de tiempo, es una de las formas de salario más utilizadas en la actualidad y mayormente en el

14. Véase artículos 25 y 83 de la Ley Federal del Trabajo vigente.

bloque del capitalismo, siendo el salario por unidad de tiempo aquel en el que la cantidad a pagar por el patron se medirá en relación al tiempo en que el trabajador se encuentra a disposición del Patrón, de acuerdo con el artículo 98 de la ley, que afirma que jornada de trabajo "es el tiempo durante el cual el trabajador está a disposición del patrón para prestar su trabajo".

Salario por unidad de obra, esta forma de salario se conoce también como destajo siguiendo este orden de ideas, para nosotros el salario por unidad de obra es aquel en el que la cantidad a pagar por el Patrón a su trabajador es fijada en relación a la cantidad y calidad de trabajo desarrollado por el obrero. Resulta oportuno señalar que aunque el tipo de salario está fijado como se mencionó, esto no es óbice para no ser tutelado por las disposiciones protectoras del salario, por ello su monto debe ser por lo menos una cantidad equivalente al salario mínimo, debiendo revestir la característica de remunerador.

Salario a comisión, en este tipo de salario su monto se fija en relación con la cantidad de productos o servicios vendidos o colocados por el trabajador, así lo contempla el artículo 286 de la Ley Federal del Trabajo vigente.

La palabra colocar, en dicho artículo fue resultado del razonamiento de los miembros de la comisión redactora ya

que los agentes de ventas, a quienes por lo general se les aplica este tipo de salario, no sólo se dedican a la venta de mercancías, sino también a la celebración de distintos tipos de contratos, por lo cual se hizo necesario introducir este elemento que la disposición anterior no contenía.

Salario a precio alzado, éste es el último tipo de salario enumerado por el artículo 83 de la ley laboral, en el, la cuantía de la retribución a pagar, se calcula en relación a la obra que pretende realizar el Patrón. Es interesante la forma en que se protege este tipo de salario, ya que al concluir la obra, el salario deberá ser equivalente a una determinada cantidad de jornadas, y a su vez cada una de ellas debe haber sido remunerada con una cantidad equivalente al salario mínimo por lo menos.

1.5 PRINCIPIO DE IGUALDAD. En esencia, el principio de igualdad del salario atiende a la idea de que los beneficios que se concedan a un trabajador sea cual fuere la índole o naturaleza de tales beneficios, deben ser extensivos a los demás trabajadores que desarrollen un trabajo, en igualdad de condiciones, calidad, cantidad y jornada, para evitar la inoperencia de este principio laboral, y a su vez terminar con el practica patronal de darle una denominación diferente al puesto remunerado con mayores beneficios, y así pasaban por alto el principio en estudio, la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció principio firme en el

sentido de que las normas, llámense constitucionales o legales no pueden hacer referencia únicamente al nombre o denominación asignado al puesto, sino que deben atender, y corresponde más directamente y sobre cualquier otro elemento a la cantidad de trabajo desempeñado, así mismo este concepto también fue precisado por el máximo Tribunal de la Nación, puntualizando que a trabajo desempeñado en igualdad de condiciones, de cantidad, de calidad y de jornada, debe corresponder un salario igual.

El fundamento jurídico de este principio se encuentra contenido en los artículos 123 apartado A fracción VII de la Constitución Política Mexicana, el cual señala que para trabajo igual debe corresponder salario igual sin tener en cuenta sexo ni nacionalidad, así también en el numeral 86 de la Ley Federal del Trabajo de 1931, que también consignaba este principio el cual recogió el mismo artículo de la Ley Laboral vigente, y que puntualiza que a trabajo igual, desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficacia también iguales debe corresponder salario igual.

La protección que brinda éste principio va más allá de la que pudiera atribuírsele por la simple interpretación literal de los preceptos que lo contienen, así pues no sólo se debe pagar un mismo salario a los trabajadores que presten sus servicios en igualdad de condiciones y desde luego en la misma época, sino que, inclusive no importa el hecho de estar ocupando el puesto de un empleado, el cual

va no labora más para la empresa de referencia y cuyo puesto esta ahora siendo ocupado por un nuevo trabajador, el cual deberá percibir por lo menos un salario igual o mayor al del trabajador remplazando.

Processalmente hablando, la ley concede una acción al trabajador, de igualdad de salario por trabajo igual, la cual tiene como finalidad última que se pague a un trabajador, el cual presta sus servicios en igualdad de condiciones a otro, un salario también igual, asimismo no importa el hecho de que el empleo sea provicional o transitorio, sique estando vigente la obligación de la igualdad de salarios e inclusive en caso contrario puede pedirse el pago de las diferencias de salario; al respecto el Doctor Miquel Borrel Navarro apunta " si un trabajador demuestra que durante un periodo ejecuta labores relativas a un determinado puesto, mejor retribuido que las referentes a su nombramiento la empresa debe pagarle las diferencias de salario resultantes". (15)

En cuanto a las condiciones de igualdad de jornada, cantidad, calidad y eficacia, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que corresponde al trabajador la carga de la prueba, es decir, el empleado deberá probar ante el juzgador de que se trate, que desarrolla su trabajo en igualdad de condiciones, al trabajador con cuyo salario pretende la nivelación, interpretación ésta que resulta desfavorable para la clase trabajadora, y viene a

ensobrecer de alguna manera la finalidad social del derecho laboral. espero el artículo 784 de la nueva ley corrija de algún modo ésta interpretación que hace nuestro Máximo Tribunal, al establecer un nuevo principio que ordena existir de dicha carga de la prueba al trabajador, cuando exista una posibilidad de que por otros medios se pueda llegar al conocimiento verdadero de los hechos, imputando al patrón la obligación de exhibir los documentos que de acuerdo con la ley está obligado a conservar e inclusive, dicho numeral señala el apercibimiento de que en caso de no exhibirlos, se le tendrán por ciertos los hechos manifestados por el trabajador:

La protección brindada por esta disposición al trabajador, inclusive va más allá, al puntualizar que en todo caso el patrón tendrá la carga de la prueba cuando exista controversia sobre las catorce hipótesis señaladas en él, entre las cuales se encuentra la de duración de la jornada de trabajo en su fracción VIII, y la de monto y pago del salario en la fracción XII; al respecto el Maestro Russoano opina " el principio fundamental en la legislación y en la doctrina... es la absoluta igualdad en el trato a todos los trabajadores, sin ninguna distinción resultante de la naturaleza del trabajo... esa medida corresponde, en nuestra opinión, a la piedra angular de lo que se puede

15. BORREL NAVARRO, Miguel, Análisis Práctico y Jurisprudencial del Derecho Mexicano del Trabajo, tercera edición, Sista, México 1992, pag. 119.

considerar una democracia del trabajo". (16)

Respecto del particular nosotros estamos completamente de acuerdo con el legislador y consideramos que es un logro muy importante para la clase más desposeída, en virtud de que esta acción a favor del trabajador evitará de alguna manera los favoritismos que en los centros de trabajo se presentan, por parte de el patrón hacia determinado o determinados trabajadores.

1.6 LA PROTECCION AL SALARIO. La protección al salario se encuentra enmarcada por un conjunto de normas, principios e instituciones, que tienen por finalidad garantizar al trabajador la percepción real de su salario y la libre disposición del mismo, esto resulta trascendente en la realidad práctica, toda vez que en un gran número de los casos, el único patrimonio del empleado es su fuerza de trabajo, la cual entrega a cambio de un salario, el cual le permite obtener el sustento necesario para él y su familia, es decir, y como lo afirma el Licenciado Armando Gómez Montero, (17) el trabajador recibe un patrimonio material en este caso el salario, a cambio de la entrega diaria de una parte de su patrimonio humano, es decir su fuerza de trabajo.

16. RUSSOMANO MOZART, Victor, La Estabilidad del Trabajador en la Empresa, segunda edición, U.N.A.M., México, 1981, pag. 9.

17. GÓMEZ MONTERO, Armando, Proyecto de Libro de Derecho del Trabajo I, s.e., México 1986, pag. 186.

Esta protección al salario se había tratado de establecer desde la ley de 1931, la cual consagraba una serie de normas que tenían esa finalidad, pero nunca fueron sistematizadas adecuadamente, lo cual trajo como consecuencia que éstas resultaran ineficaces. En la nueva ley, estas ideas de protección al salario se corrigieron de una manera atinada, y actualmente esta protección se da en contra de acreedores tanto del trabajador como de el patrón y en contra de éste último.

La protección del salario contra los acreedores del trabajador. Esta idea de protección al salario, se sustenta a su vez en tres principios, los cuales son: 1. La obligación de cubrir el salario directamente al trabajador; éste principio fue contemplado desde la ley del trabajo de 1931, pero en dicho ordenamiento no se le dió el alcance ni la protección que debería observar, para crear una verdadera defensa contra los acreedores del trabajador, al autorizar en su artículo 90 que el pago de su salario se le hiciera directamente al trabajador o " a la persona que este designara como apoderado ". Esta era más bien una idea influenciada por el derecho civil en el que no se puede restringir el derecho de nadie para nombrar mandatarios, ésta situación originó que constantemente fuera burlado éste principio lo cual creó la necesidad de modificarlo, pero a su vez debería tenerse en cuenta que no se podía restringir completamente la facultad del trabajador para nombrar mandatarios, puesto que en ocasiones su designación es

inevitable. En tal sentido se crea en la ley vigente el artículo 100 que viene a corregir esta situación, al señalar que podrá hacerse el pago de salarios al trabajador a través de un apoderado designado por éste, pero lo constriñe al requisito de que " el trabajador se encuentre imposibilitado para efectuar personalmente el cobro ", y continua agregando, si el patrón hace el pago en contravención a esta disposición no queda eximido de dicha obligación de pago.

El segundo principio es el de la nulidad de la cesión de los salarios, el cual es regulado por el artículo 104 de la ley laboral, contemplándose tanto la nulidad de la cesión de los salarios al patrón, como a terceras personas, sea cual fuere la denominación que se le da, contemplándose para el caso de llegar a practicarse una cesión de este tipo en favor del patrón, como una acto equiparable a un descuento ilegal, y éste no quedaría eximido de la obligación de pagarle de nueva cuenta, y si la cesión se hiciera a favor de terceras personas, el patrón no podría considerarla, por lo que tendría la obligación de pagar la totalidad del salario al trabajador. El tercero y último principio es el de la inembargabilidad del salario, el cual ya se encontraba previsto desde la ley laboral de 1931, en su artículo 95; esta idea quedó confirmada en la ley de 1970, ahora en el numeral 112, el cual señala que salvo el caso de pensiones alimenticias legalmente decretadas, el salario no podrá embargarse, e inclusive el patrón no estará

obligado a cumplir ningún tipo de orden de embargo, aunque éstas sean oficiales.

La protección del salario contra los acreedores del patrón. En la antigüedad, los créditos laborales, eran insignificantes para el campo jurídico, el cual le daba una mucho mayor importancia a los créditos civiles y mercantiles, ésta situación tuvo que ir cambiando con el paso del tiempo, hasta adquirir la relevancia que en la actualidad los caracteriza, al respecto el autor Guillermo Cabanellas considera lo siguiente, " el crédito por salarios deriva, en cuanto a los privilegios otorgados por la Constitución, del carácter alimenticio que éste tiene " .

(18)

Nosotros en particular opinamos que el maestro Cabanellas, hace una apreciación muy atinada, y la cual en tiempos actuales ha adquirido mayor fuerza, pues dadas las condiciones económicas imperantes, el salario percibido por la gran mayoría de trabajadores, en ocasiones ni siquiera les alcanza para cubrir sus necesidades alimenticias, y mucho menos para otros rubros como vestido, vivienda y deces, por lo cual consideramos que esa característica ha adquirido mayor relevancia, conforme ha transcurrido el tiempo.

18. CABANELLAS, Guillermo, Tratado de Derecho Laboral, op. cit. pag. 353.

El Maestro Mario de la Cueva, por su parte mira al salario, como la energía de trabajo transformada en dinero, que permite al trabajador vivir en sociedad como persona, (19) esta idea la tomó de la Asamblea Constituyente. Así también el Licenciado Arando Gómez Montero, se apega al criterio de la Corte Suprema, atribuyéndole al salario, el carácter de alimenticio. (20)

Al reconocerse la importancia de los créditos laborales, se crearon las normas que regularían la nueva situación de dichos créditos, así el artículo 123, de la ley federal del trabajo, en su fracción XXIII, señala que los créditos en favor de los trabajadores por salarios o sueldos devengados en el último año, y por indemnizaciones, tendrá preferencia sobre cualquiera otros, en los casos de concurso o de quiebras, por su parte el artículo 2989 del Código Civil de 1928, vino a aclarar en buena medida este tipo de interrogantes, al disponer que " los trabajadores no necesitan entrar a concurso, para que se les pague los créditos que tengan por salarios o créditos devengados en el último año y por indemnizaciones, en tal sentido basta con que realicen su reclamación ante la autoridad correspondiente, y en cumplimiento de la resolución dictada se enajenaran los bienes necesarios, para que los créditos

19. DE LA CUEVA, Mario, El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo, op. cit. pag. 301

20. GÓMEZ MONTERO, Arando, Proyecto de Libro de Derecho del Trabajo I, op.cit. pag. 191.

de referencia, es decir los laborales, se paguen preferentemente a cualquiera otros ".

La protección del salario contra el patrón. Este principio ha representado un imperativo del derecho del trabajo, y por sus características y magnitud ha sido objeto de una sistematización muy extensa en la ley laboral vigente así como en La Constitución Federal, la cual contiene en esencia dos principios a su vez que tienden a la defensa del salario contra el patrón, los cuales están contenidos en las fracciones X y XXVII inciso c), del artículo 123; el primero de ellos es el que nos prohíbe el llamado truck-system, toda vez que ordena que el pago del salario se haga en moneda de curso legal, prohibiendo hacerlo en cualquier otro signo representativo; el segundo de ellos es el que determina que toda condición que entrañe la obligación al trabajador de adquirir artículos de consumo en lugares determinados será nula.

Por su parte los artículos 101 y 5o fracción IX de la Ley Laboral vienen a confirmar los principios constitucionales antes mencionados respectivamente, ya que en esencia contienen lo mismo. El pago hecho en contravención a las disposiciones señaladas se considera inexistente, y el trabajador tendrá acción para reclamar el pago de su salario, toda vez que los principios del derecho laboral son imperativos y de orden público.

Otro de los principios dentro de los cuales se enmarca la protección del salario contra el patrón es el que prohíbe que se estipule como lugar de pago un sitio de recreo, cantina o tienda, de lo contrario tal disposición será nula, con la excepción lógicamente, de los trabajadores que presten sus servicios en esos lugares, en virtud de la obligación de efectuar el pago en el centro de trabajo, contenida en el artículo 108 de La Ley del Trabajo.

El artículo 114 por su lado, contiene la prohibición de establecer casas de juego de azar y de asignación, así como expendios de bebidas embriagantes, en los centros de trabajo. Existen algunas consideraciones de carácter general, en relación al principio en estudio; una de ellas es la que contiene la prohibición de las multas, consideración que se encuentra regulada por la fracción XXVII inciso f) del artículo 123 de La Constitución Federal, además del 107 de La Ley Laboral los cuales en esencia señalan que es nula la estipulación que permita retener el salario en concepto de multa, cualquiera que sea la causa.

La otra consideración es la que se refiere a la prohibición de los patronos para efectuar descuentos sobre los salarios de los trabajadores, salvo las excepciones precisadas por el numeral 110 de La Ley Federal del Trabajo en los porcentajes allí señalados. Esta consideración se regula por las fracciones XIII y XXIII del

artículo 123 de La Constitución Federal, y el artículo 132 fracción XXII de La Ley Laboral.

Cabe mencionar que las deudas contraídas por el trabajador con el patrón, en ningún caso devengarán intereses, ni serán objeto de compensación alguna, e inclusive no se podrá reducir el monto del salario pagado al obrero, lo cual es considerado como una causal de rescisión, ni se podrán hacer colectas de ningún tipo en los centros de trabajo, por ninguno de los sujetos de la relación laboral.

CAPITULO 2

DESPIDO, RESCISION, RETIRO Y ABANDONO

2.1 GENERALIDADES. La finalidad de este apartado, es hacer un estudio de los términos despido, retiro, rescisión y abandono, los cuales cotidianamente se utilizan en el campo laboral, y tristemente son aplicados de una manera inadecuada, tanto por autores como por legisladores, litigantes, presidentes de Juntas, secretarios y demás.

Estas mismas razones han llevado a una imprecisión en la aplicación de esos términos en las leyes mexicanas, en tal sentido trataremos pues de precisar tanto los conceptos como de encuadrar su aplicación a las hipótesis correctas que se contemplan en nuestros ordenamientos legales.

Es importante señalar el criterio que utilizan los autores nacionales y algunos extranjeros para referirse al acto a través del cual se disuelve una relación de trabajo que se encontraba vigente y la cual unía a patrón y trabajador; por ejemplo Néstor de Buen utiliza la palabra retiro, Mario de la Cueva utiliza la terminología de la ley, es decir, habla de rescisión; Truaba Urbina utiliza la constitucional o sea despido; así también Alonso García utiliza la palabra dimisión o despido indirecto, Rafael Caldera la de retiro, por su parte José de Jesús Castorena

habla simplemente de rescisión, criterio que siguen Cavazos Flores y Porras López. (21)

A pesar de esta pluralidad de denominaciones, substancialmente son lo mismo, un acto rescisorio que termina con la existencia de las relaciones laborales, ya sea en forma unilateral o en forma consensual, con o sin la existencia de una causa legal suficiente y deja sub iudice las responsabilidades en las que pudieran haber incurrido los sujetos de la relación laboral.

Para los efectos antes mencionados, hemos de precisar el concepto y su significación real de cada término, para lo cual y según el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual:

Despido laboral es "la ruptura o disolución del contrato o relación de trabajo por declaración de voluntad unilateral del patrono o empresario que de tal modo extingue el vínculo jurídico que lo une con el trabajador a su servicio". (22)

Rescisión significa "anulación, invalidación, privar de su eficacia ulterior, incluso con efectos retroactivos, a una obligación o contrato". (23)

21. CABANELLAS, Guillermo, tratado de Derecho Laboral, Op. Cit. pag 573.

22. CABANELLAS, Guillermo, Diccionario de Derecho Usual, tomo I, sexta edición, Bibliografica Omeba, Argentina 1968, pag. 690.

23. Ibidem, tomo III, pag. 564.

Retiro por su parte significa "alejamiento de una persona, apartamiento de algo, recoqimiento, abstracción".
(24)

Por lo que hace a el abandono consideramos más oportuno definirlo a través de la tesis creada por el amparo 840/78. En los siguientes términos; abandono de trabajo, concepto de. El abandono, no es la simple falta de asistencia a las labores, sino la ausencia del trabajador debido a su determinación de va no volver al empleo, ya sea mediante la expresión que para tal efecto haya hecho, o la circunstancia de que esté prestando sus servicios en otra parte. (25) Es muy entendible esta postura puesto que durante el tiempo en que el trabajador se encuentra fuera de la empresa donde presta sus servicios, pueden suceder diversos tipos de acontecimientos que impidan al empleado regresar a su trabajo, como podría ser un accidente, un rapto, una enfermedad repentina o la simple falta al trabajo sin que esto implique falta de más de tres veces en un periodo de 30 días, circunstancias estas en la que la ausencia a sus labores se estaría justificando legalmente, y que no se encuadrarían nunca en una causal de rescisión, no existiendo por lo tanto, por lo menos con apego a la ley un abandono de trabajo.

24. *Ibidem*, pag. 588.

25. Abandono de trabajo, concepto de, tomo II, año 7, Cárdenas editor y distribuidor, México 1984.

En este orden de ideas nosotros consideramos que el término despedido si bien es el que utiliza la Constitución, ha sido usado inadecuadamente, de forma indistinta para referirse a otros supuestos como el abandono de trabajo o como a la rescisión, ya sea decretada por cualquiera de los sujetos de la relación e inclusive a la rescisión consentida por ambas partes, forma ésta última de rescisión, que estudiaremos más adelante y que exponemos los criterios del por qué nosotros la contemplamos como rescisión y no como terminación que es como la contempla la ley, como ejemplo tenemos una expresión del autor Osvaldo Hugo Bianchi: "en el supuesto de que el empleador rescinde unilateralmente y sin causa justificada el contrato antes del tiempo por preaviso al formalizarse la relación, se ha repetido la pregunta acerca de cuáles son los derechos del dependiente frente a la ruptura ante tempus". (26)

Al respecto, es de mencionarse que precisamente, ese ha sido el problema desde antaño, los derechos de los trabajadores ante un despedido sin justificación, y actualmente sigue siendo materia de debate, lo cual consideramos que no ha de terminarse en tanto los intereses de empleadores y empleados sigan siendo contrarios.

La utilización inadecuada de este término ha sido

26. HUGO BIANCHI, Osvaldo, La ley, Buenos Aires, 1969, pág. 5.

tan grande, que incluso, como lo afirma el autor Guillermo Cabanellas hay quienes lo utilizan para hacer referencia a casos cuya naturaleza jurídica no tiene ninguna relación; "una ambigüedad en el uso del término despido surge del hecho, de que en ciertos casos se le utiliza respecto de la extinción del contrato que resulte de una declaración expresa en tal sentido emanada del empleador, mientras en otros se le extiende a todos aquellos supuestos en que la extinción del contrato se produce sin que para ello medie la voluntad del trabajador, como son los de quiebra o muerte de trabajador". (27)

Como ya se ha señalado en diversas ocasiones, es triste que autores y juristas utilicen el término "despido", para referirse a casos que no guardan en ocasiones siquiera algún tipo de semejanza. En este sentido el Maestro Nestor de Buen señala: "el despido es un acto unilateral a virtud del cual el patrón da por terminada la relación laboral invocando una causa grave de incumplimiento, imputable al trabajador". (28)

Nosotros en particular, consideramos que para la existencia de un despido no necesita fundarse en una causa grave de incumplimiento, de hecho, en nuestro punto de vista

27. CABANELLAS, Guillermo, Tratado de Derecho Laboral, op. cit. pág. 570.

28. DE BUEN LOZANO, Néstor, Derecho del Trabajo, Op. Cit. pág. 78.

esa hipótesis no sería un despido sino una rescisión, por las razones que en otro apartado se estudian a fondo.

Asimismo, para el Doctor Davalos, el despido "es el resultado de una conducta grave establecida en la ley como causa de rescisión de la relación sin responsabilidad para el patrón." (29)

Al respecto es la misma situación que la cita anterior, y siguiendo nuestro punto de vista, se continua calificando un acto de despido cuando en realidad es rescisión, e inclusive lo basan en las causales de esta ultima figura jurídica.

En resumen, para nosotros con el término despido solo podríamos hacer referencia al tipo de " rescisión " de la relación laboral, cuando ésta es decretada por el patrón, sin asistirle una causa legal para ello, toda vez que el trabajador no dio motivo para rescindir.

Tradicionalmente se ha hablado de despido justificado y despido injustificado lo cual no es correcto, toda vez que la primera acepción resulta inaplicable y errónea, lo que resultaría acertado, sería hablar de despido injustificado, y en el otro de los casos de rescisión justificada. No es correcto hablar de

29. DAVALOS, José, Derecho del trabajo, Op Cit. pág 146.

despido justificado, ni siquiera existe esa figura en la Constitución Federal, siendo que para este caso debemos hacer referencia a la rescisión.

Por lo que respecta a la rescisión, y una vez expuestos los anteriores criterios, no obstante que la palabra rescisión es, de abolengo puramente civilista, consideramos que es la más adecuada, cuando queremos referirnos genéricamente a la disolución de las relaciones de trabajo, cuando éstas se encuentran vigentes, sea decretada por cualquiera de los sujetos de la relación laboral, y con asistencia de una causa legal suficiente.

Para nosotros, la rescisión, es la disolución de las relaciones de trabajo originada por una causa legal y decretada por uno o por ambos sujetos de la relación laboral, cuando el otro incumple gravemente sus obligaciones, o de común acuerdo entre dichos sujetos, empleador y el empleado, dentro del término de vigencia del contrato o de la relación de trabajo.

Es pues la rescisión, un acto que no obstante cuando es unilateral no debe ser arbitrario, en virtud de que tanto el patrón como el trabajador, están obligados a probar la causa de rescisión que invoquen para romper la relación o el contrato de trabajo, para lo cual existen causas expresas, señaladas en la ley. Para mayor abundamiento de esto y toda vez que despido y rescisión no

son lo mismo, enseguida precisaremos sus semejanzas y diferencias.

-- Ambas figuras rospen con la relación o contrato de trabajo que aún se encontraba vigente.

-- El despido es siempre injustificado, en cambio la rescisión debe estar en todos los casos basada en causa legal, es decir siempre será justificada.

-- El despido es siempre decretado por parte del patrón toda vez que resultaría ilógica e incongruente hablar de que el trabajador se despidió de la empresa él mismo. En tanto que la rescisión puede ser decretada tanto por el trabajador como por el patrón.

-- El despido es verbal o con acciones que lo hagan surgir, en cambio la rescisión debe ser por escrito.

Como lo hemos apuntado en éste apartado, y como nos hemos podido dar cuenta, éstos términos de despido y rescisión son utilizados como si fueran sinónimos lo cual es incorrecto, por que no son lo mismo, de lo contrario carecería de toda justificación la existencia de dos figuras jurídicas que poseyeran identidad de características.

La rescisión es como ya lo anotamos un acto realizado por el trabajador o por el patrón, o por ambos, según nuestro criterio, que consiste en dejar sin efecto el contrato o la relación de trabajo, los cuales

consecuentemente se encontraban vigentes, por determinadas causas señaladas en la ley o por mutuo consentimiento.

Es oportuno señalar, que nosotros consideramos al mutuo consentimiento de ambos sujetos de la relación laboral para disolver ésta, como rescisión y no como terminación, en razón de que, en base al principio de estabilidad en el empleo se considera que las relaciones laborales son por tiempo indefinido es decir, que en todo momento están vigentes, por lo cual no tiene un lapso o un término de duración, en tal virtud, si con la disolución le estamos quitando vigencia, tendríamos que hablar de rescisión, por que para poder hablar de terminación tendríamos que esperar a que concluyera el término de vigencia lo cual nunca podría ocurrir, toda vez que no existe tal término; en conclusión cuando disolvemos algo que a ese tiempo se encuentra vigente tendremos que considerarla rescisión, y cuando se disuelve por que ha fenecido su término de duración tendremos que hablar de terminación, además tendremos que atender al hecho de que la disolución se haya producido por el consentimiento de ambos sujetos de la relación, o se produjo por causas ajenas a su voluntad.

Por lo que hace a la expresión retiro consideramos que ésta más bien se refiere al efecto material de la rescisión, del despido o del abandono ya sea que exista o no contrato escrito de trabajo, esto es, con la rescisión, el

despido o el abandono se disuelve una relación de trabajo que a ese tiempo se encontraba vigente y que unía a un Patrón con un trabajador, y como consecuencia de esa disolución se origina un efecto material, que es precisamente el retiro, siendo éste el último momento de las tres figuras jurídicas señaladas, es decir, la separación de su actividad que como trabajador desarrollaba en la empresa, por lo cual, al hablar de retiro podríamos estar refiriéndonos a la consecuencia última de cualquiera de los tipos de rescisión o al despido, o al abandono, en virtud de que cualquiera traería consigo la consecuencia inmediata al trabajador de retirarse o en su caso fuera retirado de su actividad laboral; en tal sentido, al decir del retiro, podría ser el acto diario del empleado realizado al terminar su jornada de trabajo y "retirarse" a su hogar, sin que ello necesariamente implique una disolución de la relación laboral. Por las anteriores razones, creemos que no es correcto del todo hablar de retiro cuando queremos hacer alusión a la rescisión que un trabajador ejercita ya sea con o sin causa legal para ello, e inclusive, consideramos crea confusión entre los términos abandono, y rescisión, además de que particularmente, y contrario al punto de vista de Alberto Trueba Urbina y Jorge Trueba Barrera opinamos no puede ser aplicable a ninguna de las figuras jurídicas en estudio.

Respecto del abandono, consideramos que ésta es la expresión correcta, cuando queremos referirnos al acto del

trabajador, a través del cual se separa de su empleo, con intenciones de no volver al mismo, disolviendo así la relación laboral empleador-empleado, y sin asistirle para ello alguna causa legal en cual fundar su actuación.

Al igual que la rescisión de la relación laboral decretada por el patrón, cuando el trabajador de causa suficiente para ello, ha sido confundida con el despido, el abandono es confundido continuamente con la rescisión de la relación laboral decretada por el trabajador, cuando el patrón incurrió en una causa legal para ello.

Consideramos que lo anterior tiene su razón, en virtud de no haberse definido aun con toda precisión los conceptos de una y otra, ni tampoco se han analizado los elementos característicos de cada una de las figuras jurídicas en estudio.

En tal sentido y al igual que lo hicimos con el despido y con la rescisión patronal, vamos a enumerar sus elementos característicos y sus analogías y diferencias.

Características.

El abandono siempre será:

- Unilateral
- Por parte del trabajador
- Sin asistencia de causa legal, es decir injustificado

--Con la intención y finalidad de no volver al empleo

La rescisión por parte del trabajador siempre será:

--Unilateral

--Decretada por la parte obrera

--Fundada en una causal legal de rescisión imputable al patrón

--Dentro del plazo de vigencia de las relaciones laborales

Semejanzas y diferencias:

--El abandono al igual que la rescisión por parte del trabajador disuelven las relaciones laborales

--El abandono siempre será unilateral al igual que la rescisión

--Tanto el abandono como la rescisión serán decretados siempre por el trabajador

--El abandono nunca estará fundado en causa legal, es decir siempre será injustificado, mientras que la rescisión siempre tendrá que ser asistida de una causa legal suficiente para rescindir, imputable al patrón.

En resumen, por lo que respecta a este apartado, para nosotros:

El despido es el acto unilateral, tácito o expreso, a través del cual, el patrón, separa al trabajador de su empleo, sin causa justificada, disolviendo la relación

laboral que los unía.

La rescisión es la disolución de las relaciones laborales, que puede ser decretada por cualquiera de los sujetos de la relación laboral, cuando el otro motiva una causa suficiente para tal efecto, o por mutuo consentimiento y siempre que la relación se encuentre vigente.

El retiro es el acto unilateral, a través del cual el trabajador se aparta de la fuente de trabajo, sea por la causa que sea, y sin una finalidad determinada.

El abandono es el acto unilateral, a través del cual el trabajador se separa de su empleo, sin existirle causa legal para ello, disolviendo la relación laboral, que lo unía con su patrón y con la finalidad de no volver más a su trabajo.

El elemento más importante para determinar cualquiera de las figuras señaladas, es la existencia o inexistencia de una causa expresa, señalada en la ley, con la cual se podría diferenciar plenamente, si se trata de despido o de rescisión patronal o de abandono de trabajo o rescisión del empleado, reiterando que el término retiro, lo consideramos innecesario.

2.2 DESPIDO LABORAL. Como se ha apuntado en apartados precedentes el despido laboral que además se contempla en

nuestra Constitución Federal es una figura jurídica singular, diferente a todas las otras de su mismo género, llámese rescisión, dimisión, retiro, abandono y demás, en virtud de poseer características propias que le dan esa particularidad no presentada por ninguna otra, características ya vistas de forma somera en el apartado anterior, y que enseguida enumeramos.

El despido laboral:

- Siempre será llevado a cabo de manera unilateral.
- Siempre e invariablemente se va a actualizar por la parte patronal.
- Siempre será injustificado, o a contrario sensu, nunca se fundará en causa legal suficiente, siendo esta su característica más peculiar que lo define; así, si estuviera basado en una de las causas contempladas en la ley, su naturaleza jurídica sería distinta, y estaríamos en presencia de una rescisión y no un despido, precisamente en el ordenamiento legal antes señalado, en su artículo 47 se habla de causales de rescisión y no de despido, y a su vez el artículo 46 nos precisa aún más esta situación, al señalar que el trabajador y el patrón podrán rescindir en cualquier tiempo la relación de trabajo "por causa justificada...". En tal sentido, al hablar de despido intrínsecamente debemos entender que es injustificado, por lo cual resultaría por demás reiterativo utilizar los dos términos a la vez, es decir despido, e injustificado.

Hay autores que ven al despido por el lado de los derechos, y dicen que es un derecho potestativo del patrón. Nosotros diferimos de esta idea, basándonos en los criterios ya expuestos, reiterando que el despido lo realiza el patrón sin asistirle ningún derecho, toda vez que siempre será injustificado.

Gramaticalmente la palabra despido significa quitar a uno el empleo, apartar del trabajo, separar del trabajo. Laboralmente, el despido es el acto que realiza el patrón, consistente en separar injustificadamente del trabajo o servicio al trabajador, esta definición es la comúnmente utilizada en el campo jurista del trabajo.

El maestro Mario de la Cueva, ilustre jurista, nos aporta su definición de despido anotando que "se conoce con el nombre de despido al acto por el cual el patrón hace saber al trabajador que rescinde la relación de trabajo y en consecuencia debe retirarse del servicio". (30)

Por su parte Néstor de Buen Lozano aporta que el despido "es un acto unilateral a virtud del cual el patrón da por terminada la relación laboral invocando una causa ya de incumplimiento imputable al trabajador". (31)

30. DE LA CUEVA, Mario, El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo, op. cit. pag. 251.

31. DE BUEN LOZANO, Nestor, Derecho del Trabajo, tomo II, novena edición, Porrúa, México 1992, pag. 86.

El Maestro José Dávalos Morales, define al despido como el acto por el cual, el patrón le hace saber al trabajador que prescinde de sus servicios. (32)

Así mismo el autor Francisco Ramírez Fonseca acepta la idea de que el despido es la ruptura de la relación o contrato de trabajo, justificada o injustificadamente. (33)

El profesor Alberto Trueba Urbina, no obstante que no nos proporciona una definición de despido, nos dice que la palabra rescisión, más bien es de carácter civilista, haciendo hincapié en que la Constitución hace referencia a Despido y no a rescisión, e incluso propone una reforma a la ley en la cual se sustituyan dichos términos es decir, el de rescisión contenido en el artículo 46, por el despido y el mismo de rescisión contenido en el artículo 51, ambos de la ley laboral, por el de retiro.

Por todo lo antes señalado, para nosotros en particular, el despido es el acto expreso o tácito, realizado por el patrón, a través del cual disuelve la relación de trabajo, que lo unía con su trabajador, sin asistirle una causa legal que lo justifique.

32. DAVALOS, José, Temas Laborales, tercera edición, Porrúa, México 1992, pag. 35.

33. RAMIREZ FONSECA, Francisco, El Despido, Comentarios y Jurisprudencia, novena edición, PAC, México 1989, pag. 45.

2.2.1 FORMAS DE DESPIDO. Existen varias formas de manifestarse del despido, desde luego cada una atiende a la manera en cómo se actualiza el acto que pone fin al vínculo laboral; así día con día se ha vuelto más necesario el estudio de las formas en que puede aparecer la figura del despido, en atención al interés creciente de los patronos de romper la relación de trabajo que los unía con " X " o con " Z " trabajador, por razones de toda índole, incluyendo las personales, y que desde luego no constituyen legalmente una causal que pueda disolver ese vínculo, y a su vez tratar de cubrir ese despido, con la finalidad de evitarse pagar una indemnización por ese concepto.

Según nuestro punto de vista existen tres formas de despido; a saber:

- despido expreso o directo
- despido indirecto o disimulado y
- despido tácito.

Despido expreso o directo; éste es el tipo de despido más común, o como dicen algunos estudiosos, el más corriente; existen varias maneras de configurarse este despido, la más usual es a través de palabras que exterioriza el patrón, directamente al trabajador, para manifestarle su voluntad de despedirlo, como por ejemplo, " no te vuelvas a presentar a trabajar por que estás

despedido, o como largate no te quiero volver a ver por aqui", entre otros.

Doctrinalmente se ha entendido que la manifestación del despido no exige términos sacramentales, ni formalidad alguna, siendo bastante una declaración verdadera de voluntad del patrón, tendiente a disolver la relación laboral.

No solo a través de palabras se puede llevar a cabo este tipo de despido, sino que puede darse también por medio de escritos, actos y más, en general toda actuación que directamente exprese la voluntad inequívoca del patrón de despedir a un trabajador.

Despido indirecto o disimulado; en este tipo de despido se trata de un hecho o acto realizado de manera unilateral por el patrón, con toda la intención directa de despedir al trabajador, pero, trata de cubrirlo o enmascararlo con un acto de naturaleza jurídica distinta, así pues en la realidad se practican cotidianamente este tipo de conductas, con la finalidad de eludir el pago de las prestaciones que al trabajador corresponden por concepto de despido, el caso más común son las suspensiones que inclusive en la práctica se realizan por tiempo indefinido, así también encontramos que el patrón recurre comúnmente a la modificación unilateral de las condiciones de trabajo en perjuicio del trabajador con el mismo fin de que éste, ante

las desventajas de las nuevas condiciones abandone el empleo. Al respecto nosotros consideramos que el Legislador y el Juzgador en su caso, deberían atender mas al animo o finalidad del patrón al realizar estas conductas, y así se puede crear e imponer una sanción adecuada, ya que opinamos, al igual que el autor Héctor Hugo Barbaquelata, que la legislación y las autoridades laborales en el caso particular, se limitan a considerar la objetividad de los hechos, sin interesarse ni contemplar la verdadera voluntad a que obedecen los mismos, dicho autor señala sobre el particular lo siguiente: "ante modificaciones unilaterales de las condiciones del empleo, el micro-análisis de los hechos, llevaría a los Jueces (Presidentes de las Juntas de Conciliación y Arbitraje) a analizar objetivamente como despido, situaciones en que no se habría evidenciado voluntad de despedir...". (34)

Despido tácito; una línea muy delgada es la que divide las diferencias entre el despido indirecto y el despido tácito, por lo cual es fácil confundir cuando se trata de uno o cuando se trata del otro.

En el particular el despido tácito se configura por la realización de actos del patrón, en los cuales no manifiesta directamente la voluntad de despedir, ni trata de

34. HUGO BARBACELATA, Héctor, El Concepto de despido a través de su Desarrollo Jurisprudencial (s.ed.) Argentina, (s.f.) pag. 1034.

encubrirlos con otros actos de naturaleza diversa, lo cual los diferencia del despido directo y el despido disimulado; más bien en este tipo de despido, los actos que realiza el patrón importan de manera intrínseca, la finalidad última de que el trabajador no preste más sus servicios en la empresa. Así encontramos por ejemplo, el caso de los trabajadores a los que el patrón no les permite la entrada al centro de trabajo sin causa justa, cuando éstos se presentan regularmente a trabajar, y más aun cuando ésta práctica se extiende también al siguiente día, caso en el cual no obstante, que directamente no le exprese su deseo de despedirlo, los actos que realiza conllevan esa finalidad,

Así también consideramos se encuentran dentro de esta hipótesis, los casos en los que el patrón también sin causa que lo justifique, ordena sacar al trabajador del centro de trabajo, por la fuerza pública; en este particular el despido tácito también se corroboraría aún más, si al día siguiente el trabajador se vuelve a presentar a laborar, y estando en el interior del centro de trabajo, es objeto de la misma conducta. Aquí, no obstante que el patrón en este particular, tampoco le esté exteriorizando de manera directa su voluntad de despedirlo, de los actos que realiza se infiere una verdadera finalidad de disolver el vínculo laboral.

2.3 ACCIONES Y DERECHOS DEL TRABAJADOR DESPEDIDO.

Primeramente, el trabajador que ha sido objeto de un despido por parte de su patrón, va a tener dos acciones; la primera es la de reinstalación obligatoria, también conocida como acción de cumplimiento de contrato, y la otra sería la acción de indemnización. Por lo que hace a la primera de estas, cabe anotar que como la reinstalación del trabajador en su empleo es obligatoria, en razón de la categoría de determinados trabajadores, y de las condiciones laborales especiales de otros, la ley ha establecido ciertos casos en los que el patrón puede quedar eximido de la obligación de reinstalar al trabajador, con el simple pago de una indemnización que en la misma se determina. Nos referimos particularmente al caso de los trabajadores siguientes:

- Trabajadores con antigüedad menor de un año.
- Trabajadores de confianza.
- Trabajadores domésticos y
- Trabajadores eventuales.

Particularmente nosotros estamos en desacuerdo con esta excepción que hace la ley a determinados trabajadores, por las razones que expresaremos con posterioridad.

Después de que quede demostrado ante la autoridad laboral que corresponda, la veracidad del despido, los trabajadores que anteriormente enumeramos, no podrán ser reinstalados en sus antiguos empleos si el patrón no lo

desea, no obstante que la autoridad tiene conocimiento firme del injusto proceder del patrón en despido de su trabajador, a lo más que podrían aspirar sería a recibir una indemnización que se determina en el artículo 50 de la Ley Laboral, en el cual se contemplan varias hipótesis, las cuales son:

I.- Cuando la relación de trabajo hubiese sido por tiempo determinado menor de un año.

II.- Cuando la relación de trabajo fuere por tiempo determinado mayor de un año.

III.- Cuando la relación de trabajo hubiese sido por tiempo indeterminado.

En el primero de los casos el trabajador será indemnizado, con una cantidad igual a la mitad de los salarios percibidos durante el tiempo que prestó sus servicios.

En el segundo caso la indemnización consistirá en el pago de una cantidad igual a los salarios percibidos en seis meses de prestación de servicios, esto por el primer año de antigüedad, más veinte días de salario por cada año posterior siendo desde luego que si el último año no prestó sus servicios durante los trescientos sesenta y cinco días, éste se le pagará proporcionalmente a los días laborados. Asimismo si por el tiempo de servicios prestados, nació el derecho a una o varias prestaciones, sea por el contrato de

trabajo, o por la ley tendrán que ser pagadas cabalmente, y de ser necesario también en forma proporcional.

En el tercer caso al trabajador se le tendrán que pagar veinte días de salario por cada año de servicios prestados, además de una cantidad igual al sueldo de tres meses, así como todos los salarios que se hayan vencido desde el día en que fue despedido hasta que se le paguen las indemnizaciones a que nos hemos referido, así también se le pagarán 12 días de salario por cada año laborado, y las prestaciones a que haya creado derecho. Por lo antes expuesto, consideramos que éstos trabajadores son objeto de una injusta excepción, ya que jurídicamente son distinguidos de los demás sin razón alguna, y en su perjuicio deviene inoperante el principio de estabilidad en el empleo, ya que en resumen el patrón cuando los quiera despedir, lo hará; y si se llega a probar dicho despido, con todas las dificultades que esto implica, no podrá obligársele a reinstalarlos toda vez, que con el pago de las indemnizaciones a que hemos hecho referencia quedará liberado de esa obligación.

Por lo que respecta a los demás trabajadores del régimen general del apartado A, del artículo 123 Constitucional, es decir con exclusión de los trabajadores al servicio del Estado, y de los trabajadores pertenecientes a regímenes especiales, éstos sí podrán optar, desde luego

una vez probado el despido, entre ser reinstalados, o ser indemnizados.

Si se inclinan por la primera de las opciones, tendrán derecho, además de la reinstalación obligatoria, a que se les cubran todos los salarios vencidos, los cuales serán computados desde la fecha del despido, hasta que sea reinstalado en su puesto, con las mismas condiciones de trabajo, o si legalmente hubo incrementos obligatorios a favor de la clase trabajadora, le serán aplicados y requerán en las nuevas condiciones de trabajo, cabe anotar que el trabajador tendrá un término que no podrá exceder de treinta días a juicio de la Junta, para reincorporarse a su empleo.

Asimismo, si el trabajador se decide por la segunda opción, una vez probado o aceptado el despido, se le tendrá que indemnizar con los siguientes elementos:

- El pago de una cantidad igual al importe de tres meses del salario que percibía.
- El pago de una cantidad igual al importe de doce días de salario por cada año de servicios prestados.
- El pago de los salario caídos, los cuales se computarán a partir de la fecha del despido, hasta el día en que se cumplimente el laudo o en su caso el convenio en el cual se ordena o estipula el pago de éstas cantidades, siendo que en ambos casos su pago será una consecuencia inmediata de la acción ejercitada; al respecto el Lic. Ramirez Fonseca

señala "se entiende que los salarios vencidos son una consecuencia inmediata y directa de las acciones originadas en el despido o en la rescisión del contrato por culpa del patrón, por lo que para que se condene su pago, basta que el trabajador ejercite cualquiera de las dos acciones principales señaladas, y prospere". (35)

- Asimismo se deberán de pagar todas las prestaciones a las que por ley o por contrato haya nacido derecho, hasta la fecha de pago de todas las cantidades enumeradas, y desde luego, de ser necesario en partes proporcionales.

Consideramos importante señalar que el trabajador gozará sólo de dos meses para hacer valer su acción ante los tribunales correspondientes, cuando se trate ya sea de reinstalación o de indemnización; al respecto debemos puntualizar que por disposición jurisprudencial, podrá el trabajador solicitar la reinstalación, y al mismo tiempo la indemnización pero de una manera alternativa y nunca acumulativa, es decir solicitar la reinstalación "o" la indemnización correspondiente, o de otro modo si solicita la reinstalación "y" la indemnización éstas resultarán ser acciones excluyentes, y se deberá absolver al demandado, por no poder decidir la Junta, los conceptos a los cuales debe condenar. Al solicitar la reinstalación "o" la

35. RAMIREZ FONSECA, Francisco, El Despido, Op. Cit. pág. 92

indemnización, el trabajador lo único que está haciendo es presentarle dos opciones al patrón, para el caso de ser probado el despido, éste pueda reinstalarlo, o en su defecto si no quiere hacerlo, lo indemnice en términos de ley.

Por último puntualizaremos, que cuando un trabajador es reinstalado en su antiguo empleo no pierde ningún derecho por antigüedad aunque la controversia haya durado un tiempo muy amplio.

2.4 ASPECTOS GENERALES DE LA RESCISIÓN DE LA RELACION LABORAL. Respecto a la rescisión, insistimos en que ésta, se debe al ejercicio de un derecho, en donde es potestad del sujeto que tiene la posibilidad de ejercitarlo, también de no llevarlo a cabo, así y para definir la rescisión, hemos de afirmar que la Ley Federal del Trabajo vigente no contiene una definición de la rescisión, se limita exclusivamente a hacer mención de la referencia temporal que a la misma corresponde, apuntando en su artículo 46 que " el trabajador o el patrón podrán rescindir en cualquier tiempo la relación de trabajo por causa justificada sin incurrir en responsabilidad", en cambio el Código de Trabajo de la República Dominicana, en su artículo 77 define al despido (utilizando éste término indistintamente para referirse a despido y a rescisión), como la resolución (extinción) del contrato de trabajo por la voluntad unilateral del patrón. Es justificado cuando el patrono prueba la existencia de una

justa causa prevista al respecto en este Código, e injustificado en caso contrario.

Así mismo el Código Civil Italiano en su artículo 2119 señala que el despido punitivo consiste en la facultad concedida al patrono para rescindir sin pre aviso y sin indemnización al trabajador.

Herrera a su vez ubica a la noción de despido (utilizando también este término, indiferentemente para referirse a la rescisión y al despido), en el marco de la extinción de el contrato por voluntad de una de las partes, señalando que a pesar de la vocación de estabilidad que define la ley, en nuestro sistema las partes mantienen en todo momento intacta su facultad resolutoria, aún sin invocación de causa, cuando es el patrón quien rescinde la relación, se produce un despido que llamamos ad nutum (desnudo), cuando no se invoca justa causa; cuando es el trabajador quien rescinde la relación, se produce una dimisión o renuncia al empleo. (36)

La mayoría de autores como Pérez Botija, Hostench y demás, definen a la rescisión utilizando también la palabra despido.

36. CABANELLAS, Guillermo, Tratado de Derecho Laboral, tomo II, volumen tres, tercera edición, ed. Heliasta, Argentina 1988, pag. 573.

Por otro lado Néstor de Buen, al decir de la rescisión, utiliza como ya lo mencionamos la palabra retiro, apuntando que "el retiro puede clasificarse como un acto jurídico en sentido estricto unilateral o consensual, que produce como consecuencia ineludible la ruptura de la relación laboral". (37)

Para Mario de la Cueva, "la rescisión es la disolución de las relaciones de trabajo, decretada por uno de sus sujetos, cuando el otro incumple gravemente sus obligaciones". (38) Argumenta que la rescisión es el resultado del ejercicio de un derecho potestativo que corresponde a cada uno de los sujetos de la relación, en el caso de que el otro incumpla gravemente sus obligaciones.

En base al criterio sostenido en el presente tema, para nosotros, la rescisión, es la disolución de las relaciones de trabajo, dentro de su término de vigencia, decretada por uno de sus sujetos, cuando el otro motiva una causa contemplada en la ley para ello, o por mutuo consentimiento.

El acto jurídico de la rescisión, según nuestra legislación, en congruencia con la doctrina, se perfecciona

37. DE BUEN L. Néstor, Derecho del Trabajo, T. II, novena edición, Porrúa México 1992, pág. 114.

38. DE LA CUEVA, Mario, El nuevo derecho mexicano del trabajo, tomo I, op. cit. pág 241

cuando la persona rescindida, tiene conocimiento formal de tal rescisión; al respecto Cabanellas considera que la recepción de la declaración disolutiva de voluntad perfecciona el acto jurídico; de tal manera que entre presentes, se hace efectiva en forma inmediata, entre ausentes, tan pronto como llegue esa manifestación de voluntad a conocimiento de la otra parte.

Nosotros estamos de acuerdo con él, toda vez que, como ya lo señalamos, la parte que puede rescindir, goza también de la potestad de no hacerlo si no quiere, en tal virtud se hace necesario que cuando elija rescindir la relación laboral, ésta rescisión se perfeccione, hasta que la parte a quien se rescinda, tenga conocimiento de ello.

La Ley Federal del Trabajo, en la parte final de su artículo 47, ordena a los patronos que cuando rescindan la relación de trabajo, con alguno o algunos de sus trabajadores, tienen que darle o darles aviso por escrito de ello, y en caso de que éstos se negaren a recibirlo, deberá hacerlo del conocimiento de la Junta, dentro de los cinco días siguientes a la rescisión, lo cual implica que el aviso el cual vaya a entregarse al trabajador, deberá hacerse dentro de ese término a más tardar, por si no lo acepta, el empleador tenga la posibilidad de acudir a la Junta en término. Además la falta de aviso al trabajador o a la Junta, por si sola bastará para considerar que el despido fue injusto.

Es interesante la observación hecha por Néstor de Buen, al respecto, al puntualizar que en lugar de considerarse injusto el despido, lo cual se asemejaría con una inexistencia, debería contemplarse como nulidad.

2.4.1. TIPOS DE RESCISIÓN. Lo que da lugar a cualquier tipo de rescisión, o como algunos autores la llaman, terminación, despido y demás, es el incumplimiento de las obligaciones emanadas de la relación de trabajo, ya sea por parte de cualquiera de los sujetos de ésta, y en base a nuestro criterio, el mutuo consentimiento, para nosotros después de un análisis de ésta figura consideramos que existen exclusivamente tres tipos de rescisión de la relación de trabajo, a saber:

I. La rescisión que es decretada por el patrón, con causa imputable al trabajador, y por supuesto sin responsabilidad para el primero.

II. La rescisión de la relación laboral, decretada por el trabajador, por una causa imputable al patrón, con responsabilidad para éste último y.

III. La rescisión llamada por nosotros consensual, llevada a cabo por ambos sujetos de la relación laboral, y sin responsabilidad para ninguno de ellos.

Para que el incumplimiento de las obligaciones

derivadas de trabajo puedan producir como consecuencia la rescisión de dicha relación, es menester que sean graves, para éste fin fueron establecidas expresamente en los artículos 47 y 51 de la Ley Federal del Trabajo vigente, las causas que podrían dar lugar a una rescisión.

I. La rescisión decretada por el patrón, por causa imputable al trabajador y sin responsabilidad para aquel, es también conocida, como ya lo mencionamos de una manera errónea, y con el cual no estamos de acuerdo, como despido justificado, reiterando que esa figura no existe en el mundo jurídico. En esta hipótesis en particular, la rescisión se está originando por un acto u omisión imputable al trabajador, siendo también en éste caso al igual que en la otra forma de rescisión unilateral, potestativo para los sujetos de la relación laboral, sea patrón o trabajador, según al que le asista el derecho, rescindir o no rescindir según sus intereses. Para que surja ésta figura jurídica se deberá situar al trabajador en una de las hipótesis contempladas por el artículo 47 de la Ley Federal del Trabajo o en una análoga en cuanto a gravedad y a consecuencias producidas en la relación laboral.

2.5 LA RESCISIÓN DE LA RELACION LABORAL SIN RESPONSABILIDAD PARA EL TRABAJADOR Y SUS CAUSALES. Como ya lo hemos anotado, al hablar de rescisión estamos hablando de que existe una causa suficiente y justa, en favor de quien la decreta, la cual debe ser invocada según la ley, ante la

autoridad correspondiente. Asimismo la figura propiamente de la rescisión, siempre debe ser sin responsabilidad de quien la invoca, toda vez, que si hiciéramos referencia a una rescisión sin causa justa, ya no podríamos considerarla como rescisión, sino como un despido o un abandono.

Así pues, al hablar de rescisión por parte del trabajador, entendamos que es sin su responsabilidad, y legalmente fundada, reiterando que la ley laboral enumera las causas que pueden originar dicha rescisión, por lo cual éstas no podrán ser invocadas a capricho del trabajador. En general este caso particular de rescisión decretada por el trabajador, tendrá que hacerse valer dentro del período de un mes, y ante la Junta competente, por escrito.

De esta manera, el artículo 51 de la Ley Laboral, prevé las causas por las cuales se podrá llevar a cabo el tipo de rescisión en estudio, las cuales enseguida comentamos.

Artículo 51. Son causas de rescisión de la relación de trabajo, sin responsabilidad para el trabajador:

I. Engañarlo el patrón o en su caso, la agrupación patronal al proponerle el trabajo, respecto de las condiciones del mismo. Esta causa de rescisión dejará de tener efecto después de treinta días de prestar sus servicios el trabajador; Esta fracción contempla un caso

similar al del patrón que es enañado por el sindicato o el trabajador al ofrecer sus servicios, nada más que invertido, por que ahora quien ésta enañando es la parte patronal. Consideramos que el texto es claro, por lo cual no presenta mayor problema.

II. Incurrir el patrón, sus familiares o su personal directivo o administrativo, dentro del servicio, en faltas de probidad u honradez, actos de violencia, amenazas, injurias, malos tratamientos u otros análogos, en contra del trabajador, conyuge, padres, hijos o hermanos; Cabe señalar aquí, que así como el trabajador no debe realizar las conductas enumeradas, el patrón tampoco podrá hacerlo, con la modalidad de que se refiere al trabajador y las personas cuyo parentesco se precisa exclusivamente, y al referirse al patrón lo hace de manera genérica, toda vez que se refiere al patrón y sus familiares.

III.- Incurrir el patrón, sus familiares o trabajadores, fuera del servicio, en los actos a que se refiere la fracción anterior, si son de tal manera graves que hacen imposible el cumplimiento de la relación de trabajo; en éste caso no se está limitando la realización de la posible conducta al horario y al lugar en que el servicio es prestado, sino que se extiende la posibilidad de la causal en comento, en cuanto a tiempo y lugar, a un horario posterior a la jornada de trabajo, y a un lugar fuera del

centro en donde se presta activamente el servicio.

IV. Reducir el patrón el salario del trabajador. En este caso, se contempla una causal, que no tiene un equivalente, respecto de los sujetos de la relación, en razón de que el único asalariado puede ser el trabajador, encontrándonos ante un principio general del derecho del trabajo, que es precisamente el de la imposibilidad de reducción del salario.

V. No recibir el salario correspondiente en la fecha o lugar convenidos o acostumbrados. Cabe mencionar que la misma ley, dentro de su articulado nos señala que el periodo de pago deberá ser semanal, para el caso de trabajos materiales, y para los que son de distinta naturaleza a ésta, deberá ser quincenal, siendo que el lugar de pago deberá ser el mismo en donde se presten los servicios.

VI. Sufrir perjuicios causados maliciosamente por el patrón, en sus herramientas o útiles de trabajo. Consideramos que el alcance de ésta disposición, debería ser mayor del que se desprende de la simple interpretación textual, toda vez que con ésta conducta, el patrón está impidiendo la realización del trabajo, y habría que tomar mucho en cuenta, como ya se comentó con anterioridad, si la finalidad de ésta conducta patronal, es la de hacer que el trabajador se separe del empleo, es decir,

con la intención de romper con la relación laboral, máxime si consideramos que en la industria de la construcción, como lo señala Néstor de Buen, es frecuente que las herramientas de trabajo sean propiedad del trabajador, caso en el cual estaríamos ante la presencia incluso de un daño patrimonial al trabajador. Todo esto, tomando como base, la calificativa de que el patrón realiza ésta conducta de una forma maliciosa.

VII. La existencia de un peligro grave para la seguridad o salud del trabajador o de su familia, ya sea por carecer de condiciones higiénicas el establecimiento, o por que no se cumplan las medidas preventivas y de seguridad establecidas por las leyes. Esta causal es una de las más importantes, ya que la integridad de los trabajadores debe ser la mayor prioridad en el centro de trabajo, por lo cual su regulación, no sólo se constriñe al precepto en estudio, es decir no sólo puede originar una causa de rescisión con responsabilidad para el patrón, en cuanto a indemnización se refiere, sino que está relacionado con la disposición del artículo 994 en su fracción V, a través del cual podría imponérsele una multa hasta de 315 veces el salario mínimo vigente, por no observar las medidas de seguridad e higiene necesarias, para prevenir riesgos en su empresa, e inclusive podría duplicarse ésta multa, si en el lapso que las autoridades le conceden, no corrije las anomalías señaladas.

VIII. Comprometer el patrón, con su imprudencia o descuido inexcusables, la seguridad del establecimiento o de las personas habidas en él. En ésta causal, al igual que en la anterior, se pretende tutelar la integridad física de los trabajadores, inclusive se regulan ambas de la misma manera, con la diferencia de referirse aquella a una conducta omisiva del patrón, y ésta a una conducta activa, haciendo incapie en la relevancia que debería de revestir ésta causal.

IX. Las análogas a las establecidas en las fracciones anteriores, de igual manera graves y de consecuencias semejantes, en lo que al trabajo se refiere. Al respecto el autor Néstor de Buen, considera a éstas causas análogas una incongruencia, a diferencia de Mario de la Cueva, el cual nos señala, que el Legislador las contempla con gran acierto, pues éste no podría prever, la multitud de acontecimientos, los cuales podrían sucederse en el presente, o en el futuro. Nosotros en particular, estamos de acuerdo con el criterio de Mario de la Cueva, toda vez que sería contrario a derecho, constreñir una figura jurídica como la rescisión a ocho causales, fuera de las cuales no podría producirse, así cuando se llegará a presentar una conducta ya sea activa u omisiva de parte de cualquiera de los sujetos de la relación laboral, y que fuera de igual modo graves a las enumeradas en los artículos 47 y 51 de la Ley Federal del Trabajo, no se podría ejercitar ninguna acción de rescisión, así como tampoco de

despido, según corresponda, deviniendo éste en una injusticia total. Por lo antes señalado, consideramos, que aunque en derecho penal este recurso jurídico esté excluido tajantemente, en derecho laboral si se justifica su existencia.

2.6 DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES EN LOS DISTINTOS CASOS DE RESCISIÓN. Como ya se señaló, a nuestro criterio existen sólo dos tipos de rescisión, una es la rescisión decretada por el trabajador, y la otra, es la decretada por el patrón, desde luego fundadas legalmente. Para determinar los derechos y obligaciones, que ambas partes tienen dependiendo del tipo de rescisión de que se trate, las estudiaremos de manera separada.

En tal sentido, y por cuanto hace a la rescisión que decreta el trabajador, haciendo un poco de historia, cabe señalar que la anterior Ley del Trabajo de 1931 no contemplaba el derecho de antigüedad, por tanto, los trabajadores que rescindían el contrato de trabajo por motivo imputable al patrón, recibían por concepto de indemnización, una cantidad significativamente menor a la que en rigor de justicia les correspondería, toda vez que los beneficios económicos que se pudieren derivar de los derechos de antigüedad, no les eran reconocidos y consecuentemente tampoco eran pagados.

Afortunadamente la ley de 1970 vino a terminar con

ésta concepción, al reconocer plenamente los derechos que la antigüedad de los trabajadores, en el empleo pudiera originar. En este orden de ideas, al presentarse el acontecimiento de la rescisión que decreta el trabajador, este podrá aspirar a una indemnización, que se conformará dependiendo del tipo de relación de que se trate y la duración de la misma; así tenemos las siguientes hipótesis:

I. Cuando se trate de relación de trabajo por tiempo determinado menor de un año, y que desde luego la causa que origine la rescisión, haya nacido antes del vencimiento de éste término, el trabajador tendrá derecho a:

A). El pago de la indemnización constitucional, consistente en el importe de tres meses de salario; al respecto cabe apuntar que esta indemnización ya era contemplada desde la Ley Federal del trabajo de 1931, así como en el artículo 123 fracción XXII de la Constitución Federal.

B). El pago de una cantidad igual a la mitad de los salarios devengados durante el tiempo de prestación de servicios.

C). El pago de los salarios vencidos, computados desde la fecha de la separación del centro de trabajo, hasta que el trabajador sea indemnizado totalmente.

D). El pago de las prestaciones que se hayan originado, ya sea legal o contractualmente durante el tiempo de servicios prestados.

II. Cuando se trate de relaciones de trabajo por tiempo determinado mayor de un año, en este caso la indemnización consistirá en:

A). El pago de una cantidad igual al importe de seis meses de salario, esto por el primer año de servicios prestados.

B). El pago de una cantidad igual al importe de veinte días de salario, por cada año de servicios prestados posteriores al primero, y que en caso de ser menester se deberá pagar en forma proporcional.

C). El pago de los salarios vencidos, computados a partir del último día de servicios prestados, hasta la fecha en que sea pagado totalmente en términos de ley.

D). El pago también de todas las prestaciones surgidas de la ley o de el contrato de trabajo, durante el tiempo que duró la prestación de los servicios.

En estos casos, ya que la relación de trabajo es por tiempo determinado, se entiende que los empleados no tienen la planta, y consecuentemente no pudieron durante el

tiempo en que prestaron sus servicios, crear antigüedad, y así de esta manera, no tendrán derecho al pago de la prima legal por ese concepto, lo cual consideramos injusto y contrario al espíritu del derecho social, toda vez que no obstante que los trabajadores se encuentren ligados a la empresa, exclusivamente en un lapso determinado de tiempo, estos han sido objeto de una conducta injusta de parte de su patrón viéndose orillados a rescindir el contrato o la relación laboral, dentro del periodo en que todavía se encontraban en vigencia éstos, lo cual es idéntico al caso de las relaciones con ámbito temporal indeterminado, toda vez que en este último caso, la rescisión también se estaría llevando a cabo durante el plazo de vigencia del contrato o la relación del trabajo, y a causa de un actuar deshonesto del patrón. En este sentido el Maestro Nestor de Buen, señala que " la antigüedad no es un derecho, sino que es un hecho jurídico, del cual se desprenden derechos, ya que es un acontecimiento natural que produce consecuencias de derecho". (39) Así también el profesor Mario de la Cueva, opina al respecto de la antigüedad lo siguiente: "una realidad viva, dotada de fuerza dinámica propia, que va creando situaciones y derechos nuevos, desde su inicio, hasta su disolución definitiva". (40)

En razón de lo antes señalado, consideramos

39. DE BUEN LOZANO, Nestor, Derecho del Trabajo, tomo II Op. Cit. pág. 239.

40. DE LA CUEVA, Mario, Nuevo Derecho del Trabajo, tomo I Op. Cit. pág. 410.

que estos trabajadores, también deberían gozar del pago de la prima legal de antigüedad, la cual también en los casos de prestación de servicios por tiempo determinado menor de un año, se debería pagar en parte proporcional.

III. Cuando se trate de prestación de servicios por tiempo indeterminado, el trabajador tendrá derecho a:

A). El pago de una cantidad igual al importe de tres meses de salario.

B). El pago de una cantidad igual a veinte días de salario por cada año de servicios prestados.

C). El pago de una cantidad igual a doce días de salario, por año transcurrido en prestación de servicios; reiteramos que esta prestación no era contemplada en la Ley Federal del Trabajo de 1931, toda vez que no se reconocían en dicho ordenamiento los derechos de antigüedad, siendo hasta 1970 cuando con justicia fue prevista esta prestación.

D). El pago de los salarios vencidos, los cuales se contarán a partir de la separación del trabajo, hasta que sea indemnizado el trabajador como lo ordena la ley o en su caso el laudo.

E). El pago de las prestaciones derivadas del

contrato de la ley nacidas durante el tiempo en que los servicios fueron prestados.

Por lo que respecta a la rescisión decretada por el patrón ante un incumplimiento del trabajador, éste último tendrá derecho a:

A). El pago de doce días de salario por cada año laborado en concepto de prima legal de antigüedad.

B). El pago de las prestaciones derivadas de la ley o del contrato de trabajo respectivo, que se hayan originado del tiempo de prestación de servicios.

Por lo que hace al patrón éste sólo tendrá derecho a reclamar la responsabilidad civil del trabajador, en caso de que exista.

Respecto de la que nosotros asejamos como rescisión consensual, señalamos que se debe indemnizar por lo menos, y de una manera obligatoria con el pago de la prima legal de antigüedad, independientemente de la cantidad de tiempo laborado, asimismo con el pago de las prestaciones a que tenga derecho el trabajador, también derivadas de la ley o del contrato de trabajo, según el periodo en que prestó sus servicios. Así también y dada la naturaleza propia de esta figura jurídica, se podrán agregar el pago de las cantidades que convinieran ambas partes, como pudiera

ser el pago de la indemnización constitucional, o el pago de alguna gratificación y demás, pagos que tendrían el carácter de convencionales y no de obligatorios.

CAPITULO 3

SALARIOS VENCIDOS E INDEMNIZACION CONSTITUCIONAL

3.1 LOS SALARIOS VENCIDOS Y SU DEFINICION. La creación de los salarios vencidos se origina por una necesidad imperante del derecho social, derivada de una laguna legal de la ley de 1931; así en 1955 La Suprema Corte de Justicia de la Nación, acorde con la esencia de la antigua ley, creó jurisprudencia, en especial la número 1974 contenida en la página 1977 del apéndice al tomo CXVIII, en el sentido de que la duración del conflicto laboral se fijaba en el breve lapso de 94 días, por esta razón los patronos valiéndose de esta disposición, alargaban incesantemente los juicios, con la intención de que el trabajador por sus mismas condiciones económicas no soportara la carga del juicio y se desistiera de él, o lo abandonara, y valido de la circunstancia, de que si el trabajador lograba agotar todo el procedimiento y si llegaba a vencer al patrón, no podría ser condenado por concepto de salarios vencidos, más que al pago de 94 días, aunque el juicio hubiera durado un tiempo mucho mayor lo cual traía consigo una completa injusticia en perjuicio del obrero. Esta situación le vino a corregir la reforma al artículo 122 de la Ley Laboral anterior la cual se contiene en el decreto del 31 de diciembre de 1955, y corroborada por la resolución del pleno de La Suprema Corte de Justicia al amparo en

revisión 5089/60 a través de las cuales se creaba la obligación de pagar la totalidad de los salarios vencidos que se produjeran durante toda la tramitación del procedimiento laboral, y a su vez también se declaraba que la citada reforma no era inconstitucional y se apeaba al espíritu del artículo 123 de la Carta Magna, así tampoco afectaba ningún derecho de los patronos, toda vez que el pago de dichos salarios vencidos durante la tramitación del juicio, constituía el pago de los daños y perjuicios que legalmente debe cubrir el patrón como una consecuencia de la responsabilidad en la que incurrió.

El tema de los salarios vencidos no ha sido estudiado a fondo por casi ningún autor, la doctrina nacional los ha pasado por alto, por lo menos a nivel de obras generales, consecuentemente existe muy poca bibliografía que nos aporte algo de luz al respecto.

Así tenemos que por ejemplo Mario de la Cueva, no aporta ninguna definición de lo que son los salarios vencidos o caídos, sin embargo opina que estos se han asimilado a una especie de costas judiciales. (41) Por su parte Néstor de Buen Lozano, señala que el término salarios vencidos no es más que la expresión reducida de un concepto más amplio equivalente a indemnización, (42) por nombrar

41. DE LA CUEVA, Mario, Derecho Mexicano del Trabajo, tomo I, sexta edición, Porrúa, México 1961, págs. 832 y 833.

42. DE BUEN LOZANO, Néstor, Derecho del Trabajo, tomo II, op. cit. pag. 116.

solo estos. Un gran número de estudiosos del derecho se inclinan mejor por verlo desde un punto de vista general, sin entrar en detalle a su estudio, y señalan que se conocen con el nombre de salarios vencidos o caídos, los que debió recibir el trabajador desde la fecha de su despido, o desde el día en el cual se separó del trabajo, por causa imputable al patrón, hasta cumplimentarse el laudo en el cual se ordena la reinstalación, o el pago de las indemnizaciones. Como vemos nadie precisa la definición o concepto de los salarios vencidos de una manera directa. La ley por su parte tampoco nos aporta una definición, únicamente se encarga de hacer alusión, y enumerar los casos de procedencia de su pago, en su artículo 50 fracción III.

Para nosotros particularmente, después de un análisis de esta figura jurídica, los salarios vencidos o caídos vendrían a ser aquella contraprestación conformeda por valores en dinero y en especie, dejada de percibir por el trabajador, al no prestar sus servicios, por causa imputable al patrono, y que es debida por éste a aquel con motivo de la declaración de ilegalidad de dicha causa, por la autoridad competente.

3.2 NATURALEZA JURIDICA. Así como hay una escasa aportación de los doctrinarios a definir lo que son salarios vencidos, así también lo hay para determinar su naturaleza jurídica, son muy pocos los que hacen referencia específica

del tema, los cuales pasaremos a estudiar enseguida.

Para el maestro Mario de la Cueva, que como ya señalamos asimila los salarios vencidos a una especie de costas judiciales, en términos generales considera a la naturaleza jurídica de éstos como una indemnización. (43) Acorde con esta idea el profesor Nestor de Buen también refiere su naturaleza jurídica a una indemnización equivalente al importe de los salarios que habría devengado el trabajador si no se hubiera interrumpido la relación de trabajo. (44) Asimismo el doctor Miguel Borrel Navarro dice al unisono con los otros dos autores que se trata de una indemnización. (45)

Existen también otros autores, los cuales dicen que la naturaleza jurídica de los salarios vencidos es la de un tipo especial de salario; otros más afirman también que lo es el de una indemnización, siendo esté originada por los daños y perjuicios causados al trabajador, ya sea al separarlo de su empleo o al dar motivo a una causa, la cual lesione su dignidad y por la misma tuvo que dejar su trabajo.

Dentro de esta pluralidad de criterios hay aspectos

43. DE LA CUEVA, Mario, Derecho Mexicano del Trabajo, tomo I, op. cit. págs. 832 y 833.

44. DE BUEN LOZANO, Nestor, Derecho del Trabajo, tomo II, op. cit. pag 116.

45. *idem*.

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

muy interesantes, pero al igual que hemos venido procediendo durante todo este trabajo analizaremos todos los elementos de esta figura antes de determinar su naturaleza jurídica.

Antes de todo es necesario aclarar que para el surgimiento de la obligación de pagar una indemnización, debe existir una responsabilidad objetiva por parte del obligado; en éstos casos de despido patronal y de rescisión motivada por el mismo, existiría la responsabilidad hasta el momento en el cual la autoridad jurisdiccional competente declara la injustificación del despido del trabajador o la procedencia de la causa invocada por éste, para rescindir, y una vez calificada cualquiera de éstas dos conductas como ilegales, por la autoridad laboral respectiva, se estaría creando la responsabilidad para el patrón y en caso de que la declaración haya sido en sentido contrario, se estaría terminando toda esperanza del trabajador de ser pagado con alguna cantidad en concepto de salarios vencidos.

Una vez creada la responsabilidad para el patrono debemos analizar los elementos que dan origen a esa responsabilidad, con lo cual podremos saber también el parámetro, mismo se deberá utilizar para la indemnización, en tal sentido, es de considerarse lo siguiente, la responsabilidad se originaría por los daños y perjuicios causados, así tenemos el significado de daño como todo detrimento en el patrimonio de una persona, y perjuicio

vendría a ser todas las ganancias legítimas, las cuales por la conducta del responsable, se dejaron de percibir; en cuanto al daño este puede ser físico, el cual ya definimos, o puede ser moral, siendo este cuando una persona sufre un detrimento en su honor en su imagen pública y demás valores morales, ante tales afirmaciones, consideraríamos la necesidad de dividir las diversas hipótesis que se podrían presentar al respecto:

La primera de ellas es cuando el patrón da lugar a una causal de rescisión, de las contenidas en el artículo 51 de La Ley Federal del Trabajo, y el empleado opta por rescindir la relación, en este caso el único daño sujeto de causarsele a éste, sería un daño moral, el cual se deriva de la conducta del patrón a través de la cual se originó la causal de rescisión, este daño sería susceptible de valorarse en dinero, pero el establecimiento de los parámetros para su valoración es muy difícil de determinar.

La segunda hipótesis sería cuando el trabajador es objeto de un despido, de los costumbristamente llamados injustificados, caso en el cual se pudiera presentar también un daño moral, o no presentarse, dependiendo de la manera del patrón de haber exteriorizado el despido; consideramos que en ninguna de las dos hipótesis se presenta un daño material, es decir en ninguno de los dos casos existe un menoscabo en el patrimonio del trabajador, con ninguna de

las dos conductas descritas por parte del patrón, se le estaría quitando un solo peso, espero, por lo que hace el perjuicio, éste nace muy claramente en las dos hipótesis, puesto que todas las ganancias, las cuales en estos casos serían el salario, dejadas de percibir por el trabajador desde la fecha en la cual rescindió la relación de trabajo, o desde que lo corrieron, se encuadran perfectamente en el concepto de perjuicios, y se deberán pagar en ese concepto.

En cuanto al hecho de que si es salario o no los salarios vencidos, nosotros particularmente opinamos en el sentido siguiente, siñiéndose a la estricta interpretación literal de la definición contenida en la Ley Federal del Trabajo, en su artículo 82, definitivamente no se encuadrarían, en virtud de no ser los salarios caídos una retribución que deba pagar el patrón al empleado por su trabajo, más aún considerando el hecho de ser realizado el cómputo de los salarios vencidos, precisamente durante el tiempo en el cual el obrero ya no se encontraba laborando para la empresa, y al ingresar de nueva cuenta a está, o ser indemnizado, dejan de contabilizarse estos salarios vencidos, sin embargo existe otra circunstancia la cual, como ya se apuntó en el capítulo correspondiente de salarios, consiste en el desacuerdo de nosotros, con esa definición legal, pues no sólo en este supuesto se están dejando de prestar los servicios, también en el caso de las vacaciones, en el de los séptimos días, en el de los días

festivos y demas, tampoco se estan prestando los servicios y sin embargo existe la obligacion de pagarlos, siendo que la retribucion con la cual se pagan estos dias indiscutiblemente si es salario y si nos apearamos al concepto contenido en el articulo 82 no podrian ser contemplados de esa manera, siendo estas razones por las cuales nosotros consideramos que salario no sólo es la retribucion originada por el trabajo prestado, sino la contraprestacion originada por la prestacion del servicio " o con motivo " de la relacion o contrato de trabajo. En el caso particular se puede hablar de que los salarios vencidos se originaron de la relacion o el contrato de trabajo, pero exclusivamente para el caso en el cual el trabajador al ser despedido ejercita su accion de reinstalacion, pues al ser probado lo injustificado del despido y reinstalar al trabajador se entiende que la relacion continua como si nunca se hubiera truncado; el problema es cuando el trabajador ejercita accion de indemnizacion u opta por la rescision cuando el patron ha dado causa para ello, en virtud de que la relacion o el contrato de trabajo se verian extinguidos desde el momento en el cual el trabajador ha sido despedido y ejercita accion de indemnizacion, o desde el dia de rescision de la relacion y es precisamente a partir de esos momentos, hasta ser indemnizado totalmente el periodo a computar de los salarios vencidos, siendo que ya en ninguno de esos periodos existe la relacion o en su caso el contrato de trabajo, de lo cual resulta obvio afirmar,

una relación extinguida no puede generar la obligación de pagar salarios.

Por todos los anteriores criterios creemos que la naturaleza jurídica de los salarios vencidos es la de una indemnización, por los perjuicios causados al trabajador al despedirlo o darle motivo para rescindir la relación, y en tal sentido consideramos que la ley contribuye a crear esa impresión, toda vez que en algunos casos les da a los salarios vencidos el trato de indemnización y en otros de verdaderos salarios, consecuentemente nos sería de mucha utilidad una reforma a la ley en ese sentido de precisarlos y referirse de esa manera en todo su articulado.

3.3 FUNDAMENTO LEGAL DE LOS SALARIOS VENCIDOS Y SUS CASOS DE PROCEDENCIA. El fundamento legal con el cual se inicia la responsabilidad patronal surge de lo dispuesto por el artículo 31 de La Ley Federal del Trabajo, mismo que señala que los contratos y las relaciones de trabajo obligan a lo expresamente pactado, y a las consecuencias surgidas conforme a las normas de trabajo, a la buena fe y a la equidad. Asimismo el numeral 132 del citado ordenamiento apunta que " Son obligaciones de los trabajadores: ... II pagar a los trabajadores los salarios e indemnizaciones de conformidad con las normas vigentes en la empresa o establecimiento". El artículo 133 señala que "queda prohibido a los patrones: ... VII. Ejecutar cualquier acto

que restrinja a los trabajadores los derechos que les otorgan las leyes.

La obligación directa de pagar los salarios caídos, surge de lo dispuesto por los artículos 48 párrafo segundo de la ley en cita, el cual señala que una vez rescindida la relación de trabajo por el patrón, si éste no comprueba en el juicio correspondiente la causa de rescisión, tendrá derecho el trabajador a que se le paguen los salarios vencidos desde la fecha del despido, hasta que se cumplimente el laudo, independientemente de la obligación principal.

Así también el artículo 49 y el 52, de los cuales el primero contiene los casos de excepción en que el patrón no podrá ser obligado a reinstalar a un trabajador; y el segundo a su vez nos marca la hipótesis de cuando el trabajador rescinde el contrato o la relación de trabajo por causa imputable al patrón, y ambos numerales nos remiten al diverso artículo 50, el cual en su fracción III precisa las indemnizaciones a que se refieren los artículos 49 y 52 ya señalados, al puntualizar: Artículo 50. "Las indemnizaciones a que se refiere el artículo anterior consistirán: indemnizaciones que consistirán en:... III... en el importe de tres meses de salario y en el de los salarios vencidos desde la fecha del despido hasta que se paguen las indemnizaciones".

Por lo que respecta a los casos de procedencia del pago de salarios vencidos, tenemos que hay diversas hipótesis, las cuales enumeraremos enseguida, empezando por la de mayor importancia para el tema en estudio, y así tenemos:

1). La hipótesis del despido patronal sin causa alguna en perjuicio del trabajador, ésta es la más importante para nuestro trabajo y la que en la realidad se practica más comúnmente en las empresas, aquí la procedencia de los salarios vencidos se va a originar en el momento en que el patrón no puede justificar la causa legal por la que despidió al trabajador, en términos del artículo 48 de la Ley Federal del Trabajo, va sea que el empleado ejercite la acción de indemnización o la de reinstalación, o en su caso el patrón se niegue a la reinstalación del trabajador cuando esté obligado a ello, en los casos de excepción a que se refiere el artículo 49 de la ley.

2). La segunda hipótesis, que también lo es en cuanto a importancia, es la de la rescisión ejercida por el trabajador, ante el nacimiento de una causal originada por la parte patronal; en este caso procederá su pago una demostrado que el patrón efectivamente dio causa suficiente para ello, sirviendo de base legal al surgimiento de la obligación, el artículo 50 de la Ley invocada.

3). La tercera hipótesis es la que se refiere a la

terminación por parte del patrón de la relación de trabajo, y en la cual no comprueba la causa de esa terminación; se deberán pagar los salarios vencidos con base en el numeral 55 en relación con el 48 de la Ley de trabajo.

4). La cuarta hipótesis ya sin importancia para nuestro tema, pero en la que puede proceder también el pago de los salarios vencidos, es el caso de la suspensión colectiva de las relaciones de trabajo, y ante el incumplimiento del patrón de reanudar a los trabajadores en sus empleos, una vez que desaparezca la causa que motivó la suspensión en términos de los artículos 431 y 432 de la Ley Laboral. Cabe apuntar que dichos numerales también nos remiten a los artículos 50 y 48 respectivamente, para indicarnos los elementos que integran la indemnización correspondiente, dentro de los cuales se encuentran desde luego los salarios vencidos.

5). La quinta hipótesis es la que hace alusión al caso de la huelga, en la cual para su terminación, el patrón se allana a las peticiones de los trabajadores, contenidas en su escrito de emplazamiento, supuesto en el cual se tendrá obligación de pagar los salarios que se hubieren vencido, en términos del artículo 469 fracción II de la Ley laboral.

6). La sexta hipótesis es la que se contiene en el artículo 491 de la ley invocada, la cual hace alusión a las

incapacidades temporales, y no obstante que dicho numeral no se refiere expresamente a salarios vencidos, nosotros en particular consideramos que sí comparten la misma naturaleza jurídica, pues la indemnización consistirá en el pago íntegro de los salarios dejados de percibir por el trabajador mientras esté imposibilitado para prestar los servicios.

7). La septima hipótesis se refiere al caso de la huelga, en la cual procederá el pago de los salarios vencidos de los trabajadores huelgistas, durante todo el tiempo de duración de ésta, una vez declarado por la autoridad competente que los motivos de la huelga son imputables al patrón. Cabe hacer notar que se ha hecho costumbre, cuando se resuelve una huelga através de convenio, se pagan la mitad de los salarios caídos originados durante está.

8). Este último caso contemplado en la Ley, se refiere a la hipótesis de cuando el patrón se negare a someter sus diferencias al arbitraje o a aceptar el laudo pronunciado por la junta, atento al contenido del numeral 947 en su fracción IV.

3.4 EL MONTO DE LOS SALARIOS VENCIDOS. El monto de los salarios vencidos estará en relación con la acción que se ejercite; para efectos de nuestro tema estudiaremos las tres que nos importan, y que son las siguientes:

I. Cuando el trabajador es despedido y ejercita una acción de reinstalación o cumplimiento de contrato.

II. Cuando el trabajador es despedido y ejercita una acción de indemnización.

III. Cuando el trabajador rescinde la relación de trabajo por causa imputable al patrón.

En el primer caso, el monto de los salarios vencidos, será el del salario que percibía el trabajador antes de ser despedido, más todos los aumentos legales, contractuales y los provenientes de una fuente diversa a éstos y los cuales hayan sido demostrados en el juicio laboral, considerados estos aumentos, hasta el momento en que el empleado sea reinstalado, pues se debe entender que la prestación del servicio debió de haber continuado normalmente, de no ser por una causa imputable al patrón.

En el segundo caso, cuando la acción principal ejercitada fué la indemnización constitucional, se entiende la preferencia del actor por la ruptura de la relación, la cual tuvo lugar desde el momento del despido injustificado, por lo mismo, al considerarse procedente esa acción, los salarios vencidos reclamados, deberán cuantificarse en base al salario percibido a la fecha del despido, sin tomar en cuenta ningún aumento posterior, por

ningún concepto, y aunque dichos salarios se paguen con posterioridad al despido.

En el tercer caso, el monto de la indemnización se va a manejar igual al caso que precede, en virtud de que también aquí el actor se inclina por la ruptura de la relación al rescindir el contrato de trabajo por propia voluntad, y en consecuencia no se tomará en cuenta ningún aumento posterior a la fecha de la rescisión.

3.5 LA INDEMNIZACION CONSTITUCIONAL Y LA RESPONSABILIDAD EN EL DERECHO DEL TRABAJO. Quisieramos empezar este apartado con la frase del Maestro José Dávalos, el cual apunta "si permitimos que la neblina del olvido cubra las conquistas de los trabajadores, el día en que se disipe sólo encontraremos vestigios de lo que fueron sus derechos". (46) En el caso particular creemos que quizá no se estén dejando en el olvido los derechos del trabajador cuando es despedido arbitrariamente por el patrono, o cuando le asista una causa legal para rescindir la relación de trabajo, sino que estos derechos cada día se van volviendo más anacrónicos, y no se someten a un proceso de actualización con el cual se pongan al día con las exigencias cambiantes del derecho laboral moderno, por lo que su aplicación día con día va resultando más imprecisa e

46. DAVALOS, José, Temas Laborales, tercera edición, Porrúa, México 1990, pág. 71.

inclusive en algunos casos injusta.

Como ya lo habíamos mencionado, la Ley Federal del Trabajo establece los diversos casos en los cuales el trabajador tendrá derecho al pago de una indemnización, como los de despido injustificado, los de negativa patronal a la reinstalación de los trabajadores que se señalan en el artículo 49, separación del empleo por causa atribuible al patrón y demás. Asimismo la Ley también señala el monto de las indemnizaciones correspondientes, dentro de las cuales en éste apartado nos ocuparemos sólo de la indemnización constitucional.

La indemnización constitucional que no es definida por casi ningún autor, en virtud de no presentar problema su interpretación y entendimiento e inclusive en su mismo nombre lleva intrínseca su naturaleza jurídica indiscutible de indemnización, ya que no se paga en concepto de salario, ni de gratificación, ni de ninguno otro, sino exclusivamente con fines indemnizatorios. Para nosotros la indemnización constitucional vendría a ser el conjunto de cantidades que en concepto de daños y perjuicios deben pagar los patronos a los trabajadores cuando incurren en una responsabilidad que origine la disolución temporal o permanente de las relaciones laborales, señaladas por la ley y que como mínimo será de tres meses de salario.

Señalamos que sus fines son indemnizatorios en

virtud de ser derivado de una responsabilidad imputable al patrón y como ya lo hemos apuntado, genéricamente el presupuesto básico de una responsabilidad estriba en un daño o un perjuicio, los cuales a su vez van a ser originados por la realización de un acto o un hecho jurídico o ambos, los cuales perjudiquen a una persona, siendo en este caso el trabajador, y dando por tanto, nacimiento al derecho del empleado a ser indemnizado.

La responsabilidad se puede crear incluso por caso fortuito y es de especial importancia para el derecho laboral, pudiendo incurrir en ella ambos sujetos de la relación laboral.

Específicamente en materia laboral, para nacer una responsabilidad, es presupuesto esencial la violación de una obligación, pues sin ello no podrá crearse ningún tipo de responsabilidad. Dentro de los daños posibles a causarse al trabajador está el daño moral, el cual nunca es tomado en cuenta para efectos indemnizatorios, y el cual a veces es más grave incluso que el daño material, al respecto algunos autores han señalado la no susceptibilidad de apreciación pecuniaria, pero la mayoría considera la obligación de cuantificarse y resarcirse el daño moral, criterio con el cual nosotros estamos de acuerdo, así también hay otros autores más extremistas, los cuales señalan al respecto, que incluso debería tener el carácter de punitivo.

La indemnización Constitucional surge pues, en los casos de despido sin justificación y rescisión imputable al patrón, del incumplimiento por parte de éste, de su obligación de guardar a los trabajadores la debida consideración, y de la obligación de reinstalar al trabajador en su empleo, en los casos a que se refiere el artículo 49 de la ley, así como de las obligaciones derivadas del principio de estabilidad.

3.6 LOS DISTINTOS REGIMENES INDEMNIZATORIOS Y EL CASO DE MEXICO. Existen varios tipos de sistemas o regímenes de indemnización rescisoria por despido ya sea llamado injusto, incausado, abusivo y demás, y por rescisión imputable al patrono. Algunos de esos sistemas son muy poco importantes por su pequeña magnitud, por lo cual resultan intrascendentes, otros en cambio por su importancia son muy significativos, y han llegado a influenciar a un gran número de naciones para el establecimiento de las directrices a seguir por su legislación laboral. A saber los sistemas más importantes son:

- I). El sistema Franco Germano y
- II). El sistema Italiano.

El sistema Franco Germano. Este sistema se caracteriza por buscar la reparación del daño y/o perjuicio producido, por la conducta del patrono al despedir al

empleado o al dar motivo a éste para rescindir, basado o auxiliado en las normas del derecho común, valoradas en relación con el abuso del derecho que realiza el empleador en su actuación indebida.

En este sistema no se cuenta con disposiciones laborales específicas, aplicables a los casos de pagos de indemnización por despido.

El sistema Italiano, el cual se caracteriza por tener normas aplicables a los casos concretos en materia de trabajo, y en el cual el monto de las indemnizaciones de los trabajadores va en relación con el tiempo del contrato o relación laboral, y atendiendo hacia su pasado y futuro ; asimismo se caracteriza por poseer un sistema tarifario, para el pago del concepto señalado.

Como se desprende de las características de cada sistema enunciado, es indiscutible la inclinación de la legislación mexicana, la cual siguió los lineamientos del sistema italiano, toda vez que contamos con un ordenamiento específico, siendo éste la Ley Federal del Trabajo, y la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, para regular los casos laborales específicos de pago de indemnizaciones por despido o rescisión con responsabilidad patronal, asimismo se determina en ellos la cuantía específica a cual debe ascender el monto de dicha

indemnización, siendo éste de tres meses como mínimo, e inclusive tiene su denominación propia al llamarla indemnización constitucional, sin tener la necesidad de recurrir o auxiliarse del derecho civil, al cual es aplicado al derecho laboral solo de un modo supletorio.

Nuestro criterio en este sentido, es que resulta más atinado contar con un ordenamiento específico, para regular exclusivamente la materia laboral, dada la diferente naturaleza de ésta, con el derecho civil.

3.7 FUNDAMENTO JURIDICO Y PROCEDENCIA DE LA INDEMNIZACION CONSTITUCIONAL. Por lo que hace al fundamento legal de la indemnización llamada constitucional, desde luego que su base más fuerte la encontramos en el ordenamiento federal supremo, en su artículo 123, apartado "A", fracción XXII, en el cual se apunta que " el patrono que despidiera a un obrero sin causa justificada o por haber ingresado a una asociación o sindicato, o por haber tomado parte en una huelga lícita, estará obligado, a elección del trabajador, a cumplir el contrato o a indemnizarlo con el importe de tres meses de salario. La ley determinará los casos en que el patrón podrá ser eximido de la obligación de cumplir el contrato, mediante el pago de una indemnización. Igualmente tendrá la obligación de indemnizar al trabajador con el importe de tres meses de salario cuando se retire del servicio por falta de probidad del patrono, o por recibir de

el malos tratamientos, ya sea en su persona o en la de su conyuge, padres, hijos o hermanos...".

Más específicamente, el particular se regula en la ley reglamentaria de dicho artículo en su apartado señalado, a través del numeral 48, el cual apunta lo siguiente: " el trabajador podrá solicitar ante la Junta de Conciliación y Arbitraje, a su elección, que se le reinstale en el trabajo que desempeñaba, o que se le indemnice con el importe de tres meses de salario ". Desde luego el contenido de este artículo, regula la hipótesis de los trabajadores pertenecientes al régimen general, y cuya relación de trabajo sea por tiempo indeterminado mayor de un año.

En ese sentido, los casos de excepción siguientes: Trabajadores de confianza, domésticos, eventuales, los que tengan una antigüedad menor de un año, y los que trabajen en contacto directo y permanente con su patrón; éstos serán regulados por el artículo 50 fracción III, el cual transcribimos enseguida: "las indemnizaciones a que se refiere el artículo anterior consistirán: ... III Además de las indemnizaciones a que se refieren las fracciones anteriores, en el importe de tres meses de salario, y en el de los salarios vencidos desde la fecha del despido, hasta que se paguen las indemnizaciones". Así también esta disposición es aplicable al caso de los trabajadores que rescinden la relación de trabajo por causa imputable al

patrón, atento al contenido del artículo 52 del citado ordenamiento laboral, el cual nos remite de nueva cuenta al diverso artículo 50, para el pago de la indemnización que nos ocupa.

Por lo que respecta a la procedencia del pago de los tres meses de salario en concepto de indemnización constitucional, éste será viable en los siguientes casos:

1). El de más importancia para nuestro tema, cuando un trabajador sea despedido por su patrono, sin haber dado motivo legal para ello, en términos del artículo 48, de la ley de trabajo.

2). Cuando un patrón, teniendo la obligación legal de reinstalar a un trabajador, se niega a ello, y se trate de los trabajadores referidos en el artículo 49, quedará eximido de esa obligación, si indemniza a dichos trabajadores en términos del precepto 50.

3). Cuando el patrón da por terminada la relación de trabajo con su empleado, y no comprueba la causa de terminación, atento a lo señalado por el artículo 55 en relación al 48 de la ley laboral.

4). La hipótesis contenida en el artículo 430, aunque no se trate propiamente de una indemnización constitucional, consideramos que sí podría ser una especie de ésta, ya que

en ella se trata de indemnizar de los daños y perjuicios que se producen a los trabajadores, al autorizar la suspensión colectiva de las relaciones laborales, con la diferencia de que en éste caso, su monto será de un mes de salario como máximo.

5). En el caso de la suspensión colectiva de las relaciones, una vez que dejen de subsistir las causas motivadoras de dicha suspensión, y el patrón no reanude a los trabajadores a sus empleos, en el término de treinta días que tiene para ello, en términos del artículo 431, el cual nos remite nuevamente al artículo 50 del mismo ordenamiento en cita.

6). Cuando el patrón deje de cumplir con sus obligaciones que le impone el numeral 432, las cuales tienen el fin de dar a conocer a los trabajadores suspendidos, que las causas de la suspensión han terminado, ante este incumplimiento, los trabajadores tendrán derecho a ejercitar las acciones del artículo 48, una de las cuales es precisamente la de la indemnización constitucional.

7). El caso de la terminación colectiva de las relaciones laborales, que no sea imputable a los trabajadores, ni tampoco a la voluntad del patrono, en términos del artículo 434 en relación con el 436 de la multicitada ley.

8). La hipótesis contemplada por el artículo 439, guarda la

misma situación que el cuarto caso señalado anteriormente, pues se trata del recorte de personal, por la introducción de nueva maquinaria o métodos nuevos de trabajo, y no obstante de no tratarse propiamente de una indemnización constitucional de tres meses, tiene la misma finalidad de ésta, con la diferencia de ser su monto de cuatro meses.

9). En el caso de que el patrón se niegue a someter sus diferencias al arbitraje, o a aceptar un laudo ya pronunciado, estará obligado a pagar la indemnización constitucional al trabajador, en términos del artículo 947 fracción II, del ordenamiento de trabajo.

CAPITULO 4

EL SALARIO INTEGRADO Y SUS ELEMENTOS

4.1 ASPECTOS GENERALES. El salario integrado es también conocido con el nombre de salario base, en este sentido, la mayoría de los autores, por no decir todos, están de acuerdo con la referencia hecha de él, por La Ley Federal del Trabajo, respecto a la forma de integrarse, pero en lo cual si se encuentran en desacuerdo algunos de ellos, es en la exclusión de determinados elementos, hecha ya sea por la ley o por la jurisprudencia, de tenerlos como integrantes del salario, existiendo disparidad de criterios entre ellos mismos inclusive; de esta manera y antes de abordar el fondo del asunto, cabe mencionar que la ley en su artículo 84, nos señala los elementos con los cuales se va a integrar el salario, al puntualizar que el salario se integra con los pagos hechos en efectivo por cuota diaria, gratificaciones, percepciones, habitación, primas, comisiones, prestaciones en especie y cualquier otra cantidad o prestación que se entregue al trabajador por su trabajo.

De acuerdo con esta idea, la interpretación de la ley está considerando que el salario se compone de dos tipos de prestaciones, en efectivo y en especie, lo cual estudiaremos a detalle en el apartado que sigue; en tal virtud, el Doctor Miquel Borrel Navarro señala, que el

salario integrado "es el salario constituido por todas las prestaciones y retribuciones del trabajador"; la jurisprudencia por su parte, establece que el salario se integra con todas las ventajas económicas establecidas a favor del trabajador. (47)

La disposición de este artículo 84 vino a resolver un problema que se había suscitado y debatido entre la jurisprudencia y la doctrina, referente a las prestaciones integratorias del salario, siendo el contenido de ese numeral, el resultado de una serie de ejecutorias dictadas desde 1934, las cuales crearon jurisprudencia, en la Suprema Corte de Justicia, la cual fué reproducida textualmente por dicho artículo 84, jurisprudencia que se encuentra contenida en el apéndice al Semanario Judicial de la Federación del año de 1965, Quinta parte, Cuarta sala, Tesis No. 151 página 143.

Como sucede en todas las reformas, o modificaciones laborales, que impliquen beneficios a favor del trabajador, se dejaron escuchar gran cantidad de objeciones y observaciones del sector empresarial, en el sentido de que por salario debería entenderse exclusivamente la cantidad pagada en efectivo, y todos los beneficios entregados al trabajador fuera de ese rubro debían

47. BORREL NAVARRO, Miquel, Análisis Práctico y Jurisprudencial del Derecho Mexicano del Trabajo, tercera edición, Sista, México 1992, pag. 97.

considerarse prestaciones complementarias o adicionales; desde luego estos criterios nunca pudieron ser tomados en cuenta realmente, ya que rompían con el concepto unitario de salario, y pasaban por alto la jurisprudencia de nuestro más alto Tribunal Judicial, y la doctrina extranjera y nacional más fundamental.

De todo lo señalado, se infiere claramente que el salario no consiste únicamente en la cantidad de dinero pagada en forma periódica y regular por el patrón al trabajador, si no, además de esa contraprestación la cual podríamos llamar principal, se encuentran comprendidas, todas las ventajas económicas establecidas en el contrato o en la ley a favor del obrero, las cuales podrían ser accesorias, pero formativas del salario.

4.2 CLASIFICACION DE LOS ELEMENTOS INTEGRANTES DEL SALARIO. En materia meramente laboral, no encontramos ningún autor que haya hecho una clasificación de los elementos formativos del salario; existen algunas en materia de seguridad social, que desde luego no son iguales, por la diferencia de las materias que regulan, pero no por eso son menos importantes, sin embargo no pueden ser aplicadas para casos exclusivamente laborales.

Así pues, nosotros consideramos que los elementos del salario, para fines indemnizatorios, en términos del

artículo 84 de la Ley Federal del Trabajo, pueden clasificarse en cuatro apartados, que enseguida enumeramos:

- I. Percepciones fijas
- II. Prestaciones en especie fijas
- III. Percepciones variables
- IV. Prestaciones en especie variables

Percepciones fijas. Son todas aquellas cantidades de dinero, pagadas al trabajador por su trabajo o con motivo de el y cuyos montos son establecidos previamente, dentro de los cuales esta el elemento más importante que es el salario, algún sobresalario en caso de existir, la prima vacacional y demás, en general todas las percepciones contempladas así por la ley o el contrato de trabajo correspondiente ya sea individual o colectivo de trabajo. Cabe mencionar que existen algunas prestaciones como el aguinaldo, las cuales aunque son conocidas previamente en cuanto a su monto, son excluidas de una manera la cual consideramos indebida, ya sea por la ley o por la jurisprudencia, para efectos de integrar el salario, idea con la cual distamos y más adelante expondremos las razones consideradas para ello.

Prestaciones en especie fijas.- En este caso al igual que en el anterior, también serán conocidas previamente, con la diferencia de ser estas prestaciones pagaderas en especie, las más comunes son la habitación y la

alimentación gratuita para el trabajador, así como la despensa, sin ser las únicas desde luego, ya que cualquier prestación con esas características podrá incrementar el salario; obviamente esas prestaciones deberán ser proporcionadas al trabajador de una manera regular y no esporádica.

Percepciones variables. En esta clasificación, las características de sus elementos integrativos, consistirán en no ser conocidos previamente en cuanto a sus montos, pues estén sujetos a una contingencia, relacionada generalmente con la eficacia del trabajador, en cuanto al volumen de los trabajos a realizar, o al porcentaje establecido para el pago sobre una actividad determinada. En esta hipótesis consideramos que entrarían los salarios de los trabajadores a destajo, y en su caso el de los comisionistas e inclusive para nosotros en particular el de los trabajadores llamados de la propina.

Prestaciones en especie variables. En esta hipótesis se clasifican las prestaciones pagaderas al trabajador en especie y las cuales también van a ser variables, en virtud de no ser conocido previamente su monto, como por ejemplo el caso del trabajador el cual utiliza su propio vehículo para trabajar con la necesidad de trasladarse de un lugar a otro, sin saber previamente los viajes que realizará en la semana, por lo cual según los

traslados hechos, la empresa le proporcionara gratuitamente gasolina, sin ser gastos significativos de viaticos, ni peaje, ni ninguna prestación de ese tipo; consideramos a este caso como de excepción, pues generalmente estas prestaciones en especie son establecidas con antelación a su pago, y en la mayoría de los casos son fijas y no variables, pero eso no excluye que en la realidad se puedan presentar, por lo cual incluimos este apartado en la clasificación.

Es importante mencionar que esta clasificación es exclusivamente destinada a los elementos integrantes del salario para efectos indemnizatorios por despido o por rescisión con responsabilidad patronal, por que aunque algunos de estos elementos, podrían ser igualmente contemplados para otro tipo de indemnizaciones, como el caso de accidentes de trabajo, enfermedades, muerte del trabajador y demas, al momento de contemplarlos todos en su totalidad, van a ser muy diferentes los que integren el salario de una u otra indemnización.

4.3 ELEMENTOS CONTEMPLADOS POR LA LEY O LA JURISPRUDENCIA COMO INTEGRANTES DEL SALARIO. En este apartado vamos a hacer una enumeración y estudio de los elementos más comunes e importantes, tomados en consideración para efectos de integrar el salario de un trabajador proximo a ser indemnizado en concepto de despido injustificado o por rescisión de la relación laboral que lo

unía con un patrón el cual ha dado motivo legal suficiente para ello, dicha enumeración es meramente enunciativa y nunca limitativa, pues existen o pueden existir mayor cantidad de elementos que incrementen el salario en estudio, e inclusive en un futuro podrían contemplarse otros nuevos, ya sea en los contratos colectivos o en la Ley Laboral.

Así, tenemos que integran el salario, dentro de las llamadas primas los siguientes elementos:

La prima dominical. Esta prestación desde luego integrará el salario base, y se contempla para los trabajadores que prestan sus servicios los días domingos, casos en los cuales además de pagarles su salario, se deberá abonar una cantidad igual al 25% sobre el salario de los días ordinarios, como mínimo; precisamente ese porcentaje es el que se tomará en consideración para efectos de integrar dicho salario.

La prima vacacional. Esta es una prestación que deberá percibir el trabajador al tomar sus vacaciones, y cuyo monto deberá ser de por lo menos el 25% del salario que corresponde al período vacacional respectivo, siendo en este caso, y al igual en la prima dominical, el porcentaje está, el cual se tomará en consideración para efectos de integrar el salario, y no el pago de vacaciones en sí, pues este último no puede ni debe ser contemplado para esos

finés.

Cabe señalar que hay autores como el Doctor Miguel Borrel Navarro (48), que consideran que la prima vacacional no debe incluirse en el salario integrado "porque las cantidades que recibe el trabajador por ese concepto, no incrementan en modo alguno el salario diario..."; nosotros estamos en desacuerdo con esa posición, ya que si bien el pago de vacaciones se hace por los días dejados de laborar exclusivamente, el pago de la prima vacacional se realiza en un porcentaje legal o contractual sobre ese pago de vacaciones, es decir sobre el salario correspondiente a los días que se dejaron de laborar, lo cual indudablemente está aumentando dicho salario, quizás en una cantidad mínima pero sí existe aumento.

Primas por ingresos adicionales en labores ordinarias. Este tipo de primas, que regularmente son pagadas en la denominada semana mayor, actualizan su procedencia, del hecho de ser ingresos adicionales derivados de las labores ordinarias, ingresos que necesariamente se verán incrementados con el paso del tiempo, lo cual les da el carácter de permanente, y por tanto se deben tomar en cuenta para efectos de integrar el salario base.

48. BORREL NAVARRO, Miguel, Análisis Práctico y Jurisprudencial del Derecho Mexicano del Trabajo, Op. Cit. pág. 97.

Dentro de las llamadas prestaciones en especie tenemos:

Las despensas. Esta prestación es costumbre de algunas empresas que tienen por lo regular un buen nivel económico, las cuales otorgan normalmente viveres y productos de consumo cada mes a sus empleados; estas deben ser entregadas de manera gratuita, característica que les da su particularidad para ser considerada como parte del salario integrado.

Pagos de luz o electricidad. Esta prestación al igual que la anterior es considerada en especie, y aunque algunos autores, la señalan como no integrante del salario, argumentando que lo pagado al trabajador por ese concepto, éste no puede disponer de él libremente, pues lo debe aplicar exclusivamente al pago de dicho concepto; nosotros personalmente consideramos a tal argumento como no suficiente para la contemplación de estos pagos como integrantes del salario, asimismo va en contra del principio de la libre disposición de los salarios, pues el trabajador no obstante de recibir ese pago para tal concepto, puede gastárselo o darle el destino conveniente para él, e inclusive dejar de pagar la luz, o siquiera contar con ella, subsistiendo aun en éstos casos la obligación patronal de seguir efectuando los pagos, toda vez que ya ha sido convenida como una obligación a su cargo, por lo cual obviamente incrementarán el salario en cuestión.

Pagos de teléfono. Esta prestación comparte la misma naturaleza de regulación que la anterior, siendo el monto de ambos el que se convenga en el contrato de trabajo respectivo, ya que la ley no nos precisa la cuantía ni mínima ni máxima de tales pagos.

Pagos para actividades culturales y/o deportivas. Este tipo de percepción se hace más bien con un fin recreativo, y creemos que no presenta mayor problema su entendimiento en relación con la integración del salario, pues incrementara su monto en relación a la cantidad percibida por el empleado por tales conceptos.

Colegiaturas. Esta prestación que percibe el trabajador es para ayuda del mismo en la actividad educacional de sus hijos, siendo también el caso, que una vez convenidas en el contrato respectivo, si el trabajador no las ocupa para ese fin no se le podrán dejar de pagar ni será motivo suficiente para dejar de conformar el salario base.

Autoávil. Existe jurisprudencia basta, en el sentido de que esta prestación para poder ser considerada como integrante del salario, no debe ser proporcionada sólo con fines de herramienta de trabajo, ni para uso exclusivo de la prestación del servicio, y fuera de esos conceptos el trabajador podrá utilizarlo, inclusive para cuestiones

personales y desde luego considerarse como integrante del salario.

Ropa y uniformes. Esta prestación comparte las mismas características que la anterior del automóvil, por lo cual en obviada de repeticiones no volvemos a señalar su caso de procedencia.

Pagos de impuestos sobre productos de trabajo. Esta prestación tampoco presenta un gran problema, ya que el pago de dicho impuesto es una obligación a cargo del trabajador, y si se ha convenido entre ambos sujetos de la relación laboral, que tal obligación será absorbida por el patrón, es evidente que esta prestación representa un ahorro personal del obrero, también será conocida previamente y se pagará de manera continua y no ocasional, y desde luego aumentará su salario real, razones por las cuales si tendrá que considerarse para efectos de integrar el salario.

Horas extras. Esta prestación para poder ser considerada como integrativa de salario para efectos indemnizatorios, es menester que se encuentren convenidas de una forma fija y permanente de lo contrario, es decir si fueran laboradas de manera esporádica, deberán ser excluidas para tales fines.

El pago de la renta o un porcentaje de ella y la habitación. Este tipo de percepción pudiera ser pagado en

especie, en el caso de que el patrón proporcione gratuitamente un inmueble para la habitación del trabajador mientras éste presta sus servicios para aquel, o pudiera entregárselo directamente al empleado, una cantidad de dinero en concepto de ayuda de un porcentaje de renta, o de su totalidad; como ya se señaló anteriormente ésta prestación también debe ser proporcionada de manera gratuita para que pueda ser tomada en cuenta en el salario base.

Gratificaciones habituales y/o de fin de año. El requisito más importante para la procedencia de esta prestación como integratoria del salario, estriba en el hecho de encontrarse pactada como percepción permanente y continua o habitual, pues muchas veces el patrón, con el exclusivo ánimo de regalar algo o deshacerse de algún objeto o propiedad, o como forma de agradecer alguna conducta en particular de su trabajador y demás, entrega esporádicamente alguna cantidad de dinero o en especie, sin tener la intención de realizarla permanentemente, siendo que de ese manera no podrá ser considerada para efectos integrativos.

Pasajes o gastos de traslado o transporte. Esta prestación también puede ser pagada en especie cuando la empresa proporciona gratuitamente los vehículos y choferes para transportar a los trabajadores de su casa a la empresa y viceversa, asimismo en otro de los casos podría

entregársele directamente al empleado una parte o la totalidad de las cantidades que éste erogue para realizar dicho traslado, caso en el cual se aumentará en esa proporción el salario base.

Gastos de representación de los agentes de ventas. Este tipo de prestación, como se puede apreciar es exclusiva para los trabajadores denominados agentes de ventas, o para empleados, los cuales desarrollen trabajos análogos, y se trata de las cantidades entregadas al trabajador por la empresa, para ser empleadas por aquel a su libre arbitrio, con el fin de obtener mayor número de clientes, con lo cual lógicamente se verían beneficiadas ambas partes, desde luego no se tendría obligación de justificar con notas o recibos de ninguna especie el destino que el trabajador le diera a esas cantidades, razones todas éstas; por las cuales esta prestación es susceptible de integrar el salario en términos del artículo 84 de la Ley Federal del Trabajo.

Alimentación. Este tipo de prestación no representa tampoco un mayor problema, puesto que si es proporcionada también en especie y gratuitamente al trabajador, formará parte del salario integrado, asimismo si se paga una parte o la totalidad de las cantidades que el empleado utiliza diariamente para su alimentación, también en ese porcentaje se incrementará el salario base.

En general estos son los elementos más comunes que

pueden ser tomados en cuenta para incrementar el salario base, pero estos, como se ha señalado no son los únicos, pues existen algunos otros que pudieramos llamar casos de excepción, los cuales también podrían ser utilizados para esos fines, asimismo se encuentran todos los contemplados por la ley, para cada caso en particular de los regímenes especiales de trabajo.

4.3.1 CARACTERÍSTICAS DE LOS ELEMENTOS INTEGRATIVOS DEL SALARIO. Es importante señalar que no obstante en este trabajo tratamos de enmarcar las características propias de los elementos, los cuales forman parte del salario base para efectos indemnizatorios en los casos de despido y de rescisión con responsabilidad patronal, no existe un patrón o modelo único, el cual establezca de forma tajante las características exclusivas de éstos elementos, y las que sean de los elementos no integrativos de salario, pues existen algunos, como el pago de la participación de los obreros en las utilidades de las empresas, el cual aunque goza de todas las características de los elementos considerados integrantes, y sin embargo es excluido por la ley, para efectos de integrar el salario base, lo cual para algunos resulta indebido y para otros es acertado; Por los anteriores razonamientos, tratamos pues de establecer una guía, la cual nos ayude o nos facilite de alguna manera a diferenciar entre los elementos caracterizados por la particularidad de formar parte del salario y los que no lo

son.

En este sentido, una de las características más importantes estriba en el hecho de que los elementos considerados integrantes, representen una ventaja económica para el trabajador, ya sea porque se ahorre una cantidad de dinero, al evitarse algún gasto, el cual de otra manera hubiera sido inevitable, o ya sea porque aumenten de manera real las percepciones recibidas en efectivo por el empleado.

Otra característica, es que debe ser pagada de manera habitual, es decir no debe ser esporádica, de lo contrario, no atendería a una verdadera obligación del patrón de pagar, por lo cual su falta de pago no originaría ningún nacimiento de derechos o acciones del trabajador a quien va a integrarse el salario, para reclamarlas.

Otra de las características, la cual podría ser consecuencia de la primera, es que las prestaciones deben ser percibidas por el trabajador en forma gratuita, pues de lo contrario, si le fueran cobradas, aunque sea en forma de tracto sucesivo y/o por plazos, no podrán ser consideradas para formar parte del salario.

Otra característica, es que estas prestaciones integrativas, deben ser proporcionadas al empleado, por su

trabajo o con motivo de él, pues fuera de estos rubros, si el patrón entrega alguna cantidad o producto al trabajador, no podrán ser tomadas en cuenta para efectos de incrementar el salario base.

Otra característica de las prestaciones en estudio, consiste en la libre disposición, por parte del empleado, de las percepciones obtenidas, sin que su beneficio esté condicionado a alguna circunstancia ajena a su voluntad, la cual, de no realizarse haría imposible su obtención.

4.4 ELEMENTOS QUE DEBIDA E INDEBIDAMENTE SON EXCLUIDOS O NO CONTEMPLADOS POR LA LEY O LA JURISPRUDENCIA COMO INTEGRATIVOS DE SALARIO. En este apartado nos daremos cuenta cómo la ley o la jurisprudencia hace exclusión expresa de muchos elementos, siendo que algunos de ellos, por su naturaleza y características, en estricto sentido deberían formar parte del salario base, así pues resulta "curioso" cómo algunos elementos que no son tomados en cuenta para incrementar el salario para efectos de indexar, sí son considerados para promediar el monto de las aportaciones al FONAVIT, y para las cotizaciones al I.M.S.S., encontramos inclusive que para un mismo elemento existen jurisprudencias contradictorias, lo cual lógicamente nos lleva a pensar que no hay uniformidad de criterios en los juzgadores, así como tampoco hay una igualdad de intención en tutelar los intereses de los trabajadores y los

de algunas dependencias gubernamentales.

Una vez expuesto lo anterior, pasaremos a enumerar los citados elementos, haciendo notar que el orden en el cual se mencionen no tiene ninguna relación con la importancia o jerarquía representada por cada uno, asimismo advertimos que los elementos enumerados en el presente apartado no son los únicos excluidos de formar parte del salario, pues existen otros, o posteriormente podrían surgir algunos nuevos, los cuales sean también objeto de exclusión sin embargo tratamos de referir los más comunes y los de mayor importancia en nuestro derecho en particular; hechas estas aclaraciones, tenemos los siguientes:

Participación de utilidades. La exclusión que de este elemento hace la Ley Federal del Trabajo, encuentra su fundamento en el numeral 129, el cual expresamente señala lo siguiente: " La participación en las utilidades a que se refiere este capítulo no se computará como parte del salario, para los efectos de las indemnizaciones que deban pagarse a los trabajadores".

Para nosotros en particular, esta disposición resulta anacrónica para el derecho del trabajo actual; es oportuno señalar que una gran cantidad de países centro y sudamericanos, así como europeos han superado esa concepción, ya que si bien, anteriormente sus legislaciones

también hacían exclusión expresa de este elemento, de formar parte del salario, basados para ello en la idea de que originalmente era un pago hecho al trabajador por mera gracia de los empresarios, por lo tanto no revestía ninguna formalidad obligatoria para los mismos, y en tal sentido igual podían pagarla que no hacerlo, pero ahora como se ha señalado ya han superado esa postura, y con el carácter de obligatoriedad que ahora la caracteriza, se ha vuelto una prestación integrativa del salario.

En México, contrario a las exigencias de nuestro derecho moderno, no se ha avanzado al respecto, no obstante que en la exposición de motivos del título relativo a la participación de utilidades de la Ley Laboral, se hace gala en señalar a la participación de utilidades como una institución, la cual debe servir no sólo para mejorar los ingresos de los trabajadores, sino también para conseguir periódicamente la armonía de intereses entre el capital y el trabajo. Nosotros consideramos que cuando es más imperativo mejorar sus ingresos del trabajador, es precisamente cuando se le va a realizar el último pago por la empresa, toda vez que lo han despedido o se ha visto en la necesidad de rescindir la relación, por haber sido objeto de una conducta deshonesto e injusta de su patrón, que lesione su dignidad, en tal virtud, ese pago viene a significar el sustento para el y su familia durante todo el tiempo en el cual se encuentre sin empleo, el cual dada la imperante escasez de

trabajo, podría ser de meses, e inclusive años. Así pues si esta prestación fuera considerada, como debiera ser para efectos de integrar el salario, se le pagaría al obrero una cantidad significativamente mayor a la que en la realidad se le paga sin tomarla en cuenta.

Estos criterios se robustecen con el hecho, de que además de los aspectos señalados, esta prestación goza de todas las características de los elementos, los cuales sí forman parte del salario, pues resulta obligatoria para el patrón, siempre y cuando existan utilidades, asimismo es una percepción habitual, en razón de no poder eximirse el patrón de su pago, más que en los casos de excepción marcados por la ley; consideramos a esta prestación, más que ninguna otra, entregada al obrero a cambio de su trabajo, pues significa parte de la plusvalía obtenida con dicho trabajo; así también, el trabajador puede disponer libremente de ese pago.

Cabe hacer notar que esta prestación esta completamente apegada al espíritu social del derecho del trabajo, ya que habrá obligación de pagarse exclusivamente cuando existan utilidades, y en la proporción de las mismas, consecuentemente no existirá tal obligación cuando no las hubiere.

Vacaciones. Esta prestación tiene una interpretación homogénea por parte de los autores y la

jurisprudencia, con la cual estamos de acuerdo, en el sentido de que efectivamente no incrementa en modo alguno el salario del trabajador, pues se le paga al empleado únicamente el salario el cual ganaría en los días dejados de laborar por estar gozando de sus vacaciones; esta idea se fortalece con lo dispuesto por el artículo 79 del ordenamiento de trabajo, al señalar que las vacaciones no podrán ser compensadas con una remuneración, por lo cual se deberán disfrutar forzosamente, pues de lo contrario si son laboradas, el patrón no tendrá ninguna obligación de pagarles el doble.

Por las razones expuestas, nosotros estamos de acuerdo en que las vacaciones no formen parte del salario integrado, pero esto, solo por lo que hace a las vacaciones, no así respecto de la prima vacacional ni de prestación alguna que gratuitamente se proporcione al trabajador en dicho periodo vacacional, como ayudas de gastos de viaje, paquetes de vacaciones y demás.

Tiempo extraordinario. Esta percepción ha quedado muy clara por la jurisprudencia, en el sentido de no formar parte del salario base, salvo el caso en el cual esté contemplado como tiempo fijo y permanente. Cabe señalar que anteriormente, cuando el concepto de salario incluía la frase "trabajo ordinario", se estaba excluyendo desde el mismo concepto, esta percepción como integrativa del

salario, pero al modificar dicho concepto y suprimir ese término, se pretendió por algunos defensores de los derechos laborales incluir las horas extras en el salario base, lo cual fué definitivamente combatido por lo dispuesto en el artículo 84 de la citada ley. Nosotros en particular consideramos acertadas las razones de la jurisprudencia que las excluyen, ya que además de éstos argumentos, no comparten las características de los elementos integrativos de salario.

Aportaciones al Instituto Mexicano del Seguro Social. Los argumentos esgrimidos para excluir esta prestación, son en el sentido de que, como no son solo los trabajadores quienes se benefician del régimen de seguridad social que imparte I.M.S.S., en relación con el artículo 12 de la ley creadora de ese organismo, ello implica que esta prestación no tenga como fuente directa el trabajo prestado; si no, como lo señala el numeral 2 del mismo ordenamiento, su objeto es garantizar el derecho humano a la salud y bienestar de las personas las cuales forman el núcleo familiar del asegurado; pero esto, es en lo concerniente al porcentaje de las cuotas obrero-patronales las cuales corresponde exclusivamente pagar al patrón, pues en lo referente al porcentaje que toca aportar al trabajador, si éste fuera absorbido por el empresario, ya sea en parte o en su totalidad, sí gozará de la característica de incrementar el salario base, pues ello significaría evidentemente un

ahorro personal del trabajador, lo cual va a originar que el salario real percibido por éste, se incremente, y esas cantidades ahorradas por esa razón o percibidas de más, podrá utilizarlas en su mejor conveniencia; obviamente ésta obligación convenida a cargo del patrón, también tendrá que ser permanente y no ocasional.

Asignaciones familiares. Estos tipos de beneficios gozados por el trabajador, no incrementarán el salario integrado en modo alguno, pues por su misma naturaleza son de carácter excepcional; por ejemplo, cuando se establece que por cada hijo de un trabajador, nacido durante el tiempo de prestación de los servicios, se le otorgará una determinada cantidad de dinero, algún producto en especie y deudas, pero dicha percepción no será continua ni permanente en virtud de resultar imposible que el empleado, semanal, quincenal, o mensualmente tuviera un nuevo hijo; además de ello, su pago no se está originando por su trabajo ni con motivo de él, sino del hecho de convertirse en padre; asimismo dicho pago estaría condicionado precisamente a la hipótesis contemplada, y de no realizarse esa condición, no procederá su pago, hipótesis la cual inclusive puede no llegar a producirse nunca durante el periodo de prestación de servicios; éste es el caso también de cuando algún trabajador al contraer matrimonio le es otorgado alguno o algunos días libres, beneficios materiales y deudas. Todas estas hipótesis derivadas de las asignaciones familiares,

como se señaló, por su misma naturaleza se regulan de la misma manera.

Premios por asistencia. El nacimiento de esta percepción estará condicionado al cumplimiento de los requisitos que para tal efecto establezca la parte patronal, como por ejemplo llegar a determinada hora, por algún número de días previamente fijados, o no dejar de asistir a su trabajo en ningún día de prestación de servicios y deudas; es de señalarse que en estos casos, alguna causa ajena a la voluntad del empleado podría originar que este beneficio no fuera percibido, tampoco será una obligación permanente del empresario, si no que por su misma naturaleza será ocasional. Por estas razones no puede ser incluido al momento de integrar el salario para la indemnización correspondiente del trabajador.

Pagos realizados por el patrón con fines sociales y sindicales. Este tipo de pagos, podemos empezar diciendo que ni son entregados directamente al trabajador, ni el puede disponer de ellos, ni incrementa su salario, ni obtiene ningún beneficio, por lo menos no de tipo económico; esta aclaración se hace pues algunos estudiosos del derecho, desde un punto de vista idealista, se inclinan por la idea de mantener a los sindicatos por que si trae beneficios al obrero, al supuestamente trabajar en beneficio de sus intereses. Lo cierto es que estos pagos no comparten de

ninguna característica de los elementos considerados para tales fines de integración, por lo cual no formarán parte del salario base.

Esta prestación también podría presentar dos lados ya que si existe una obligación legal a cargo del empleado, de aportar cuotas o pagos habitualmente al sindicato, y tal obligación es asumida por el patrón, los pagos que éste haga por ese concepto si van a tenerse en cuenta para el incremento del salario en estudio.

Es oportuno aclarar que el dado por el trabajador a su salario o demás percepciones o ahorros derivados de la absorción por parte del patrón de cubrir obligaciones, las cuales originalmente deberían estar a cargo del empleado, no es motivo suficiente para determinar cuales prestaciones deben integrar el salario y cuales no, más bien consideramos, debe ser la propia naturaleza de cada elemento en particular, y sus características los que estén en aptitud de determinarlo.

4.5 ELEMENTOS CONSIDERADOS SUI GENERIS. Los elementos enumerados enseguida, son en particular considerados por nosotros como únicos en su género toda vez que tienen particularidades especiales, como por ejemplo algunos de ellos tienen características integrativas del salario, y al mismo tiempo, también tienen de los elementos no

considerados como integrantes del mismo; otros tantos tienen características por las cuales pueden ser tomados en cuenta para incrementar el salario base, pero, al estar sujetos a una condición, quedarán excluidos, algunos más si podrían considerarse integrantes del salario, pero sólo por una parte de la indemnización respectiva; así en general estos elementos gozan de características especiales, las cuales veremos más afondo en cada uno del estudio que se haga de ellos. Así tenemos los siguientes:

El aguinaldo. Esta prestación ha causado gran controversia, tanto entre legisladores como entre doctrinarios, y estudiosos del derecho en general, ya que algunos son partidarios de la postura de integrar el salario con esta prestación, y los otros por su parte consideran que debe ser excluida tajantemente; entre los primeros podemos citar a Néstor de Buen y al Doctor Miquel Borrel Navarro (49), entre otros; ellos afirman en términos generales que el aguinaldo es una percepción creada por la ley y susceptible de ser aumentada en los contratos, por tanto es evidente que el pago de ésta prestación forma parte de las percepciones a que se refiere el artículo 84 de La Ley Federal del Trabajo, y en tal virtud es computable para los efectos de la integración del salario, y para su cálculo debe tomarse en cuenta que se trata de una prestación pagadera anualmente, por el año de servicios o el tiempo

49. Idem.

proporcionado, entre los segundos encontramos al Licenciado Francisco Ramírez Fonseca (50) entre otros, los cuales norman su criterio con el de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el sentido de que pagar ésta prestación y todas las demás con salario integral, originaría que se estuvieran duplicando conceptos, es decir pagando aguinaldo con parte proporcional de aguinaldo, prima vacacional con parte proporcional de prima vacacional y demás.

Nosotros en particular tomamos una posición ecléctica, no por ser la más fácil para salirse del problema, sino por el contrario, porque creemos que ambas posturas son extremistas pero no erróneas en su totalidad, consecuentemente serán acertadas aunque sea sólo en parte.

De la primera postura consideramos que efectivamente debe ser tomado en cuenta el aguinaldo para efectos de integrar el salario base, y de la segunda, sus defensores tienen razón en el sentido de que si se va a pagar el aguinaldo, con el salario que a la vez se integró con el aguinaldo, estaríamos pagando más de una vez ésta prestación, en tal virtud, para nosotros sí debe ser considerada ésta prestación para indemnizar al trabajador despedido o que rescindió la relación laboral por motivo imputable al patrón, pero exclusivamente para el pago de la

50. RAMIREZ FONSECA, Francisco, Condiciones de Trabajo, segunda edición, PAC, México 1992, pag. 85.

indemnización constitucional, de los salarios vencidos, de los veinte días por año de los casos en que proceda, y en el de las prestaciones a que se refiere el artículo 50 en su fracción I de La Ley Federal del Trabajo únicamente, y el pago de las prestaciones restantes a que tenga derecho el obrero se tendrán que pagar con salario ordinario, es decir y para ello, habrá que separar primero los conceptos que se deberán pagar con salario base, el cual se integrará con todas las prestaciones respectivas, incluyendo forzosamente el aguinaldo; y después se separarán las prestaciones restantes, las cuales se cubrirán con salario ordinario. De ese modo creemos que es una solución factible y justa para resolver el problema, reiterando que para nosotros en particular si debe ser tomado en cuenta para integrar el salario; además de las razones expuestas, por participar de las características de los elementos integrantes del salario, pero exclusivamente para indemnizar los conceptos referidos.

Propinas. La característica sui generis de esta percepción del trabajador, estriba en el hecho de ser su pago no realizado por el patrón, sino por un tercero, asimismo por la manera especial de su regulación por parte de la ley, en virtud de no serle aplicables los artículos 2, 82, 84 y 143 de La Ley Federal del Trabajo, es decir, en el caso particular no se puede configurar una relación ni un contrato individual del trabajo en los términos generales conceptualizados por el ordenamiento indicado, toda vez que

no se está prestando el trabajo a cambio del pago de un salario; así tampoco existe el elemento salario en términos de ley, pues éste será la retribución, que debe pagar el patrón al trabajador por su trabajo, o con motivo de él, según nosotros; a este elemento tampoco lo podemos considerar contemplado en la integración del salario a que se refiere el artículo 84, ni en el que se señala en el 143, por provenir dicho pago de un tercero.

Es importante señalar que en la gran mayoría de los casos de trabajadores con este tipo de percepción, ésta resulta su verdadero salario, e inclusive en casos excepcionales, como en el de los espacadores de las tiendas de autoservicio, representa el único pago que perciben; por la importancia que esto representa y para efectos de poder fijar un porcentaje para incrementar el salario base, se tomará como medida de ese incremento una proporción de la consumisión hecha en el centro de trabajo; cabe apuntar que este tipo de medida se utiliza comúnmente en los países europeos; si no se fijara de esa manera, otra de ellas, es poder convenir entre las partes el porcentaje el cual se deberá aplicar al salario para los casos de indemnización; en la práctica si no existen o convienen ninguna de las dos formas, se deberán de aportar todos los elementos del caso a la junta correspondiente, y ésta, con los elementos aportados deberá decidir el porcentaje, el cual será utilizado en el incremento.

Particularmente nosotros estamos de acuerdo con la forma de regulación del porcentaje de esta prestación, hecha por la ley para efectos indemnizatorios, pero consideramos que la inaplicabilidad de esta a los distintos preceptos legales, no ha evolucionado, a pesar de existir la necesidad imperante de ello, y la cual ya debería haberse superado; la solución considerada por nosotros más atinada, es incluir las propinas dentro de la definición de sueldo o salario, cuando estas sean percibidas de forma habitual, y no se encontraren prohibidas por ninguna norma legal o convencional, pues este tipo de percepción es tenido por las partes desde el momento de celebrar el contrato laboral; creemos que con esa inclusión en dicho concepto, se estaría actualizando en gran medida la regulación de esa percepción hecha por la ley y la cual resulta un tanto obsoleta.

Viáticos. A través del estudio de esta prestación queremos hacer patente, nuestra incredulidad por el retraso legislativo existente en nuestro país en tiempos actuales, no sólo en la materia estudiada en el presente trabajo, sino en otras más; en este sentido y en relación a la prestación llamada viáticos, la cual nosotros si consideramos percepción, es de hacerse notar que en México ni siquiera se creó discusión sobre si debe integrar el salario o no; la jurisprudencia parece ser unanime y homogénea, en el sentido de que manifiesta tajantemente que no puede ser considerada para incrementar el salario base, basándose en el argumento

de que esta no es entregada al empleado "a cambio de su trabajo". Consideramos que este término es tan reducido como la intención de proteger verdaderamente los intereses de los trabajadores, así pues si tomamos en cuenta ese condicionante, tendríamos que excluir muchas prestaciones como la prima legal de antigüedad, o como los pagos cuya obligación es a cargo del trabajador y que absorbe el patrón, también la prima dominical y demás.

Nosotros como lo hemos venido señalando a lo largo de este trabajo, estimamos que la expresión más atinada es la de "a cambio de su trabajo o con motivo de él", así aparte de basarse en una idea errónea que a su vez fue producto de otra del mismo tipo, ni siquiera estudian el hecho de que esta prestación si representa una verdadera ventaja económica para el empleado, siendo también de tomarse en consideración los siguientes aspectos:

Primera mente deberá de hacerse una distinción entre los trabajadores, los cuales de manera normal y permanente realizan su trabajo fuera de su lugar de residencia, y los que excepcionalmente lo hacen; para efectos de integrar los viáticos al salario, sólo podrán tomarse en cuenta los primeros; asimismo se debe considerar el hecho de que el trabajador realizara en su viaje gastos ordinarios y extraordinarios, lo cual es comunmente tomado en cuenta por la empresa, y sobre de esa cantidad calcula y entrega una

mayor, es decir superior a la que normalmente gastaría su trabajador; también habrá de considerarse el hecho de que si el trabajador deba de justificar con notas o recibos, las cantidades por él erogadas, o no deba de hacerlo, siendo que si no está obligado a enterar cuentas, podrá disponer libremente de ese dinero con el sólo hecho de cumplir con su trabajo, para el cual ha sido visto en la necesidad de salir fuera de su domicilio habitual; así también es de considerarse el hecho de que al trabajador se le están pagando los gastos de comida habitación y transporte, así como una cantidad para gastos personales, siendo estos rubros los más comunes, así si el trabajador no hubiera salido fuera de su residencia, nosotros nos preguntamos ¿no hubiera tenido la necesidad de comer?, ¿no hubiera tenido la necesidad de una habitación en donde alojarse, dormir y demás necesidades?, ¿no hubiera tenido la necesidad de transportarse de su domicilio al trabajo y viceversa?; pues bien todo eso le costará al empleado en cualquier lugar en donde se encuentre, ya sea en donde él vive o en el lugar a donde deba viajar, en consecuencia deberá pagar dinero por esos servicios, este donde está y si la empresa se los está pagando, no obstante tener que salir fuera, evidentemente es una cantidad, la cual se está ahorrando personalmente el empleado, es una ventaja económica obtenida, quizás como es natural, si no hubiera salido fuera del lugar de su residencia, hubieran sido menores sus gastos personales, pero a fin de cuentas hubieran sido gastos, los cuales se

esta ahorrando, y que de cualquier modo hubiera tenido necesidad de realizarlos.

Así pues tendiendo en cuenta todas estas consideraciones, y el hecho de recibir estos trabajadores habitualmente el pago de viáticos por la necesidad y obligación de viajar continua y permanentemente, estimamos la necesidad urgentemente de una reforma en este sentido; al respecto pudieran servirnos de ejemplo y guía países como Argentina e Italia, por ejemplo en el primero de ellos, si integran el salario las partidas de los viáticos correspondientes a habitación y alimentos, condicionados desde luego a que sean devengados con el carácter de permanente. El segundo de ellos establece una solución más práctica, al considerar como retribución para efectos del salario base, las dos quintas partes de las cantidades entregadas en concepto de viáticos.

Nosotros creemos que cualquiera de las dos formas enunciadas de regulación, sería un paso adelante en la actualización de nuestro derecho, pero la solución que estimamos más adecuada, sería la de fijar entre las partes, en cada caso en particular, el porcentaje que en su caso deberá ser considerado para incrementar el salario base, tomando en cuenta los viajes a realizar, y la simultaneidad, e importancia y responsabilidad a desarrollar en los mismos, pero definitivamente reiteramos, si deben ser considerados

para integrar el salario base en estudio.

Prima legal de antigüedad. Esta prestación surge, según la exposición de motivos de la Ley Federal del Trabajo, de la costumbre, ya que comúnmente era practicada por los patronos la donación graciosa de una cantidad de dinero, a los trabajadores que eran separados de sus empleos, y tenían algún tiempo en su trabajo. En la actualidad esta es considerada una prestación autónoma, e inclusive la forma en que se calculará su monto se regula por la ley, con exclusividad para la misma, por lo tanto esta es una prestación ordinaria, y como consecuencia de ello no tendrá que ser pagada con salario integrado. Hasta este punto estamos de acuerdo totalmente con la legislación, pero cuando se trate de casos de despido y rescisión con responsabilidad patronal, nosotros consideramos que si se debería tomar en cuenta, para efectos de integrar el salario por las siguientes razones: Primeramente, en rigor de justicia social esta prestación es ganada año con año por el trabajador, podrá disponer de ella libremente, es entregada con motivo de su trabajo, incrementa el salario ordinario de los trabajadores, por lo cual lógicamente será también un beneficio económico.

Es cierto también que cuando se trate de separación voluntaria, su procedencia estará condicionada al hecho de haber acumulado una antigüedad de quince años por lo menos, pero también es cierto que en esos casos, no se tiene

obligación de pagar la indemnización en estudio, es precisamente en los casos los cuales hace referencia tal obligación, es decir al tratarse de despido o rescisión por causa patronal, es cuando se actualiza la procedencia del pago de la prima de antigüedad, sin estar supeditada a ninguna condición de temporalidad de la relación laboral; estos criterios, reafirmados con el hecho de ser una prestación creada por la ley y de carácter obligatorio para el patrón, así como de ser continua y permanente, nos sirven de base para reiterar que la prima legal de antigüedad, como tal debe ser pagada con salario ordinario, atendiendo a los artículos 485 y 486 de la Ley Laboral, por lo que respecta a su monto, pero indiscutiblemente, cuando se trate de la indemnización por despido o rescisión, si debe formar parte del salario integrado, toda vez que por sus características, esta dentro de los conceptos a que se refiere el numeral 84 del ordenamiento antes invocado.

Cabe señalar que para efectos de integrar el salario para las aportaciones al I.M.S.S., si es tomada en consideración, pudiendo ser éste un antecedente más para las pretensiones señaladas.

Aportaciones al INFONAVIT. El caso de este elemento es bien singular, pues las aportaciones que con fundamento en el artículo 5 de La Ley del Infonavit, y en el título cuarto del capítulo III, de la Ley Federal del

Trabajo tiene obligación de enterar el patrón, en favor del trabajador, a través de su depósito en la subcuenta de vivienda de su cuenta individual del S.A.R., tales aportaciones si representan un incremento al salario del trabajador; si son una ventaja económica; si tienen libre disposición de esas cantidades y demas, pero aquí existe una circunstancia muy especial, y es que tales aportaciones para poder disponer de ellas libremente el trabajador en términos del artículo 40 de la citada Ley del INFONAVIT, estarán supeditadas a dos condiciones, consistente la primera, en no existir en favor del trabajador ningún crédito obtenido por parte del INFONAVIT, pues de ser así las cantidades existentes en el haber de dicha subcuenta se utilizarán para el pago del crédito correspondiente; la segunda condición es que el trabajador haya cumplido 65 años de edad, o adquiera el derecho a disfrutar una pensión por cesantía en edad avanzada, vejez, invalidez, incapacidad permanente total, o incapacidad permanente parcial del 50% o más. Como consecuencia de lo anterior, aunque esta prestación pudiera participar de casi todas las características de los elementos integrativos del salario, no podrá formar parte del mismo, pues esta supeditada a las dos condiciones señaladas, las cuales tal vez nunca se llequen a producir; lo cual hace imposible sea tomado en cuenta para incrementar el multicitado salario base.

Haciendo un resumen general del presente capítulo, en éste se realiza una enumeración de elementos

que conforman el salario de un empleado que va a ser indemnizado, ya sea por haber sido despedido, o por rescindir la relación laboral que lo unía a un patrón, y con asistencia de una causa legal, para lo cual tratamos de aportar una clasificación de dichos elementos que hagan más fácil su estudio, misma que esta dividida en cuatro apartados: 1. Percepciones Fijas, 2. Prestaciones en Especie Fijas, 3. Percepciones Variables y 4. Prestaciones en Especie Variables; creemos que dentro de esta clasificación podría entrar cualquier elemento que sea integrativo del salario para fines indemnizatorios, de los cuales estudiamos y tenemos entre otros a la prima vacacional, la prima dominical, despensas, pagos para ayuda en gastos telefónicos, por actividades culturales y demás; pero también hemos de hacer patente nuestra discrepancia con la exclusión hecha por la ley, la jurisprudencia y demás, de algunos elementos para formar parte del salario, y que en ocasiones es reforzada con los criterios de algunos Autores; elementos entre los cuales tenemos por ejemplo a la participación de los trabajadores en las utilidades de las empresas, vacaciones, aportaciones al I.M.S.S. y demás. Así mismo, se trata de establecer una clasificación de las características que legalmente deben o deberían tener los elementos para ser contemplados o excluidos como integrativos del salario, en base a las particularidades comunes presentadas por cada uno, de las cuales se deben de tomar en cuenta incluso las que sean subjetivas.

Consideramos a este capítulo como el que trata la esencia del presente tema de tesis, y en el cual la importancia de dicho tema estriba en la justicia llevada a cabo al pagarle a un trabajador la indemnización debida realmente, y con apego al espíritu del artículo 123 apartado A, fracción XXII de la Constitución Federal, y así siendo su cuantificación por el término de tres meses o cuatro, cinco o más, se le pague como si verdaderamente hubiera continuado laborando normalmente ese tiempo en la empresa, para lo cual si establecemos los parámetros en base a los cuales un elemento se deberá o no de considerar integratorio, estaremos dejando de lado el hecho de que esa característica integratoria, sea establecida en base a intereses económicos, políticos y demás, y que eso traiga como consecuencia, la exclusión expresa de esos elementos en la ley o la jurisprudencia para formar parte del salario en estudio.

CONCLUSIONES GENERALES

PRIMERA. Tratándose de rescisión, despido y abandono de trabajo, consideramos que el aspecto, el cual debería actualizar cada uno de estos supuestos, debe ser la asistencia de una causa legal contemplada en la Ley Federal del Trabajo, o la falta de ella, aunada a una conducta, ya sea del patrón o del trabajador, según se trate, y no el criterio actualmente utilizado, el cual consiste simplemente en la conducta material realizada por estos, por ejemplo si el patrón despide a su empleado, independientemente de si lo hizo con una justificación legal o sin ella, es llamado despido; otro caso es cuando el trabajador deja su empleo, y sin tomar en cuenta que el patrón haya motivado una causa legal para ello o no, le llaman abandono o retiro.

SEGUNDA. Esta conclusión, es más bien una consecuencia de la anterior, y en la cual nosotros proponemos que esos términos (rescisión, despido y abandono de trabajo), sean definitivamente precisados, dentro del articulado de la Ley Federal del Trabajo, en el sentido siguiente: cuando sea el patrón quien deslice al trabajador de su empleo, bajo cualquiera de las formas que puede revestir esta conducta, y desde luego sin fundarse en una de las causales contempladas por la ley, deberemos hablar llanamente de despido, sin hacerse necesario el agregar el término injustificado, pues al referirnos al despido,

intrínsecamente sabemos que no existe ningún elemento justificativo; y cuando el patrón realice esta misma conducta, pero basado en alguna de las causales enumeradas por el artículo 47 del ordenamiento laboral, estaremos en presencia de una rescisión; por otro lado cuando sea el trabajador quien se separe del empleo sin motivo alguno, estaremos en presencia de una abandono de trabajo; y si dicha separación se realice, fundada en una de las hipótesis previstas en el numeral 51, hablaríamos necesariamente de una rescisión. En cuanto hace a la palabra retiro como lo hemos venido señalando, esta debe ser abroçada por no adecuarse a ningún caso y crear confusión entre las distintas hipótesis.

TERCERA. Al hablar de rescisión, llevada a cabo por la parte patronal, concluimos que cuando un empleador quiera rescindir la relación laboral, la cual lo une con su trabajador, tenga la obligación primero de acudir ante la autoridad laboral correspondiente y le entable un procedimiento legal y sumario, en el cual se decida sobre la procedencia o improcedencia de la rescisión, y según esto se condene a la separación del empleado de la empresa, o a la continuación de la relación laboral respectivamente; y así mientras la autoridad emita su resolución, el trabajador no pueda ser separado de su empleo, con las consecuencias que ello trae consigo.

CUARTA.- Así mismo y como complemento del anterior punto, consideramos, si hablamos de justicia, que cuando el trabajador quiera separarse de su empleo, tenga la obligación de dar aviso a su patrón con un determinado número de días de anticipación, y no se separe intempestivamente, y sin justificación, hipótesis, la cual si se llegara a presentar, se deberá condenar al empleado al pago de una indemnización a favor del patrón; lo cual implica el respeto del derecho del trabajador de separarse de su empleo cuando quiera, pues este no se limitaría, pero condicionado a la observación de las formalidades aludidas, con la finalidad de otorgar el tiempo necesario al patrón para encontrar un trabajador reemplazante, lo cual es importante para el normal funcionamiento de la empresa, y más aun tratándose de trabajadores calificados y con lo cual consideramos se estaría avanzando en vías de una verdadera democracia laboral.

QUINTA.- Por lo que hace a la definición de salario hecha por la Ley Federal del Trabajo de un modo particular opinamos que el concepto legal contemplado por el artículo 82 de la Ley Laboral, resulta un concepto reducido, el cual deja fuera muchos elementos no pagados al trabajador "por su trabajo", y en tal sentido son prácticamente excluidos de ser considerados salario, como por ejemplo los séptimos días, las vacaciones, los días de descanso obligatorio entre otros, y los cuales no se pagan al

trabajador " por su trabajo ", pues en esos días ni siquiera se presenta al centro de trabajo a laborar, resultando innegable el carácter de salario que estos poseen, pero que en el sentido de la definición legal, no pueden ser contemplados de esa manera.

SIXTA. Otra proposición, particularmente hecha, es en relación a que el concepto de salario, el cual se encuentra contenido en el numeral 82, sea reformado, en los siguientes términos: "SALARIO ES LA RETRIBUCION QUE DEBE PAGAR EL PATRON AL TRABAJADOR, POR SU TRABAJO O CON MOTIVO DE EL".

SEPTIMA. Del estudio realizado concluimos que para la integración del salario, de un trabajador que será indemnizado en concepto de despido o rescisión con responsabilidad patronal, se hace un imperativo del derecho laboral moderno, la inclusión del pago de la participación de los trabajadores en las utilidades de las empresas, pues los argumentos utilizados originalmente para excluirla, ahora resulten anacrónicos, además de ser según nuestro punto de vista la percepción, en la cual mayormente se justifica su inclusión en la integración del salario base. En este sentido proponemos la derogación del artículo 129 de la Ley Federal del Trabajo exclusivamente, pues con ese solo hecho y sin más modificaciones a la ley, necesariamente habría de considerarse para los efectos mencionados, pues por su misma naturaleza, participa de las características de

los elementos integrativos de salario, y consecuentemente formaría parte plenamente de las percepciones citadas en el artículo 84 del ordenamiento invocado, razones todas estas que hacen necesario sea tomada en cuenta para incrementar el salario base.

OCTAVA. Hacemos propio este punto para reafirmar que en la integración del salario base, si deben ser consideradas las prestaciones como el aguinaldo, la prima vacacional, y otras, pero exclusivamente para el pago de indemnizaciones por despido o rescisión con responsabilidad patronal, y no para el pago de las prestaciones como tales; es decir, para pagar el aguinaldo, por ejemplo, no se deberá reintegrar el salario base, más bien se tendrá que efectuar con salario ordinario, o de lo contrario estaríamos duplicando conceptos, en otras palabras, estaríamos pagando aguinaldo con la parte proporcional del aguinaldo tomado en cuenta para integrar el salario, lo cual sería tanto como condenar al patrón a pagar más de una vez esas prestaciones, resultando esto además de injusto, prohibido por disposición jurisprudencial.

En tal sentido, para evitar todo esto, al momento de presentarse la hipótesis de la indemnización por despido o rescisión, se tendrán que separar, las prestaciones adeudadas al empleado, y las cuales se deberán de pagar con salario ordinario, y los conceptos

indemnizatorios, que se debán cubrir con salario integrado, reiterando además en tales prestaciones con características integratorias de salario, si deben ser consideradas para incrementar el salario base, para los efectos indemnizatorios señalados.

NOVENA. Esta conclusión va dirigida a la percepción llamada viáticos, de la cual una vez hecho su estudio, se infiere que posee muchos elementos los cuales hacen necesaria su inclusión en el salario integrado para fines indemnizatorios, sin tomar en cuenta el hecho de tratarse de la regulación de un régimen especial. En este sentido, se proponen cuatro maneras de determinar el porcentaje para efectos de incrementar el salario base; la primera de ellas es determinar entre las partes el porcentaje a utilizar, considerando el número de viajes, su periodicidad, las cantidades a erogar en cada uno de ellos y demás; la segunda es, que en la legislación, previo estudio del particular, se establezca un porcentaje fijo a utilizarse para dichos efectos; y la tercera, es que cada hipótesis en particular sea sometida al criterio de la Junta que corresponda, y esta considerando las circunstancias de cada caso, sea quien determine el porcentaje a incrementar; la última, es que las partes convengan los conceptos que exclusivamente se tomarán en cuenta para la integración del salario, como por ejemplo los gastos de alimentación y habitación únicamente; o los gastos personales y de transporte entre otros, reiterando,

sea cualquiera de las formas propuestas la que se utilice, esta percepción si debe formar parte del salario.

DECIMA. Cuando una prestación signifique un beneficio económico, ya sea directo o indirecto para el trabajador, esta debe ser tomada en cuenta para el incremento del salario base, independientemente de como se le denomine, estando unicamente supeditada a la condición de ser habitual y no esporádica, pues desde nuestro punto de vista, la pretensión de la propia indemnización, es en esencia el hecho de pagarse al trabajador una ultima cantidad, en los mismos términos en que la hubiera percibido si, la relación de trabajo se encontrara vigente, y este hubiera laborado esos días pagados en concepto de indemnización.

BIBLIOGRAFIA

ALONSO OLEA, Manuel, El Despido, Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1957.

ALVAREZ CHAVEZ, Víctor Hugo, Regimenes Indemnizatorios del Despido, Abaco, Buenos Aires 1980.

BERMUDEZ CISNEROS, Miguel, Las Obligaciones en el Derecho del Trabajo, Cárdenas, México 1978.

BOGLIANO, Palmiro B., La Estabilidad en el contrato de Trabajo, Abeledo Perrot, Buenos Aires 1957.

BORREL NAVARRO, Miguel, Análisis Práctico y Jurisprudencia del Derecho Mexicano del Trabajo, tercera edición, Sista, México, 1992.

BRICEÑO RUIZ, Alberto, Derecho Individual del Trabajo, Motta, México 1985.

CABANELLAS, Guillermo, Compendio de Derecho Laboral I, Tomos I, II, III y IV, Bibliográfica Omba, Buenos Aires 1968.

CABANELLAS, Guillermo, Tratado de Derecho Laboral, tomo III, Volumen 2, tercera edición, Heliasta, Argentina, 1988.

CAVAZOS FLORES, Baltasar, Causales de Despido, segunda edición, Trillas, México 1983.

DAVALOS, José, Derecho del Trabajo, T. I, cuarta edición, Porrúa, México 1992.

DAVALOS, José, Temas Laborales, Porrúa, México 1992.

DE BUEN L. Néstor, Derecho del Trabajo, T. II, novena edición, Porrúa, México 1992.

DE FERRARI, Francisco, Derecho del Trabajo, volumen I, segunda edición, De Palma, Buenos Aires 1976.

DE FERRARI, Francisco, Derecho del Trabajo, volumen II, segunda edición, De Palma, Buenos Aires 1977.

DE FERRARI, Francisco, Derecho del Trabajo, volumen III, segunda edición, De Palma, Buenos Aires 1977.

DE FERRARI, Francisco, Derecho del Trabajo, volumen IV, segunda edición, De Palma, Buenos Aires 1976.

DE LA CUEVA, Mario, El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo, Tomos I y II, decimo tercera edición, Porrúa, México 1993.

GUERRERO, Euquerio, Manual de Derecho del Trabajo, décimo sexta edición, Porrúa, México 1989.

GUERRERO, Euquerio, Manual de Derecho del Trabajo, décimo octava edición, Porrúa, México 1994.

GUERRERO, Euquerio, Relaciones Laborales, Porrúa, México 1971.

HERRERA, Enrique, Extinción de la Relación de Trabajo, Astrea, Buenos Aires 1987.

KROTOSCHIN, Ernesto, Tratado Práctico del Derecho del Trabajo, volumen I, cuarta edición, De Palma, Buenos Aires, 1987.

MORALES SALDARRA, Hugo Italo, La Estabilidad en el Empleo, Pac, México 1987.

MUÑOZ RAMON, Roberto, Derecho del Trabajo, tomo II, Porrúa, México, 1993.

RAMIREZ FONSECA, Francisco, Condiciones de Trabajo, segunda edición, Pac, México 1985.

RAMIREZ FONSECA, Francisco, El despido, octava edición, Pac, México 1987.

RAMIREZ FONSECA, Francisco, La Prima de Antigüedad, octava edición, Pac, México, 1989.

RAMIREZ FONSECA, Francisco, Obligaciones y Derechos de Trabajadores y Patrones, Pac, México 1985.

RAMIREZ FONSECA, Francisco, Suspensión, Modificación y Terminación de la Relación de Trabajo, tercera edición, Pac, México 1984.

REYNOSO CASTILLO, Carlos, El Despido Individual en América Latina, U. N. A. M., Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 1990.

ROUAIX, Pastor, Génesis de los artículos 27 y 123 de la Constitución Política de 1917, Talleres Gráficos de la Nación, México 1984.

RUIZ BERZENZA, Carlos Antonio, Circunstancias Excluyentes de Responsabilidad de los Trabajadores en el Despido, Trillas, México 1985.

RUSSOMANO, Victor Mozart, La Estabilidad del Trabajador en la Empresa, tercera edición, U. N. A. M., México 1983.

RUSSOMANO, Victor Mozart y Miquel Beraudéz Cisneros El

Empleado y el Empleador, decimo sexta edición, Cárdenas, México 1982.

SIDAQUI, Alberto, Teoría General de las Obligaciones en el Derecho del Trabajo, Porrúa, México 1966.

TRUEBA URBINA, Alberto, Nuevo Derecho del Trabajo, sexta edición, Porrúa, México 1981.

LEGISLACION

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, comentada, Instituto de Investigaciones jurídicas, U.N.A.M., México 1995.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, doctrina, legislación, jurisprudencia, Genaro David Gongora Pimentel y Miguel Acosta Romero, tercera edición México 1987.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, actualizada, nonagesima septima edición, Porrúa, México 1995.

Ley Federal del Trabajo, con comentarios, prontuario, jurisprudencia y bibliografía, Alberto Trueba Urbina y Jorge Trueba Barrera, sexagesima novena edición, Porrúa, México, 1995.

Legislación Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, con comentarios, jurisprudencia y disposiciones reglamentarias, Alberto Trueba Urbina y Jorge Trueba Barrera, trigesima segunda edición, Porrúa, México, 1995.

OTRAS FUENTES

DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS

DE MAZA F. y M. IGLESIAS, Diccionario Laboral, Dux, Barcelona s.f.

Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas, U.N.A.M., México 1984.

MEMORGRAFIA

Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, año XII, número 1, marzo-abril, 1948, Córdoba, Argentina.

DEVERLI L. Mario, Naturaleza de la indemnización por despido, Revista Cubana de Derecho, número III, año XVI, Julio-septiembre, 1942, la Habana, Cuba.

ETALA, Juan José, Desocupación o desempleo e indemnización por despido, Lecciones y ensayos, número 28, 1944 Buenos Aires, Argentina.

Genoud, Hector, El calculo más difícil; la indemnización por despido, Gaceta del trabajo, volumen II, número 9, noviembre 1941, Buenos Aires, Argentina.

FUENTES DIVERSAS

Proyecto de libro de derecho del trabajo I, del Lic. Armando Gómez Montero, México 1991.

Apuntes del curso de derecho del trabajo I y II, impartido por el Lic. Armando Gómez Montero, Facultad de Derecho, U.N.A.M., México, 1991.

Cuaderno número 10, La naturaleza jurídica de la indemnización por despido reexaminada en 1937, San Miguel Tucuman, Argentina 1944.

N 1
VIII-5-76