

ESCUELA LIBRE DE DERECHO

BOLETÍN JURÍDICO PRÁCTICO

COLEGIO DE DERECHO LABORAL



ESCUELA LIBRE
DE DERECHO
1912

NÚM. 2, OCTUBRE DE 2023

CONTENIDO



Mtro. Emilio González de Castilla del Valle
Presentación

| 01



Mtro. Luis M. Díaz Mirón Álvarez
¿Vivirá la contratación colectiva después de la legitimación de los contratos colectivos de trabajo?

| 05



Mtro. Axel Mota Rentería
Vacaciones dignas, la nueva regulación laboral

| 13



Lic. Francisco José Simón Conejos
Adiciones y reformas a la Ley Federal del Trabajo

| 23



Lic. Luis Javier Villafuerte Arias
Reglas procesales laborales de la maternidad

| 29



Lic. Nora M. Villalpando B./Lic. Pietro Straulino R.
Trabajo remoto en México por parte de trabajadores extranjeros; ¿hay que cumplir con la regulación del teletrabajo?

| 49



Dr. Fernando Villaseñor Rodríguez
La propuesta de reforma laboral sobre salud mental de 2023: otra oportunidad perdida

| 67

Presentación



Mtro. Emilio González de Castilla del Valle
Rector de la Escuela Libre de Derecho

El ser humano ha transitado en un periodo de tiempo breve, de plasmar el conocimiento en textos e instrumentos que permiten su difusión y acceso a futuras generaciones, lo que inspiró el nacimiento de las grandes bibliotecas como centros de cultura y aprendizaje, a un sistema de control y regulación de ciertas tecnologías como fuentes del conocimiento para verificar su contenido, autenticidad, seguridad, entre otros problemas, lo que supone ahora desarrollar principios éticos en la era de la inteligencia artificial y de la ciberseguridad.

En ese tránsito vertiginoso, en el ámbito de la educación se utiliza la palabra escrita en libros, revistas, periódicos, compendios, tratados, con reglas muy elaboradas para garantizar no sólo la calidad sino, especialmente, la fuente de información. Estos instrumentos permiten transmitir el conocimiento y, lo más importante, las innovaciones en las diversas disciplinas de cada profesión. Es un apoyo invaluable en la enseñanza mediante el sistema de aulas presenciales y, ahora, a distancia.

Frente a estos esquemas tradicionales del conocimiento y la enseñanza, la sociedad enfrenta un reto: la dilución del hábito de lectura comprensiva. Se reduce el tiempo destinado al conocimiento por esos medios tradicionales, que se sustituyen ahora por nuevas tecnologías que, en ocasiones, entregan un producto terminado que no dan espacio para el proceso de análisis y reflexión. Lo vertiginoso de los cambios que experimenta el ser humano en la actualidad, aunado al desarrollo tecnológico ha provocado, quizá en forma imperceptible, la reducción del tiempo que requiere la lectura comprensiva. En-

tre el reto y la solución requerida se tiene menos tiempo de estudio y reflexión.

Sin dejar de llevar a cabo esfuerzos para inculcar en los estudiosos y estudiantes de las diferentes disciplinas del derecho el hábito de la lectura comprensiva, quizá conviene también lograr un instrumento que permita tomar conocimiento de una problemática específica, práctica, actual, de vanguardia, y la crítica o solución posible, que proporcione una orientación dentro de las limitaciones actuales de tiempo.

Un análisis crítico que aporte elementos breves y concisos que auxilien en la comprensión de temas específicos, que quizá ayuden a la solución de un problema práctico con la inmediatez requerida, a reserva del estudio pausado y profundo posterior.

Es en ese contexto que se concibe y nace el *Boletín Jurídico Práctico*. El ánimo no puede ser alterar de ninguna forma el trabajo doctrinal, profundo, auténtico de los estudiosos del derecho que inspira a las nuevas generaciones de estudiantes. La intención, en cambio, es proporcionar ideas valiosas pragmáticas que pueden aportar a quienes ejercemos la profesión, la orientación en los temas de vanguardia dentro de los tiempos comprometidos en los cuales hoy día se ejerce la profesión.

Al mismo tiempo, con este *Boletín Jurídico Práctico* tendremos un vehículo ágil mediante el cual los mismos abogados que ejercemos la profesión podremos expresar nuestras experiencias y opiniones que, en ocasiones, quedan en la discusión interna de nuestros despachos, con las alegrías y frustraciones compartidas en la intimidad profesional y que no ven la luz dentro del foro educativo y colegial.

Este *Boletín Jurídico Práctico* es un espacio que pretende ser un vehículo para compartir ideas de vanguardia, producto del ejercicio diario de la profesión con fines pragmáticos, en

donde los estudiantes y abogados pueden encontrar un medio de expresión y opinión al mismo tiempo que es fuente de información, sin contemplar formalidades propias de un estudio doctrinal profundo el cual no se pretende sustituir sino complementar.

Hacemos votos porque este esfuerzo logre su cometido en beneficio de los estudiantes y practicantes del derecho y que sea fuente de un análisis crítico constructivo.

*¿Vivirá la
contratación
colectiva después
de la legitimación
de los contratos
colectivos de
trabajo?*

 Mtro. Luis M. Díaz Mirón Álvarez*
Abogado y Maestro en Derecho.

* Profesor y Ex Rector de la Escuela Libre de Derecho.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

De los 139,000 contratos colectivos registrados ante el Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral sólo, al día 5 de mayo de este año, se han legitimado un poco más de 16,000.

Existía, antes de la reforma del 1 de mayo del 2019 a la Ley Federal del Trabajo, una política permitida por la Ley de firmar contratos colectivos de “cobertura” o “protección”, ya que con base en la Ley Federal del Trabajo anterior a esa reforma, los sindicatos y los patrones podían celebrar, sin el apoyo y representatividad de los trabajadores un contrato colectivo.

Los transitorios de dicha reforma le dieron a los sindicatos y patrones que tenían firmados contratos colectivos 4 años, es decir hasta el 1º de mayo del 2023 para que llevaran a cabo su procedimiento democrático de legitimación del contrato colectivo y si no lo hacían, por Ley, dichos contratos se terminarían. Los números hablan por sí mismos. La simulación imperaba y ahora habrá una contratación colectiva real. Sin embargo, el mundo sindical no está conforme y hoy la extorsión “legal” puede volver a imperar. Sin embargo, la buena práctica, los principios, la ética y la abogacía profesional lo pueden impedir.

I. ANTECEDENTES

De conformidad con la Reforma Constitucional al artículo 123 Apartado A del 24 de febrero del 2017, por absoluta y total aclamación, el Congreso de la Unión y los Congresos de

los Estados, sin objeción alguna vieron cómo pasaba y se autorizaba la Reforma Constitucional en materia colectiva que rompía en sus bases el corporativismo que había gobernado en materia laboral en México desde la Constitución del 17.

En efecto, la iniciativa del Presidente Enrique Peña Nieto fue absolutamente avalada y constitucionalmente autorizada por el Congreso. En un futuro, para la firma de un contrato colectivo se iba a requerir la consulta a los trabajadores a través del voto personal, libre y secreto y todo un procedimiento de libertad sindical para darle no a un ente corporativo sindical, sino a los trabajadores la base y el potencial de una vida sindicalizada o no y de determinadas condiciones colectivas, en su caso. Marcó un derrotero que traería como resultado un golpe mortal a los colectivos corporativos sindicales, hasta en ese entonces autorizados y que eran o habían sido parte del sistema político nacional por los últimos 70 años, así como al surgimiento de diversas agrupaciones independientes, sin principios ni valores que demeritaron el ejercicio hermoso y democrático de un derecho laboral, colectivo, serio y profesional.

Junto con el nuevo despertar sindical con base en una democracia, al nacimiento de un organismo monopólico y rector a nivel nacional de las relaciones laborales colectivas (Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral), también las viejas Juntas de Conciliación y Arbitraje, como Tribunales autónomos, administrativos, tanto locales como federales en materia laboral, la multicitada Reforma Constitucional, le notificaba y daba vista a México de que también la justicia laboral cambiaría para dar nacimiento a Tribunales formales y materiales pertenecientes al Poder Judicial, tanto Federal como Local. Esa reforma, ha sido catalogada como la más importante en los últimos 100 años.

La vorágine numérica y el descontrol que existía en todas las Juntas de Conciliación y Arbitraje, incluyendo la Federal,

nos daba una base indeterminada de casi medio millón de contratos colectivos de trabajo a lo largo y ancho de la República. Conforme pasó el tiempo y las estadísticas, los controles, así como los informes y la transparencia imperó, resultó que había duplicidad, contratos inactivos y que el número más o menos real era de 139,000 contratos colectivos de trabajo vigentes.

II. LA CONTRATACIÓN COLECTIVA

Académica y técnicamente, un contrato colectivo es un convenio que se celebra entre un sindicato o varios sindicatos de trabajadores y uno o varios patrones para establecer las condiciones según las cuales debe prestarse el trabajo en una o más empresas o establecimientos.

El contrato colectivo era un documento y una herramienta, en las relaciones laborales activas, de la mayor importancia.

Históricamente representaba un orden jurídico en donde los trabajadores auténticamente representados por un sindicato negociaban condiciones de trabajo superiores a las previstas en la Ley Laboral; mejores jornadas, superiores días de descanso, vacaciones, bonos de productividad, de permanencia, cláusulas relativas a productividad, capacitación y adiestramiento y una cantidad de disposiciones administrativas que regulaban el trabajo y las condiciones, incluyendo por supuesto salarios “decentes” y beneficios recíprocos.

Su administración era todo un arte; ya sea en una empresa pequeña, mediana o grande. La vida sindical, los trabajadores y sus condiciones auténticas, y la representación sindical libre y sin cortapisas era una garantía de que se apreciaba y valoraba el centro de trabajo; que se quería la prosperidad de las partes, y se respetaban las modificaciones a las presta-

ciones en un ambiente de seriedad, de no simulación y de profesionalismo.

Los conflictos colectivos, y en última instancia las huelgas, eran materialmente las excepciones. La política laboral interna en las compañías era de un respeto total.

No obstante, al amparo de la misma Ley, se permitió una contratación colectiva pasiva que evitaba la extorsión y el chantaje de pseudo líderes y organizaciones sin escrúpulos que, lamentablemente con el aval en ciertas ocasiones de autoridades, ensuciaban la práctica de unas relaciones laborales limpias y puras. Sin embargo, con la multiplicación y el no control del nacimiento de empresas de servicios, y el uso de ciertos canales legales que permitían el abuso, la subcontratación en exceso y sin control, provocaron un crecimiento desmedido de una contratación colectiva falsa, carente de principios y de valores y que trastocaba el corazón mismo de la esencia de un sindicalismo profesional, es decir, de todos aquellos grupos pseudo sindicales que, por supuesto, no beneficiaban a sus agremiados ni luchaban por ellos, al contrario, pusieron en riesgo la sobrevivencia de los sindicatos y su legitimación porque, lo menos que hacen es estudiar, defender y mejorar a la clase trabajadora.

III. LA LEGITIMACIÓN

Derivado de esa gran y apabullante Reforma Constitucional a la que me refería en el punto I, la Ley Laboral tuvo, en consecuencia, reformas sustantivas y adjetivas de gran calado el 1º de mayo del 2019.

En estas modificaciones reglamentarias, y en congruencia con la constitucional, las normas de la contratación colectiva y la estructura sindical, fueron cambiadas radicalmente y la base fue el respeto a las reglas democráticas, es decir, al pleno

ejercicio a favor de los trabajadores del voto personal, libre, directo y secreto, de igualdad de género y de que los registros sindicales y todas sus directivas deberían de observar los principios de autonomía, equidad, democracia, legalidad, transparencia, certeza, gratuidad, inmediatez y respeto irrestricto a la libertad sindical.

Asimismo, a los sindicatos se les impuso, en congruencia con estos principios, obligaciones de transparencia, de independencia, de integración en las directivas sindicales la representación proporcional en razón de género, sistemas de verificación para elecciones de las directivas, prohibiciones expresas en cuanto a no ejercer violencia, discriminación o prácticas de acoso u hostigamiento sexual en contra de sus miembros, del patrón o en contra de terceros; no a la simulación sustantiva y electoral, no a la extorsión o a obtener dádivas del patrón, salvo aquellas condiciones o beneficios previstos en el contrato colectivo y naturalmente, en materia de la contratación colectiva, la normatividad nueva le señaló a los sindicatos el hecho de que para la celebración de un contrato colectivo de trabajo es indispensable que dicho gremio obtenga del Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral la constancia de representatividad, misma que será expedida cuando por lo menos el sindicato acredite tener un respaldo del 30% de los trabajadores cubiertos por el contrato colectivo y en cuyo caso el sindicato debe de acompañar firmas autógrafas de los trabajadores, curps, listados certeros de las nóminas y todo ello para satisfacer el requisito de la transparencia, autenticidad y representatividad natural.

Es decir, a diferencia de la Ley anterior en materia de un procedimiento para la firma de un contrato colectivo en el que había un acuerdo corporativo, cupular y no se requería demostrar la legitimación del aval de los trabajadores, ahora las reglas sustancialmente cambiaron y se premia la democra-

cia, la transparencia, la no simulación, la efectividad y la auténtica representación. Hoy los trabajadores son los que deciden si quieren o no pertenecer a un gremio, y si ese gremio o sindicato les permite o autoriza la firma de un contrato colectivo de trabajo auténtico.

Ahora las condiciones cambian y tanto los trabajadores como la empresa tienen la presunción a su favor de que no habrá más extorsión.

IV. RETOS

- a)* Un sistema auténtico, sólido, profesional y ético de relaciones laborales.
- b)* Un sindicato será necesario siempre y cuando los trabajadores lo decidan y no bajo la circunstancia o presión de que un ente corporativo tuviera el peso o la presión de un conflicto inminente que, en muchos casos, implicaba una positiva fuente de extorsión.
- c)* El verdadero líder, materialmente hablando, y formalmente perteneciente a un sindicato, será necesario siempre y cuando los trabajadores lo voten, lo decreten y lo avalen en términos mayoritarios a través de un sistema de elecciones sobre la base de transparencia y voto personal, libre y secreto.
- d)* La representación real, en una empresa pequeña, mediana o grande, tanto de los trabajadores como del patrón, será la dinámica y la razón de ser de un verdadero proceso objetivo, serio, ético y sistemático para una positiva vida activa de relaciones laborales. El recurso humano deberá ser valorado, capacitado, entrenado y compensado sobre una base real y no simulada.

El sistema de competencias y de liderazgos premiará las verdaderas y abiertas condiciones y no las simulaciones.

- e) La abogacía que se dedique a esta materia tendrá que revisar sus estrategias y formas de actuar para, al amparo de una ética y preparación que premie la eficiencia, la calidad y la mejora de los servicios, ganarse un papel en el mercado de la consultoría, asesoría y litigio, insisto, con profesionalismo, con principios, con mediciones y resultados.
- f) La medición del nuevo sistema, haciendo un corte al 5 de mayo, es obviamente limitada. Sin embargo, los objetivos y las promesas que nos presenta el nuevo esquema jurídico laboral nacional es francamente bello, retador y sólido, que va a permitir, sin duda, que instituciones como la nuestra, es decir la Escuela Libre de Derecho, en sus programas de Licenciatura, Maestría y Doctorado, día a día actualicemos y diseñemos nuestros contenidos para estar a la vanguardia del conocimiento y construir la sustancia de la mejor práctica en el país.

En estos primeros cinco años del nuevo esquema laboral mexicano, los nombres de los colegas hijos de la Libre, para bien, han estado presentes en el diseño de la nueva legislación, pero más en el desarrollo de una práctica, que tanto desde la Academia, desde las autoridades laborales y el ejercicio constante y permanente de la profesión nos ha permitido coadyuvar para la construcción de un sistema nacional de relaciones laborales mucho más serio, profesional, decente y capaz. El futuro es promisorio. Ese es el reto queridos colegas.

Vacaciones dignas, la nueva regulación laboral



 Mtro. Axel Mota Rentería*

* Abogado, Maestro por la Universidad de Salamanca, Doctorando en Derecho en la Escuela Libre de Derecho y Profesor de Derecho del Trabajo en la Escuela Libre de Derecho.

Después de un amplio debate en el foro jurídico mexicano sobre la posibilidad de incrementar el número de días a los que un empleado tiene derecho a recibir por concepto de vacaciones como prestación laboral establecida en la Ley Federal del Trabajo, el pasado 27 de diciembre de 2022, finalmente, fue publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, el decreto por el cual se reforman los artículos 76 y 78 de la citada Ley, donde se modifica la temporalidad, más no la forma de cómputo de tal prestación, siendo vigente a partir del 1 de enero de 2023, por lo que a partir de dicha fecha tanto empleados como empleadores percibieron un impacto en sus relaciones laborales: por lo que toca a los primeros, obtendrán mayores días de vacación según corresponda a su antigüedad y por lo que respecta a los segundos, deberán ser cuidadosos al momento de computar el periodo que corresponda a sus empleados, pues de lo contrario se podría incumplir la nueva disposición legal. Lo anterior, invariablemente trae consigo un efecto económico, pues de los días de vacaciones también depende el cálculo de otra prestación laboral: la prima vacacional y por supuesto se generarán efectos fiscales y de seguridad social derivados de un aumento del patrimonio para los empleados. Por otro lado, el patrón también deberá considerar en sus finanzas un incremento en el pago de la nómina de sus trabajadores.

Por lo anterior, el objeto de este artículo es precisamente detallar consideraciones prácticas, sencillas y entendibles incluso para quienes no son especialistas en la materia, que les permita cumplir adecuadamente con la nueva regulación laboral.

Como antecedente inmediato es importante hacer mención que hasta antes de la reforma, los empleados tenían el derecho a disfrutar de 6 días de vacaciones pagadas al cumplir un año laborado para la empresa, circunstancia que sustancialmente representó el objeto de la modificación legal, pues el legislador duplicó dicho periodo, estableciendo en la Ley que los empleados deberán gozar de 12 días de vacaciones pagadas bajo los mismos términos que se establecían con anterioridad, es decir, una vez cumplido el año laborado para el patrón; a mayor abundamiento me permito citar la disposición legal vigente:

Artículo 76.—Las personas trabajadoras que tengan más de un año de servicios disfrutarán de un periodo anual de vacaciones pagadas, que en ningún caso podrá ser inferior a *doce días laborables*, y que aumentará en dos días laborables, hasta llegar a veinte, por cada año subsecuente de servicios. A partir del sexto año, el periodo de vacaciones aumentará en dos días por cada cinco de servicios.

Lo primero que debemos considerar, es que el derecho a disfrutar de las vacaciones se genera a través del tiempo, es decir, de conformidad con la antigüedad que genere el empleado en la empresa, es que podrá gozar de dicha prestación, siendo importante mencionar que las vacaciones no pueden ser sustituidas por remuneración alguna, salarios adicionales o artículo alguno, es decir, necesariamente el empleado debe descansar en sus días de vacaciones: por supuesto con goce de sueldo, pues precisamente su finalidad es que el trabajador descanse, reponga energías, que le permita disfrutar de su vida familiar y social, obtenga tiempo de esparcimiento que beneficie a su salud y que a su regreso incremente la productividad en su trabajo. Pero como he referido, el derecho a disfrutar de esta prestación se genera una vez cumplido un año

de trabajo laborado y el patrón está obligado a conceder las vacaciones dentro de los seis meses siguientes al cumplimiento del mismo, por lo que en la práctica muchas veces surge la pregunta: ¿Qué sucede con los trabajadores que terminaron la relación de trabajo previamente al cumplir el año de trabajo?, en este caso, de manera excepcional, el legislador prevé la posibilidad de que el empleado reciba una remuneración proporcional a los días de vacaciones que generó por el tiempo efectivamente laborado, lo cual es justificado en virtud de que naturalmente al haber concluido la relación laboral, el empleado no podrá descansar dichos días en un futuro, aquí un caso práctico:

El Sr. Juan Pérez vino laborando para la empresa Cartones de México S.A. de C.V. y su contrato estaba sujeto a las prestaciones que señala la Ley Federal del Trabajo, es decir teniendo derecho a 12 días de vacaciones por el primer año de trabajo cumplido, percibiendo un salario diario de \$500.00. Su relación laboral duró 6 meses, por lo que la empresa, pagó por concepto de vacaciones la parte proporcional: 6 días de salario (6 x 500), es decir \$3,000.00.

En todos los casos donde la relación laboral haya durado más de un año y ésta se mantenga vigente, el patrón no podrá sustituir tal prestación por remuneración alguna, salvo que la relación laboral termine, reitero, incluso aunque el propio empleado esté de acuerdo, pues recordemos que se trata de un derecho social e irrenunciable, en todo caso el convenio entre las partes sólo puede tener por objeto la forma de distribuir el periodo vacacional o acordar que sea superior al que marca la Ley.

Antes de continuar con la forma de computar el periodo vacacional bajo la nueva legislación, es importante señalar que la Ley prevé otra prestación ligada a las vacaciones: la

prima vacacional, misma que no sufrió modificación alguna en cuanto a su porcentaje que es del 25%, lo cual debemos afirmar entre comillas, pues dicha prestación se calcula de conformidad a los días de vacaciones, tal y como a continuación cito:

Artículo 80.—Los trabajadores tendrán derecho a una prima no menor de *veinticinco por ciento* sobre los salarios que les correspondan durante el período de vacaciones.

Lo que significa que al duplicarse los días de vacaciones a que tiene derecho un empleado, necesariamente trae consigo que se duplique la prima vacacional. Siguiendo el caso previo, si el Sr. Juan Pérez tuvo derecho a recibir en su finiquito la parte proporcional de sus vacaciones generadas, es decir 6 días de salario (\$3,000.00), su prima vacacional será el valor que resulte de obtener el 25% de dicha cantidad, es decir \$750.00, que bajo la legislación anterior hubiese sido la mitad.

AÑOS CUMPLIDOS DE SERVICIOS	DÍAS DE VACACIONES QUE CORRESPONDEN
1	12
2	14
3	16
4	18
5	20
De 6 a 10	22
De 11 a 15	24
De 16 a 20	26
De 21 a 25	28

AÑOS CUMPLIDOS DE SERVICIOS	DÍAS DE VACACIONES QUE CORRESPONDEN
De 26 a 30	30
De 32 a 35	32

Dicho lo anterior, comenzaré a describir la forma en que se deben computar las vacaciones bajo la nueva legislación. Conforme al citado y reformado artículo 76, las personas trabajadoras disfrutarán de su primer periodo vacacional gozando de 12 días de descanso con su salario íntegro por dicho periodo, así como la prima vacacional que corresponda, mismo que aumentará 2 días por cada año subsecuente de servicios hasta que se alcancen 20, lo que marca una diferencia, pues después de ese tope, los 2 días aumentarán hasta cumplidos los 5 años de servicios.

Así es como podemos computar las vacaciones:

Es importante hacer notar que los días de vacaciones referidos en la tabla, corresponden estrictamente a lo que señala la Ley Federal del Trabajo, es decir, son los mínimos legales, por lo que nada impide que empleado y empleador puedan acordar establecer en sus contratos individuales o colectivos de ser el caso, un mayor número de días a los mencionados, pero lo que no puede suceder es reducir las vacaciones que marca la Ley, lo mismo ocurre con la prima vacacional.

Toda vez que dicha norma cobró vigencia a partir del 1 de enero de 2023, han surgido diversas dudas, muy en particular, respecto a los empleados que generaron su antigüedad en 2022 y cumplieron su aniversario de servicios en 2023, la duda es ¿Qué norma es aplicable? ¿La vigente al momento en que se generó la antigüedad, es decir, la del año 2022?, o ¿apli-

car retroactivamente la reforma de 2023?, para mayor entendimiento describo un caso:

La Sra. María López, comenzó a trabajar el 1 de junio 2022 y cumplió su primer año de servicios el 1 de junio de 2023, por lo que hace saber al empleador que es su deseo disfrutar de sus vacaciones, hacemos notar que la reforma en materia de vacaciones dignas cobró vigencia a partir del 1 de enero de 2023, ¿cuántos días de vacaciones le corresponden?

Lo que es un hecho, resulta ser que cuando comenzó la relación laboral, la norma vigente fue la del año 2022 que establecía el derecho a gozar de 6 días de vacaciones por el primer año cumplido, pero surge la interrogante porque al momento en que María las debe disfrutar, la Ley señala que deben ser 12.

En el foro jurídico, han surgido 2 posturas: la primera de ellas establece que bajo un criterio *pro-operario* como principio del Derecho del Trabajo, se debe favorecer la interpretación más favorable para el trabajador, es decir al caso concreto, corresponderían 12 días de vacaciones.

La segunda postura hace hincapié en el derecho consagrado en el artículo 14 de nuestra constitución que señala: “A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.”, por lo que bajo este criterio las vacaciones correspondientes a la Sra. María, serán las que resulten de obtener la parte proporcional conforme a la norma vigente en 2022 (es decir, si laboró 6 meses: 3 días) y las generadas por la antigüedad correspondiente a la norma vigente en 2023 (si laboró 6 meses: 6 días), por lo tanto le corresponderían 9 días (3 del 2022 y 6 del 2023).

Al caso referido, mi opinión se decanta por la segunda postura, pues lo cierto es que ambas partes de la relación la-

boral, siguiendo el principio de autonomía de la voluntad, acordaron comenzar un contrato de trabajo bajo la norma vigente en ese momento, por lo que bajo el principio de seguridad jurídica, no es justificable que una reforma venga a cambiar trascendentalmente las condiciones contractuales a las que ambas partes se sujetaron conforme a la ley, y digo trascendentales, pues en el caso de las vacaciones, el número de días se duplicó, pues de haber conocido tal hecho, quizás las partes no hubiesen firmado el contrato. Aunado a lo anterior, los empleadores, tienen un presupuesto laboral previsto de manera anual, por lo que se traduce en una afectación seria para la fuente de trabajo, especialmente en las pequeñas y medianas empresas, que teniendo presupuestado el pago de prestaciones laborales, tengan que pagar lo doble derivado de una reforma que surgió con posterioridad, lo que efectivamente confirma la aplicación del derecho humano basado en que a ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna. Aunado a lo anterior, el Derecho del Trabajo busca el equilibrio entre los factores de la producción, por lo que es perfectamente justificable que al patrón se le aplique la norma vigente en el año 2022 y de igual manera que asuma el cumplimiento de la norma aplicable en 2023, por lo que el pago de vacaciones debería hacerse del mismo modo.

Por otro lado, la reforma también establece un cambio, que tiene relación con la forma en que el empleado puede disfrutar de sus vacaciones, es decir, si es continua o no, o si la decisión depende del empleado o empleador, para tal efecto me permito citar el artículo reformado:

Artículo 78.—Del total del periodo que le corresponda conforme a lo previsto en el artículo 76 de esta Ley, la persona trabajadora disfrutará de *doce días de vacaciones continuos, por lo menos*. Dicho periodo, *a potestad de la*

persona trabajadora podrá ser distribuido en la forma y tiempo que así lo requiera.

Del artículo citado se desprende que por regla general el empleado debe disfrutar de forma continua sus vacaciones, salvo que sean más de 12 días y que en todo caso, será derecho del propio trabajador decidir si decide tomarlas de otra manera, por lo que es importante dejar claro que el patrón no puede de forma unilateral decidir la forma en que el empleado tomará sus vacaciones, en todo caso lo ideal es llegar a un acuerdo por el bien de la fuente de trabajo, e incluso pactarlo en el contrato de trabajo.

Finalmente, es importante hacer notar que la reforma en la materia trajo consigo, inevitables efectos económicos, que incluso vale la pena retomarlos en un estudio propio, pero para efectos de las consideraciones prácticas señaladas aquí, resulta importante saber que, aunque la prima vacacional se considera un ingreso exento para el trabajador (en términos fiscales), también lo es que para el patrón sólo es parcialmente deducible, lo que inevitablemente incrementa su pasivo laboral. Así también, al incrementar esta prestación (vacaciones), incrementa el patrimonio de los empleados, cambiando con ello la base para el cálculo del Impuesto Sobre la Renta y por supuesto el Salario Base de Cotización para efectos del pago de las cuotas de seguridad social ante el IMSS, circunstancias de vital importancia para las fuentes de trabajo, que al final del día también se ven afectadas y que no podemos dejar pasar por alto.

Lo cierto es, que nos encontramos ante un entorno económico global complejo, que nos hace reflexionar, no sobre la idoneidad de este tipo de reformas, mismas que considero benéficas, pero sí sobre los tiempos en que se deben implementar. No obstante, debemos asumirlas con una perspecti-

va de optimismo que se traduzca en que exista un mercado de trabajo con mayor bienestar y productividad que se convierta en beneficios tanto para empleados como para empleadores.

BIBLIOGRAFÍA

- ▶ Unión, H. C. (2021). *Ley del Impuesto Sobre la Renta*. México.
- ▶ Unión, H. C. (27 de diciembre de 2022). *Ley Federal del Trabajo*. México.
- ▶ Unión, H. C. (2023). *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. México.
- ▶ Unión, H. C. (2023). *Ley del Seguro Social*. México.

Adiciones y reformas a la Ley Federal del Trabajo



 Lic. Francisco José Simón Conejos*

* Abogado y profesor de Cátedra Magistral de la Escuela Libre de Derecho.

Durante la presente Administración Federal, el Poder Legislativo ha llevado a cabo diversas adiciones y reformas a la Ley Federal del Trabajo, CASI todas ellas en beneficio de la clase trabajadora y obviamente con un cargo económico muy importante para el sector patronal. Dichas modificaciones con el ánimo que las y los trabajadores disfruten de mejores salarios y prestaciones, gocen de mayor tiempo de esparcimiento tanto en lo social como en lo familiar.

Ello se ve reflejado tanto en el aspecto colectivo como individual, siendo por lo que se refiere principalmente a la contratación colectiva la desaparición de los contratos de protección, pues de acuerdo a la nueva Legislación es indispensable que los representantes sindicales cuenten con la legitimación para representar a sus agremiados, a fin de celebrar contratos colectivos de trabajo y que los trabajadores miembros del sindicato del que se trate, conozcan y estén de acuerdo con el contenido del Contrato Colectivo de Trabajo que regirá sus relaciones obrero-patronales. Lo anterior es sin duda la reforma más importante en el ámbito colectivo.

Por cuanto se refiere al salario mínimo general y profesional aun cuando los mismos se han incrementado de manera importante, el mínimo general todavía no es suficiente para cumplir lo dispuesto por el artículo 123 constitucional en el sentido que el mismo debe ser suficiente 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.

En concordancia con la nueva cultura laboral, es indiscutible que las y los trabajadores devenguen un salario remunera-

rador, es decir, aquel que se conviene entre patrón y trabajador tomando en consideración la calidad y la cantidad del trabajo a desempeñar.

Ahora bien, en el aspecto individual y de acuerdo a la Ley Federal del Trabajo en vigor quedó prohibida la subcontratación de personal, salvo que se trate de servicios especializados o de ejecución de obras especializadas que no formen parte del objeto social ni de la actividad económica preponderante de la beneficiaria de éstos, reforma por demás fundamental en beneficio de los trabajadores así contratados.

Respecto al teletrabajo o trabajo a distancia y a los trabajadores del hogar, por cuanto a los primeros se refiere se incluye en la Ley Federal del Trabajo un Capítulo nuevo que establece las condiciones, obligaciones y responsabilidades de las partes, haciéndose hincapié en forma principal de acuerdo a lo establecido en la Norma Oficial Mexicana NOM-37 a la seguridad y salud en el trabajo y por cuanto a los trabajadores del hogar igualmente se establecen condiciones, obligaciones y responsabilidades de las partes, siendo la principal de ellas en el sentido que el patrón tiene la obligación de inscribir al trabajador del hogar ante el Instituto Mexicano del Seguro Social y cubrirle a dicho Instituto la cuota correspondiente, no siendo menos importante que finalmente la Comisión Nacional de los Salarios Mínimos Generales y Profesionales ya ha establecido para dichos trabajadores un salario mínimo profesional.

Según se ha manifestado con anterioridad los trabajadores deben devengar un salario que corresponda a la cantidad y a la calidad del servicio prestado y en ocasiones de ser posible convenir con el patrón bono de productividad para elevar aún más el salario devengado y que a través de dicho bono el patrón se beneficie con una mayor productividad, entendiéndose ésta no en el sentido que el trabajador labore

más, sino que aproveche mejor las condiciones de trabajo que le son proporcionadas, midiéndose al efecto tiempos y movimientos.

Las nuevas disposiciones legales por cuanto a días de vacaciones se refiere, se incrementaron en un 100%, dependiendo de la antigüedad de cada trabajador, lo que les permite mayores días de holganza que bien podrán disfrutar con la familia, lo cual conlleva una carga económica para el patrón, lo que a mi juicio y dadas las circunstancias económicas por las que el país atraviesa, no es lo indicado ya que lo que México necesita es trabajar y producir más bienes y servicios.

De vital importancia resultará que a partir del próximo mes de septiembre se reanuden en el Congreso de la Unión las discusiones respecto a dos iniciativas que quedaron pendientes relativas a establecer la jornada de trabajo de cuarenta horas semanales así como aumentar el número de días de descanso obligatorio a los ya establecidos en la Ley Federal del Trabajo; considero que dichas iniciativas y especialmente la jornada de cuarenta horas sería catastrófica para la economía nacional y por supuesto para el sector patronal, pues ello significaría en muchos centros de trabajo una carga económica difícil de sobrellevar refiriéndome en particular a las Empresas medianas y pequeñas, pensando sólo como un par de ejemplos en hoteles y restaurantes y por supuesto tratándose de grandes empresas que son de trabajo continuo, es decir aquellas que laboran veinticuatro horas diarias los trescientos sesenta y cinco días del año, que implicaría contratación de nuevo personal, con todas las consecuencias inherentes o el pago de tiempo extraordinario.

Al inicio de la presente colaboración se mencionó que las adiciones y reformas a la Ley Federal del Trabajo, CASI todas ellas en beneficio de la clase trabajadora; refiriéndome específicamente a LA PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LAS

UTILIDADES DE LAS EMPRESAS, la reforma que ya se encuentra en vigor y a que se refiere la fracción VIII del artículo 127 de la Ley Federal del Trabajo que a la letra dice:

EL MONTO DE LA PARTICIPACIÓN DE UTILIDADES TENDRÁ COMO LÍMITE MÁXIMO TRES MESES DE SALARIO DEL TRABAJADOR O EL PROMEDIO DE LA PARTICIPACIÓN RECIBIDA EN LOS ÚLTIMOS TRES AÑOS; SE APLICARÁ EL MONTO QUE RESULTE MÁS FAVORABLE AL TRABAJADOR.

Es evidente que la adición de esta fracción en nada beneficia a los trabajadores y sí por el contrario limita su derecho a participar en las utilidades de las empresas, existiendo ya a la fecha diversos reclamos al respecto.

Reglas procesales laborales de la maternidad



 Lic. Luis Javier Villafuerte Arias*

* Abogado y profesor en la Escuela Libre de Derecho.

Resumen: No hay tragedia mayor en el campo de la impartición de justicia que el perder una causa como consecuencia de un formalismo procesal. En el presente artículo nos ocupamos de cómo influyen en la maternidad el juzgar con perspectiva de género y aplicar el principio de primacía de la realidad, ambas cuestiones que se sobreponen a los formalismos procesales y evitan funestos resultados en el quehacer jurisdiccional. Adicionalmente, hacemos referencia a nuevas disposiciones que a nuestro modo de ver complementan adecuadamente la finalidad primordial del derecho del trabajo: proteger la dignidad, la salud y la vida de quienes prestan un servicio personal subordinado.

I. MARÍA Y LOURDES VS EMPRESA, S. A.

Fue por sentencia del veintiocho de noviembre del 2008 que el Tercer Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Cuarto Circuito concedió el amparo a una de las dos trabajadoras quejas en el juicio 799/2008, en que el ponente fue el magistrado José Luis Torres Lagunas. De ese juicio emanó la tesis¹ en la cual, a nuestro modo de expresar, considera inverosímil la renuncia alegada por la patronal en el juicio laboral iniciado en 2005 del que conoció la Junta Especial Número Doce de la Local de Conciliación y Arbitraje del Estado de Nuevo León.

La omisión de tomar en cuenta el embarazo de la trabajadora para determinar la verosimilitud de la renuncia, consideró el tribunal colegiado, provocó la infracción por parte de la

¹ Tesis: IV.3o.T.272 L con registro digital 167850. Para acceder a ella puede usarse la liga <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/167850>.

junta de arbitraje al principio de conciencia que rigen los laudos, así como la garantía de no discriminación prevista en el artículo primero de la Constitución federal y en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer² que prohíbe el despido de una mujer por motivo de embarazo por ser una forma de discriminación.

Hagamos una reconstrucción hipotética del caso: María y Lourdes ejercitan ante la Junta de Conciliación y Arbitraje una acción por despido; la patronal alega como defensa que las trabajadoras renunciaron y presenta las cartas con las que las actoras plasmaron su voluntad de dejar de prestar servicios; en juicio queda en evidencia que María se encontraba embarazada a la fecha de la renuncia; las trabajadoras objetan las firmas de las cartas renuncia y proponen una pericial para acreditar su objeción; los dictámenes de los peritos de la patronal y tercero en discordia concluyen que no hay alteración en las firmas que contienen las cartas de renuncia; la junta valora los dictámenes periciales, concluye que ambas renunciaron y absuelve a la demandada de la indemnización, salarios vencidos y prima de antigüedad reclamadas por el despido. Las trabajadoras promueven amparo en el cual alegan una indebida valoración de la prueba pericial; el tribunal colegiado que conoce del juicio de garantías concede el amparo únicamente a María para el efecto de que la Junta deje insubsistente el laudo reclamado y resuelva en conciencia y buena fe guardada considerando su estado de gravidez a la fecha de la supuesta renuncia. Conforme a los efectos del amparo, la junta analiza la defensa de la patronal buscando, sin encontrar-

² Conocida como “CEDAW” fue adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979, ratificada por México el 23 de marzo de 1981 y su decreto promulgatorio fue publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 12 de mayo de 1981. Para acceder a ella pueden usarse la liga <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-elimination-all-forms-discrimination-against-women> o visualizarla en las páginas 1 a la 9 de https://dof.gob.mx/nota_to_imagen_fs.php?codnota=4646605&fecha=12/05/1981&cod_diario=200008.

los, otros elementos que permitan concluir si es verosímil que María haya renunciado estando en estado de gravidez; la junta emite un nuevo laudo en el que, por considerar inverosímil la renuncia de María, condena a la patronal. En el caso de Lourdes, la junta reitera en el nuevo laudo, la absolución decretada en el anterior.

II. CONTRADICCIÓN DE CRITERIOS

En junio del 2012, tres años y medio después de dictada la ejecutoria a que nos referimos en el apartado anterior, en el mismo sentido se pronunció el Segundo Tribunal Colegiado en Materias Civil y de Trabajo del Vigésimo Primer Circuito. En la tesis aislada que emitió el colegiado de Guerrero, este enfatizó la obligación que tienen las Juntas de Conciliación y Arbitraje de juzgar con perspectiva de género junto con aquellas otras expresamente consignadas en la Ley Federal del Trabajo, consistentes en resolver a verdad sabida, buena fe guardada y con apreciación de los hechos en conciencia.³

Años después, un laudo dictado en noviembre de 2016 fue sometido al control constitucional del Segundo Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Segundo Circuito, el cual sostuvo en su sentencia que la junta sí tiene obligación de realizar un estudio con perspectiva de género, pero la renuncia que se perfecciona con prueba pericial adquiere valor probatorio para concluir “sin lugar a dudas” que la trabajadora dio por terminada su relación laboral de manera voluntaria. Ante la discrepancia del criterio del colegiado mexiquense con relación a los precedentes de los de Nuevo León y Guerrero, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la

³ Tesis XXI.2o.C.T.1 L (10a.) con registro digital 2002752. Para acceder a ella puede usarse la liga <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2002752>.

Nación, en su jurisprudencia por contradicción 318/2018⁴ se pronunció estableciendo que al juzgar con perspectiva de género reconociendo que la realidad sociocultural refleja desventajas hacia las mujeres embarazadas, se exige una mayor protección del estado; y dentro de ese manto protector ampliado, la sala añadió que aún en el caso de no haberse objetado el escrito de renuncia la patronal debe aportar elementos adicionales para acreditar que ésta fue libre y espontánea, so pena de considerarla inverosímil conforme al principio de primacía de la realidad.

III. DISCRIMINACIÓN LABORAL HACIA LAS MUJERES EMBARAZADAS

Innegable que el despido motivado por el embarazo de una mujer es un acto discriminatorio, así que sólo resta definir la causa provocadora y los efectos de tal discriminación laboral.

Desde 1917 fueron incluidos en nuestra constitución los derechos de las mujeres tendientes a la protección de la gravidez, la concepción y la lactancia: Durante los tres meses anteriores al parto no desempeñarían trabajos físicos que exigieran esfuerzo material considerable; disfrutarían de descanso con goce de salario, originalmente el mes siguiente al parto y a partir de 1975, seis semanas anteriores a la fecha aproximada del parto y seis semanas posteriores al mismo; y, tendrían dos descansos extraordinarios por día, de media hora cada uno, para amamantar a sus hijos.

Los derechos mencionados junto con su reglamentación y beneficios adicionales que contiene el Título V de la Ley Fe-

⁴ De la contradicción emanó la tesis 2ª/J. 96/2019 (10ª) con registro digital 2020317; liga <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2020317>.

deral del Trabajo nunca han sido asimilados por la lógica empresarial, siempre en la búsqueda de obtener mayor rendimiento minimizando los costos, pues precisamente derechos como los de protección a la maternidad reportan gastos en detrimento de las ganancias, y erogaciones a las que no corresponde un beneficio medible en términos económicos.

La óptica empresarial, que ha descartado el beneficio social con que fueron concebidos los derechos laborales protectores de la maternidad, es el origen de la discriminación hacia las mujeres embarazadas o mejor dicho, la discriminación por cualquier cuestión relacionada con la maternidad, siendo común que a las mujeres se les exijan certificados médicos de no embarazo para el ingreso, permanencia o ascenso en el empleo; o que se despidan a una mujer o se le coaccione para que renuncie por estar embarazada, por cambio de estado civil o por tener el cuidado de hijos menores.⁵ Es también bastante frecuente que a trabajadores y trabajadoras se les condicione el empleo con la firma de cartas de renuncia sin fecha, para utilizarlas como defensa contra una posible demanda por despido injustificado, insertando una fecha en la carta que actualice y coincida con la excepción de la renuncia, lo que se presume ocurrió en el juicio laboral de María y Lourdes, pues ellas objetaron las cartas de renuncia en el sentido de que las firmas y huellas fueron puestas cuando los documentos se encontraban en blanco, objeción que no pudieron acreditar con la pericial que propusieron y que por tanto resultó improcedente y llevó a la Junta a dictar absolución a la patronal en el primer laudo que dictó.

La reticencia patronal al pago de los salarios del periodo de descanso dio lugar a la inclusión del seguro de maternidad

⁵ De esos supuestos las prohibiciones de los artículos 133 fracciones XIV y XV, y 331 Ter en su párrafo previo al antepenúltimo, de la Ley Federal del Trabajo.

en el régimen obligatorio de seguridad social desde 1973: mediante el pago de una prima, el Instituto Mexicano del Seguro Social es el encargado de cubrir, bajo el concepto de “subsidio”, los salarios de los periodos pre y postnatales. El seguro comprende además la asistencia obstétrica, ayuda en especie por seis meses para lactancia, capacitación y fomento para la lactancia materna y amamantamiento, asistencia médico-quirúrgica, farmacéutica y hospitalaria, y una canastilla al nacimiento de la hija o hijo.

Para tener derecho al “subsidio”, la trabajadora debe tener al menos treinta cotizaciones semanales en el periodo de doce meses anteriores a la fecha en que debiera comenzar el pago; de no contar con esas cotizaciones, la obligación del pago del salario de los periodos pre y postnatales regresa a su obligada original, es decir, a la parte patronal, de ahí que la discriminación a la maternidad subsista.

Los derechos a recibir asistencia médica y de maternidad, quirúrgica, farmacéutica y hospitalaria se conservan y mantienen vigentes durante las ocho semanas posteriores a la desocupación, pero sólo cuando se cuenten con ocho cotizaciones semanales ininterrumpidas e inmediatas a tal privación.

Una medida de protección adicional para el efectivo cobro de las cuotas (que incluyen la prima por el seguro de maternidad) consistió en dar a éstas el carácter de crédito fiscal en la Ley del Seguro Social.

Trabajadora embarazada que renuncia a su trabajo pierde todos o algunos de los beneficios anotados, así como la estabilidad económica que le procura el ingreso de su salario, y por ello lo inverosímil de la defensa que en ese sentido produce la patronal en juicio.

IV. PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LA REALIDAD

El principio de primacía de la realidad se deriva, recientemente, del tercer párrafo del artículo 17 constitucional⁶ que obliga a las autoridades jurisdiccionales a privilegiar la solución del conflicto sobre los formalismos procedimentales siempre que no se afecte la igualdad entre las partes, el debido proceso u otros derechos. La fórmula “privilegiar la solución del conflicto” establecida en el dispositivo constitucional se refiere al deber de las autoridades jurisdiccionales de privilegiar la “resolución de fondo del asunto” como señala la exposición de motivos para la inclusión del párrafo que contiene el principio en el artículo 17 de nuestra carta magna.⁷

Previo a 2017 en que se incluyó la primacía de la realidad en el texto constitucional, la corte ocupó, con el mismo propósito de aquel (apartarse de los formalismos y resolver con apego a realidades fácticas) los principios de verdad sabida y exhaustividad en el dictado de los laudos. En efecto, en 1993 la otrora Cuarta Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se pronunció en contradicción de tesis sosteniendo que ante un reclamo excesivo de pago de tiempo extraordinario, las Juntas de Conciliación y Arbitraje debían apartarse del resultado formalista y decretar la absolución al respecto, si hubiesen arribado a la conclusión de que resultaba inverosímil que una persona haya laborado muchas horas extras diarias durante un lapso considerable por no contar con tiempo suficiente para reposar, comer y reponer energías.⁸

⁶ El tercer párrafo del artículo 17 constitucional fue adicionado por decreto publicado el quince de septiembre del 2017 en el *Diario Oficial de la Federación*, cuyo segundo transitorio dispuso que entraría en vigor a los ciento ochenta días naturales siguientes al de su publicación.

⁷ La exposición de motivos se encuentra relacionada en el archivo que puedes descargar con la siguiente liga https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/proceso/docleg/63/232_DOF_15sep17.pdf.

⁸ Tesis 4a./J. 20/93 con registro digital 207780. Para acceder a ella puede usarse la liga <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/207780>.

No fue la primera ocasión que la Corte estableció lineamientos para la procedencia del pago de tiempo extraordinario, pero sí es el primer criterio en el que ocupó el principio de verdad sabida, que al igual que el de primacía de la realidad permite apartarse de los formalismos procesales al momento de resolver el fondo de un conflicto. En 2006, la Segunda Sala reiteró en su jurisprudencia los argumentos sobre lo legal que resulta que las juntas y los tribunales de amparo estudiaran la “razonabilidad” del tiempo extraordinario reclamado;⁹ y en 2014 incrementó el espectro que puede abarcar apartarse de los formalismos procesales, ya que el estudio de verosimilitud de tiempo extra laborado es aplicable aun cuando se tenga al demandado contestando la demanda en sentido afirmativo.¹⁰ El último pronunciamiento de la segunda sala en que se basó en el principio de verdad sabida data de 2016 y se refiere al juicio de verosimilitud sobre el monto del salario, juicio respecto del cual se puede considerar excesivo el señalado por la parte trabajadora en la demanda, no obstante que se haya tenido por contestada la demanda en sentido afirmativo.¹¹

Con los antecedentes narrados en este apartado podemos ubicar al principio de primacía de la realidad como parte del sistema de la sana crítica en la valoración de pruebas, a través del cual debe darse mayor valor a aquello que deja en evidencia lo ocurrido de facto, pudiendo provenir tales evidencias de presunciones humanas, sobre aquello que se encuentra consignado en documentos escritos, siendo la inverosimilitud de la renuncia escrita de una trabajadora embarazada el ejemplo por excelencia de lo que la primacía de la realidad implica.

⁹ Tesis 2a./J. 7/2006 con registro digital 175923. Para acceder a ella puede usarse la liga <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/175923>.

¹⁰ Tesis 2a./J. 35/2014 (10ª) con registro digital 2006388. Para acceder a ella puede usarse la liga <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2006388>.

¹¹ Tesis 2a./J. 39/2016 (10ª) con registro digital 2011445. Para acceder a ella puede usarse la liga <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2011445>.

En el segundo párrafo del artículo 685 de la Ley Federal del Trabajo, adicionado en 2019, se reglamentó el principio constitucional a que nos venimos refiriendo, en los siguientes términos: “El juez deberá atender al principio de realidad sobre los elementos formales que lo contradigan. Asimismo, se privilegiará la solución del conflicto sobre los formalismos procedimentales, sin afectar el debido proceso y los fines del derecho del trabajo”.

V. PERSPECTIVA DE GÉNERO

Las reflexiones y análisis contenidos en la contradicción de tesis 318/2018, a la que nos referimos previamente, así como aquellas contenidas en la 422/2016, a la que nos referiremos en el apartado siguiente, fueron fundamentales en el Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género que en 2020 emitió la Suprema Corte de Justicia de la Nación a través de su Dirección General de Derechos Humanos, publicación extensa y detallada de la que, para nuestra exposición, parafraseamos lo siguiente:

La perspectiva de género es una herramienta de análisis que sirve a los órganos jurisdiccionales para tomar en consideración el impacto diferenciado que una disposición jurídica puede tener por la forma en la que incide el género en un caso concreto; juzgar con perspectiva de género implica evitar una interpretación neutral de la norma que afecte a las personas de ese género.

Una de las formas de juzgar con perspectiva de género lo es cuestionar si una norma aplicada de la misma forma a personas de diverso género ocasionaría las mismas consecuen-

cias.¹² Por nuestra parte añadimos que también puede cuestionarse si la norma se aplica a personas del mismo género pero en distinta circunstancia, como ocurrió en el juicio laboral expuesto en el apartado inicial del presente, pues el estado de embarazo de María a la fecha de la supuesta renuncia derivó en la concesión del amparo, a diferencia de Lourdes, a quien se le negó pues desafortunadamente para ella, el efecto de la perspectiva de género aplicada a su litisconsorte por la inverosimilitud de que haya renunciado encontrándose en estado de gestación no tuvo el impacto suficiente para provocar que el colegiado ordenara a la junta un escrutinio profundo y paralelo de la renuncia, esto es, la inverosimilitud de la de María no llevó a considerar también inverosímil la de Lourdes por haber sido la misma patronal quien presentó en juicio los dos documentos.

Es ante un escenario como el que acabamos de describir en que se hace patente cómo se amalgaman la perspectiva de género y el principio de primacía de la realidad, principio que debe aprovecharse y explotarse al máximo por quien interviene en representación de parte actora o demandada ante los órganos jurisdiccionales laborales, presentando indicios que permitan a éstos aplicarlo en la vía de la presunción humana como medio de prueba reconocido en la doctrina procesal, pues en los casos de trabajadoras y trabajadores, abundan las renunciaciones inverosímiles que perfeccionan las periciales en materia documentoscópica y caligráfica, sin que su inverosimilitud sea decretada, sea porque no se proporcionaron elementos suficientes para que el principio de realidad pudiera llevar a considerarlas así, sea porque a pesar de haberse pro-

¹² Página 211 y siguientes, del Protocolo al que puedes acceder usando la liga <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/protocolos/archivos/2020-11/Protocolo%20para%20juzgar%20con%20perspectiva%20de%20g%C3%A9nero%20%28191120%29.pdf>.

porcionado indicios para demostrar la inverosimilitud, el órgano jurisdiccional no lo aplicó.

VI. EFECTO DE LA PRIMACÍA DE LA REALIDAD EN LA REFORMA LABORAL DE 2019

Otra contradicción de tesis, la 422/2016 resuelta el veinticuatro de mayo de 2017, surgió a raíz de dos tesis aisladas emitidas en 2014 y 2016 por Tribunales Colegiados, de ahí que su periodo de gestación haya sido más breve y haya concluido previamente a la emisión de la contradicción 318/2018 que ya habíamos analizado, cuyo primer criterio contendiente data de 2008, pero hasta 2016 con la sentencia del colegiado del Estado de México surgió la contradicción necesaria para que la sala se pronunciara sobre el criterio que debía prevalecer con carácter de jurisprudencia.

En esta otra contradicción de tesis, la Segunda Sala analiza los efectos que tiene el ofrecimiento de trabajo producido en juicio por la patronal a una trabajadora que a la fecha en que ubica su despido se encontraba en estado de gravidez.

El ofrecimiento del trabajo es una figura que en la mayoría de las ocasiones complementa la inexistencia del despido planteada en la contestación a la demanda. En derecho procesal laboral existe una presunción de ser cierto el despido dado que las personas tendemos a la estabilidad, resultando preferible conservar un trabajo a dejarlo en busca de otras de por sí escasas oportunidades; luego entonces la patronal entra a juicio como presuntamente culpable, salvo que demuestre que el despido fue justificado, que quien alega el despido renunció, o que se produjo una causa de terminación de la relación laboral (el mutuo consentimiento, el vencimiento del término establecido en el contrato, la terminación del periodo de prueba sin que la persona contratada haya demostrado

cumplir con los requisitos y conocimientos necesarios para desarrollar el trabajo, entre otras).

Ante la ausencia de un despido justificado, renuncia o de causa de terminación, la figura del ofrecimiento del trabajo servía para destruir la presunción de existencia del despido. La fórmula “Tan no existió el despido de que se queja la parte actora, que se le ofrece su trabajo para que lo continúe desempeñando en los mismos términos y condiciones en que lo venía haciendo” tenía como efecto que la Junta de Conciliación y Arbitraje, tras ese análisis en conciencia que tiene obligación de realizar en el dictado de los laudos, verificara si aquellos términos y condiciones en que se había producido la oferta habían sido los mismos con que la demandante se venía desempeñando y respetaban los principios y normas del derecho del trabajo; en caso afirmativo la oferta era calificada de buena fe y su efecto era el de revertir la carga de probar el despido a la parte trabajadora.

El punto de análisis de la contradicción de tesis 422/2016 fue, precisamente, el efecto de reversión que tiene el ofrecimiento del trabajo realizado a la mujer que en juicio hubiese alegado que su despido fue un acto discriminatorio con motivo de embarazo o por haberse producido en periodo de licencia postnatal. En estos casos, la Segunda Sala determinó que en cumplimiento al deber de juzgar con perspectiva de género, la patronal perdía el beneficio que generaba una oferta de trabajo y a ésta correspondía la carga de la prueba de acreditar la inexistencia del despido. El deber de juzgar con perspectiva de género derivó de la reflexión hecha por la sala de cuán cierto y real resulta que muchas mujeres enfrentan la falta de estabilidad en el empleo, por la carga que supone para algunas empresas el otorgar una licencia de maternidad, que les obliga a suplir a la empleada embarazada con los consiguientes costos, tanto como en la etapa posparto y de lactancia, por las

prerrogativas que la ley impone conceder a las madres trabajadoras, reflexión que incluye el principio de primacía de la realidad que meses más tarde se conceptualizaría e insertaría en el texto constitucional.

El ofrecimiento del trabajo en general, quedó en evidencia, era una estrategia procesal que únicamente servía para la distribución de la carga probatoria del despido pero no solucionaba el fondo del conflicto. En efecto, la reinstalación, dentro del procedimiento y sin que se hubiese dictado laudo, de una persona trabajadora que hubiese aceptado el ofrecimiento del trabajo, la mayoría de las veces producía una segunda demanda en el que la persona reincorporada alegaba un segundo despido, segunda demanda que podía derivar en un segundo ofrecimiento del trabajo y una segunda reincorporación intra proceso, pudiendo surgir una tercer demanda alegando un tercer despido posterior a la segunda reincorporación, y así sucesivamente.

Esa penosa realidad, la de que el ofrecimiento del trabajo se había vuelto una estratagema que no servía a los fines de la solución de un conflicto, dio pie a que la reforma del 2019, en la fracción VI del artículo 784 de la Ley Federal del Trabajo, se nulificara el efecto que la oferta venía produciendo en los siguientes términos: “La negativa lisa y llana del despido, no revierte la carga de la prueba. Asimismo, la negativa del despido y el ofrecimiento del empleo hecho al trabajador, no exime al patrón de probar su dicho”.

VII. OTROS BENEFICIOS PROCESALES PARA LA MATERNIDAD EN LA REFORMA LABORAL DE 2019

Es gratificante ver el desarrollo de las normas jurídicas a través de los planteamientos de los abogados patronos ante tribunales. Dentro de esos planteamientos detectamos solici-

tudes de medidas precautorias no contempladas en la Ley Federal del Trabajo, tendientes a que la Presidenta o Presidente de una Junta de Conciliación y Arbitraje provea lo necesario a efecto de que a una trabajadora actora en un juicio laboral que alegare haber sido despedida como consecuencia de su embarazo, siguiera disfrutando de los servicios de seguridad social.¹³

Las reformas a la Ley Federal del Trabajo en 2019 que puso en marcha el nuevo modelo de impartición de la justicia laboral, desapareciendo las Juntas de Conciliación y Arbitraje y reglamentando las normas procesales para los Centros de Conciliación y Tribunales Laborales, rompieron el obstáculo doctrinal que conceptualizaba a las providencias cautelares como aquellas tendientes a garantizar el cumplimiento futuro de las sentencias para incluir dentro de éstas aquellas que tienen como propósito salvaguardar los derechos derivados de la maternidad y evitar se ocasionen perjuicios irreparables a una mujer embarazada que alegue un despido.

Bajo el nuevo modelo es obligatorio agotar un procedimiento conciliatorio ante los centros antes de acudir a la instancia jurisdiccional ante los tribunales, siendo excepciones a la conciliación prejudicial conciliatoria los conflictos inherentes a discriminación en el empleo y ocupación por embarazo, así como por razones de sexo, orientación sexual, raza, religión, origen étnico, condición social o acoso u hostigamiento sexual, que entre otros supuestos se incluyeron en el artículo 685 ter de la Ley Federal del Trabajo.

Congruentemente con la excepción para las mujeres embarazadas de agotar la instancia prejudicial y con los perjuicios que implican la pérdida del empleo y que son consecuen-

¹³ Ver tesis XVII.2o.C.T.7 L (10a.) registro digital 2019953 a través de la liga <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2019953>; y tesis XVII.2o.C.T.6 L (10a.) registro digital 2019977 a través de la liga <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2019977>.

cia de los beneficios de la seguridad social, en el artículo 857 de la Ley Federal del Trabajo se sumaron al arraigo y al embargo precautorio, las providencias cautelares que permiten a los Tribunales Laborales, a través de su secretaría de instrucción, requerir al patrón se abstenga de dar de baja de la institución de seguridad social en la que se encuentra afiliada la trabajadora embarazada que haya sido despedida, o bien, requerir a la institución de seguridad social mantenga las prerrogativas de esa materia, “en tanto se resuelve el juicio laboral”.

Trabajadora embarazada que como consecuencia del despido es dada de baja en el Instituto Mexicano del Seguro Social, corre el riesgo de que éste no le cubra el subsidio que abarca los salarios de los periodos pre y post natales y también el de tener que hacer la erogación correspondiente al parto. Con gran acierto, las nuevas providencias cautelares pueden atenuar el drama de las mujeres en estado de gravidez; si la patronal no ha dado de baja a la trabajadora en el Instituto Mexicano del Seguro Social, el tribunal lo requerirá para que la mantenga inscrita, lo que provocará que la patronal siga cubriendo las cuotas y el instituto cubra el subsidio de maternidad y provea la atención médica y hospitalaria durante lo que resta del embarazo y el parto. Si la patronal ya hubiese dado de baja a la trabajadora y el requerimiento del tribunal se dirige al Instituto, éste otorgará los beneficios de la seguridad social a la trabajadora y recabará a la patronal el pago de las cuotas de seguridad social, las que como comentamos anteriormente, tienen el carácter de crédito fiscal.

VIII. CONSIDERACIONES COMPLEMENTARIAS

Para que la primacía de la realidad pueda posicionarse por encima de los formulismos debe ir acompañada de la debida

apreciación en conciencia del material probatorio generado en un proceso y de la expresión clara, lógica y contundente de las consideraciones que motivan una absolución o una condena. Un ejemplo muy básico es el primero de los casos al que nos referimos en el presente, pues para analizar la verosimilitud o inverosimilitud de la renuncia que se imputa a una trabajadora que al producirla se encontraba en estado de gravidez, es preciso que ese estado quede debidamente comprobado. Otro ejemplo también basado en una contradicción de tesis a la que previamente nos referimos, consiste en calificar una jornada como inverosímil, calificación que en la práctica forense hemos visto, aún en el caso de tenerse por contestada la demanda en sentido afirmativo, trae como consecuencia una absolución total del tiempo extraordinario reclamado, lo que consideramos una mala práctica en el quehacer jurisdiccional dado que no existieron elementos que sirvieran para concluir que la jornada era inverosímil, elementos como podrían serlo la edad de quien alegó haber trabajado tiempo extra, si fueron meses o años el tiempo que estuvo desarrollándolo o incluso la distancia existente entre el domicilio de la persona trabajadora y el centro de trabajo, pues una jornada de, por ejemplo, sesenta horas semanales desarrollada durante un año, puede ser verosímil en el caso de quien los reclama sea una persona joven que vive a una distancia no muy lejana de donde trabaja o incluso que desarrolla teletrabajo o verosímil también en el caso de una persona de mediana edad, cincuenta y cinco años por ejemplo, si en juicio se detecta una afectación a la salud mental y física derivada de la prolongación excesiva de la jornada durante un tiempo considerable. Subrayamos entonces que el principio de primacía de la libertad sólo será benéfico cuando el órgano jurisdiccional lo complementa con la obligación contemplada en el artículo 841 de la Ley Federal del Trabajo: La apreciación de los hechos en

conciencia, sin necesidad de sujetarse a reglas o formulismos sobre estimación de las pruebas, pero estudiando pormenorizadamente las rendidas, haciendo la valoración de las mismas; y expresando los motivos y fundamentos legales en que se apoyan.

Otra reflexión nos provoca el que la protección a las madres trabajadoras, derivada de la aplicación del principio de primacía de la realidad, ha venido denominándose en algunas resoluciones del Poder Judicial Federal como ‘estabilidad reforzada’ de trabajadora embarazada o en situación de maternidad o ‘fuero de maternidad’. Respecto de la primera podemos opinar que no hay un refuerzo a la estabilidad en el empleo, derecho que era el mismo para María y para Lourdes en nuestro caso hipotético; lo que el estado de embarazo de la primera provocó no fue que se reforzara esa estabilidad en el empleo, prerrogativa de naturaleza sustantiva, sino dos normas adjetivas: la aplicación del principio de primacía de la realidad y la obligación de juzgar con perspectiva de género.

Respecto de la segunda denominación, hablar de un ‘fuero de maternidad’ puede confundirse con un manto protector que impida ejercer una acción de rescisión sin responsabilidad en contra de una mujer embarazada. Por supuesto que al conocer de un conflicto en que la parte patronal alegue un despido justificado de una mujer que a la fecha de la rescisión se encontraba embarazada, el tribunal debe juzgar con perspectiva de género como refiere una tesis aislada del Primer Tribunal Colegiado en Materias Civil y de Trabajo del Décimo Séptimo Circuito, en la que se arriba a la conclusión de que al haberse excepcionado la patronal aduciendo que la trabajadora embarazada incurrió en causal de rescisión prevista en el artículo 47, fracción X de la Ley Federal del Trabajo, por haber acumulado más de tres faltas injustificadas en un periodo de 30 días, las inasistencias pueden considerarse justificadas por

la condición del embarazo sin que se requiera para ello algún comprobante médico, constancia de una institución de salud o un documento semejante que reúna los requisitos para considerarlo justificante,¹⁴ conclusión con la que estamos de acuerdo, pero valdría la pena contemplar otro supuesto en el que si a pesar de juzgar con perspectiva de género, en un juicio queda en evidencia una causa más grave, sin lugar a dudas cometida por una mujer que a la fecha de su rescisión se encontraba embarazada, no debemos concebir al ‘fuero de maternidad’ como un privilegio tal que lleve a determinar que la rescisión fue injustificada y el tribunal debiera absolver al cumplimiento de las acciones derivadas del despido.

Los términos estabilidad reforzada y fuero de maternidad tienen una connotación distinta a aquello que se refieren las reglas procesales que los tribunales laborales deben aplicar en los casos en que esté involucrada la maternidad; de ahí que ocupamos este último para el título del presente y que los concluyamos dando a las empresas dos recomendaciones que derivan de la obligación contemplada en la fracción XXXI del artículo 132 de la Ley Federal del Trabajo, de implementar, en acuerdo con los trabajadores, un protocolo para prevenir la discriminación por razones de género y atención de casos de violencia y acoso u hostigamiento sexual, así como erradicar el trabajo forzoso e infantil: La primer recomendación consiste en dar intervención protocolaria a la comisión mixta de seguridad e higiene ante la intención que una trabajadora embarazada tenga para renunciar; corresponderá a la comisión auscultar a la trabajadora respecto de los motivos para dejar de prestar sus servicios; advertirle del efecto de su renuncia en sus beneficios laborales y de seguridad social; y dejar asentado en acta su intervención y las manifestaciones de la tra-

¹⁴ Tesis III.3o.T.23 L (10a.) con registro digital 2006384. Para acceder a ella puede usarse la liga <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2006384>.

bajadora, incluyendo la propia renuncia en caso de que la trabajadora ratifique su intención. La segunda recomendación a las empresas la dirijo al origen del problema, es decir, a la discriminación por embarazo que debemos erradicar si adquieren conciencia de la responsabilidad social que les corresponde y asumen como producto de ellas al ser que ayudan se geste en un entorno laboral cordial y que verá la luz del día gracias a un esfuerzo común en el que ellas participan respetando los objetivos del Derecho del Trabajo.

*Trabajo remoto en
México por parte
de trabajadores
extranjeros; ¿hay
que cumplir con la
regulación del
teletrabajo?*

■ Lic. Nora M. Villalpando Badillo*
Lic. Pietro Straulino Rodríguez**

* Abogada egresada de la Escuela Libre de Derecho.

** Abogado egresado de la Escuela Libre de Derecho.

I. ANTECEDENTES

No tenemos duda: el trabajo remoto ha experimentado un crecimiento significativo a nivel mundial, derivado de los avances tecnológicos, así como también a últimas fechas de la suspensión de actividades causadas por la pandemia Global ocasionada por SARS-CoV-2 causante del Covid19 (la “Pandemia”).

Previo a la Pandemia; derivado del surgimiento de tecnologías cooperativas, uso de nubes colaborativas, conferencias telefónicas utilizando videoconferencia, etc..., muchas corporaciones a nivel mundial (*incluyendo a México por ser un lugar en donde muchas de sus subsidiarias operan*), estaban incorporando a sus políticas laborales esquemas de trabajo remoto/ desde casa que permitían a sus empleados elegir algún(os) día(s) a la semana para no trasladarse a su centro de trabajo y realizar sus actividades laborales a distancia (*para así evitar traslados y gastos inherentes*).

Durante la Pandemia, a efecto de detener la rápida propagación de los contagios, Gobiernos en el mundo determinaron políticas de “quédate en casa”, así como también y a efecto de cumplir lo anterior, emitieron catálogos y regulaciones para distinguir a las actividades e industrias consideradas esenciales (*salud, alimentación, telecomunicaciones, transportación, seguridad, impartición de justicia, etc...*) de las actividades no-esenciales. Aquellos que no fueron determinados como “esenciales” tenían la prohibición de operar, por lo que cientos de industrias y comercios, tuvieron la necesidad de cerrar centros de trabajo y oficinas y en consecuencia

establecer esquemas de trabajo “alternativos” mediante el trabajo remoto a fin de salvaguardar la salud de sus trabajadores y de mantener las fuentes de empleo una vez que la Pandemia concluyera.

Estos nuevos esquemas de trabajo remoto permitieron a su vez la posibilidad de que los trabajadores no tuvieran que someterse a un determinado lugar para poder desempeñar sus labores, pues mientras existiera una conexión a Internet disponible (*con la ayuda de los softwares señalados anteriormente*) prácticamente podrían llevar a cabo sus actividades en cualquier lugar del mundo.

Eso permitió que trabajadores de todas partes del mundo buscaran nuevas opciones de vivienda, siendo México un lugar atractivo para reubicarse, en primer lugar porque oficialmente México nunca cerró sus fronteras, porque ofrecía alojamientos asequibles, con infraestructura digital que dotaba de la posibilidad además de viajar y conocer nuevas culturas, continuar percibiendo la fuente principal de ingreso, lo que hasta la fecha sigue en constante proceso de crecimiento.

Derivado de lo anterior, muchas compañías en el mundo actualmente han determinado reducir sus espacios, así como también de su capacidad instalada, beneficiándose al reducir costos en infraestructura permitiendo el trabajo remoto de forma constante, atrayendo talento de especialistas en tecnología no sólo a nivel local, sino inclusive a nivel mundial, lo que ha ocasionado una importancia en el tema a estudio.

II. TRABAJO REMOTO EN MÉXICO, SU REGULACIÓN

Previo a la Pandemia la única regulación de trabajo remoto en México se establecía en la Ley Federal del Trabajo (“LFT”) como el “*Trabajo a Domicilio*”, que si bien reconocía la posibilidad de desempeñar el trabajo fuera del domicilio del

centro de trabajo, no determinaba con claridad el cómo se trataría a esta modalidad y sobre todo, no consideraba los nuevos aspectos tecnológicos, así como alcances que requerían de atención para su correcta aplicación actual.

1. *Teletrabajo regulación aplicable*

- a) **Ley Federal del Trabajo.**—Así, después del primer año de la Pandemia y derivado de la necesidad de adaptar nuevas modalidades para realizar las actividades laborales de forma remota, el 11 de enero de 2021 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* (“DOF”) una reforma a la LFT que adiciona el capítulo de Teletrabajo (Capítulo XII Bis).

De acuerdo con dicha reforma el Teletrabajo es el desempeño de actividades remuneradas en lugares distintos al centro de trabajo mediante el uso de tecnologías de la información; es decir, que la presencia del trabajador no es requerida en el centro de trabajo para que el servicio o la actividad sea desempeñada adecuadamente.

Esta modalidad de trabajo remoto se acuerda por escrito y es aplicable cuando las actividades laborales se realizan más del 40% del tiempo en el domicilio del empleado o en un domicilio elegido por éste. No será considerado teletrabajo si se realiza de manera ocasional o esporádica. Al ser una modalidad de la relación de trabajo, el patrón y el empleado conservan el derecho a la reversibilidad para regresar a la modalidad presencial (*las Partes deben de pactar la manera de regresar a laborar como se había efectuado previo al teletrabajo*).

En esta modalidad dentro de la relación de trabajo, quien tiene las principales cargas/obligaciones, es el patrón y debe:

- Implementar una Política de Teletrabajo.
- Adicionar capítulos de teletrabajo en Reglamento Interior de Trabajo y Contrato Colectivo de Trabajo (*en su caso*).
- Proveer, instalar y mantener el equipo necesario para el teletrabajo, como equipo de computación, sillas ergonómicas e impresoras.
- Llevar registros de insumos entregados a los empleados bajo esta modalidad.
- Asumir los costos relacionados con el teletrabajo, como los de los servicios de telecomunicaciones y el costo proporcional de la electricidad.
- Respetar el derecho de la desconexión de los empleados al término de la jornada laboral.
- Garantizar el derecho a la intimidad (estableciendo esquemas de supervisión proporcional al tipo de actividades realizadas).
- Garantizar la protección de datos personales de los empleados.
- Contar con un listado actualizado del personal que trabaja en esta modalidad.
- Verificar las condiciones de seguridad y salud del lugar de trabajo que usará por el empleado en esta modalidad.
- Brindar capacitación y adiestramiento, por lo menos una vez al año, sobre las condiciones de seguridad y salud que deben guardar y mantener los teletrabajadores en el lugar de trabajo.
- Inscribir a los teletrabajadores ante el Instituto Mexicano del Seguro Social.

- Promover el equilibrio y trato igualitario entre los teletrabajadores y los trabajadores que trabajan de manera presencial, en términos de remuneración, capacitación, seguridad social y oportunidades laborales.
- Observar perspectiva de género para permitir conciliar la vida personal y la disponibilidad de los teletrabajadores durante la jornada laboral.

Por su parte el teletrabajador principalmente debe:

- Usar de manera adecuada el equipo y materiales entregados para desempeñar el trabajo.
 - Informar oportunamente al patrón de los costos de los servicios que deben ser reembolsados.
 - Cumplir con los mecanismos/procedimientos del patrón para supervisar el trabajo, protección de datos y seguridad y salud en el trabajo.
 - Informar al patrón sobre cambios de domicilio donde realiza su trabajo en esta modalidad.
 - Participar en la capacitación brindada por el patrón.
- b) Norma Oficial Mexicana (“NOM”).—Es prioritario proteger a los trabajadores, que cuenten con seguridad y salud al brindar sus servicios personales y subordinados, por lo que la propia reforma a la LFT establece la creación de una Norma Oficial Mexicana (“NOM”) para establecer las condiciones especiales de seguridad y salud para regular las actividades laborales llevadas a cabo bajo la modalidad de teletrabajo.

En cumplimiento de lo anterior el 15 de julio de 2022 la Secretaría del Trabajo y Previsión Social (STPS) publicó en el *DOF* para consulta pública el Proyecto de esta Norma Oficial Mexicana denominada *PROY-NOM-037-STPS-2022, Teletrabajo Condicio-*

nes de seguridad y salud en el trabajo para que por un espacio de sesenta días naturales, los interesados presentaran sus comentarios al Comité Consultivo Nacional de Normalización de Seguridad y Salud en el Trabajo.

Una vez concluido dicho proceso y revisada la versión final del proyecto, mediante publicación del 8 de junio de 2023 en el *DOF*, se expidió la *NOM-037-STPS-2023, Teletrabajo Condiciones de seguridad y salud en el trabajo* (“*NOM-037*”), la cual entrará en vigor a los 180 días naturales a su publicación, es decir, **a partir del 5 de diciembre de 2023**.

Durante este periodo, previo al inicio de la vigencia señalada en el párrafo anterior, las empresas podrán revisar los alcances de la *NOM-037* y determinar si están en posibilidad de cumplir con toda la regulación relativa al teletrabajo para en su caso hacer los ajustes necesarios a sus contratos, políticas, reglamentos interiores de trabajo, contratos colectivos, etc., y establecer los mecanismos que correspondan para evidenciar el debido cumplimiento.

La *NOM-037* establece principalmente los siguientes puntos:

- El patrón debe contar con un listado de las personas que trabajan esta modalidad que debe contener la información tanto del trabajador como de las condiciones del trabajo.
- Los patrones deben proveer a los trabajadores en la modalidad de teletrabajo de las herramientas e insumos necesarios para realizar su trabajo, esto incluye silla ergonómica que cumpla con las características mínimas establecidas y cualquier otro aditamento ergonómico en caso de ser necesario.

- Se reconoce y define el derecho a la desconexión como uno de los elementos esenciales de esta modalidad, lo que significa que se debe cumplir con los tiempos de la jornada laboral y no realizar actividades laborales al término de la jornada laboral, durante tiempos de descanso pactados, en vacaciones, permisos y licencias.
- Para que se desarrolle el trabajo de manera adecuada, se señala que los trabajadores deberán contar con un lugar adecuado y sobre todo seguro, que los proteja contra agentes físicos y factores de riesgo ergonómico y psicosocial.
- Verificación de las condiciones de seguridad que deben existir en los lugares de trabajo, para que se compruebe que existen condiciones de seguridad y salud en el lugar de trabajo, como son, entre otros, adecuada ventilación o iluminación.
- La Comisión Mixta de Seguridad e Higiene, adquiere un rol preponderante pues será quien valide que las condiciones en las que se desempeña el trabajo son adecuadas, pudiendo optar ya sea por una visita de constatación o, en su caso, un listado de verificación autoaplicado por el propio trabajador que podrá comprobarse mediante evidencias fotográficas o video.
- Se reitera la obligación de implantar, mantener y difundir una Política de Teletrabajo que, entre otras cosas, establezca mecanismos de comunicación y reglas de contacto entre el patrón y los trabajadores; la duración del horario o la distribución de la jornada, entre otros.
- Se establece además que la modalidad de teletrabajo es reversible cuando surja alguna condición o

alteración de las condiciones de seguridad y salud en el trabajo que justifique el regreso a la modalidad presencial, o porque así convenga a los intereses de la empresa y trabajador.

- Finalmente, se establece que los patrones deben de considerar protocolos para prevenir la violencia en el hogar, y también reconocer el derecho de las mujeres en periodo de lactancia para tener descansos adecuados.

Es importante tener en cuenta que la STPS está facultada para verificar la debida implementación de la modalidad de teletrabajo por lo que las empresas deben tener claramente definidos todos sus procesos y documentación necesaria para acreditar que se cumple con la regulación laboral en esta materia.

2. Otras formas de trabajo remoto en México

La implementación de otras modalidades de trabajo remoto (*home office*, modalidad híbrida o cualquier otra equivalente) también es válida en México pero siempre hay que considerar que dichas modalidades no pueden entrar en el umbral de las características del teletrabajo expuestas en la sección que antecede para que no haya que alinearse a las reglas del teletrabajo. Como hemos mencionado y expuesto anteriormente, el teletrabajo es precisamente una modalidad a la relación de trabajo y dicha modalidad comenzará a *presumirse* cuando el trabajo contratado se desempeñe por lo menos 40% fuera del centro de trabajo. En el caso habrá que cumplirse con todos los requisitos y las obligaciones señaladas anteriormente.

3. *Otras regulaciones relacionadas al trabajo remoto en México*

Migratoria.—Es importante considerar que de acuerdo con los artículos 11, 30, 31, 32 y 33 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (“CPEUM”) y su Ley Reglamentaria a dichos artículos, Ley de Migración y su correspondiente Reglamento, se establecen las regulaciones particulares para que los extranjeros puedan legalmente entrar y transitar por el país, y que de esta manera puedan estar practicando un trabajo remoto.

- **Forma Múltiple Migratoria (“FMM”):** En los casos que **no** se trate de alguna nacionalidad restringida (Venezuela, India, Pakistán, Brasil, etc.) la FMM permite a los individuos a entrar a México bajo una calidad de realizar negocios o bien efectuar turismo, por un periodo de hasta 180 días (*éste tiempo no es garantizado*). Bajo esta calidad migratoria (*turista/negocios*) NO es permisible a los individuos desempeñar actividades remuneradas en México. La FMM es expedida de manera electrónica y puede obtenerse comprobante de la autorización, ingresando a la página web del Instituto Nacional de Migración (“INM”) después de las veinticuatro horas siguientes al ingreso al territorio nacional del extranjero.
- **Visa de Turista/Negocios:** En los casos que el extranjero tenga alguna nacionalidad restringida, tendrán ellos la obligación de obtener una Visa de Turista/Negocios para poder ingresar al territorio Nacional. Esta Visa es solicitada en cualquiera de los Consulados de México en el extranjero, y de ser aprobada, se estampará en el pasaporte del extranjero. Tan pronto sea la Visa estampada y el extranjero decida ingresar

a México, aplicarán los plazos de vigencia señalados anteriormente, así como las reglas para la obtención del comprobante del permiso de ingreso a Territorio Nacional, como quedó detallado anteriormente.

- **Visa de Residente Temporal SIN Permiso para desempeñar Actividades Remuneradas:** Esta Visa le permite a los extranjeros residir en México. Idealmente se sugiere esta Visa para aquellas personas que planeen establecerse en México por más de 180 días. La primera etapa, que se llama “Visa-Pre-aprobada” comienza con la solicitud planteada a cualquier Consulado de México en el extranjero, y tan pronto como esta Visa es expedida, se stampa en el pasaporte del extranjero. Posteriormente, dicha Visa Pre-aprobada debe de canjearse en el INM, a efecto de obtener la Tarjeta de Residencia Temporal (“TRT”). La TRT tendrá una vigencia inicial de 1 año, con posible renovación de 1, 2, o 3 años. Se reitera que esta Visa, no permite al extranjero desempeñar actividades remuneradas en México, lo anterior derivado a que los extranjeros tienen que pedir permiso para trabajar en México.
- **Visa de Residente Temporal CON Permiso para desempeñar actividades remuneradas en México (Visa de Trabajo):** La Visa de Trabajo permite a los extranjeros ser residentes en México (*importante analizar las consideraciones fiscales señaladas en los siguientes párrafos*) pudiendo trabajar y percibir ingresos en México. La primera etapa para la obtención de esta Visa, comienza con la solicitud de esta Visa de Trabajo ante el INM en México. Tan pronto como la solicitud se haya efectuado de manera correcta, se otorgará un número de autorización del trámite que nos ocupa. El segundo paso será la de obtener la “Visa Pre-apro-

bada” en cualquier Consulado Mexicano del extranjero. Tan pronto como la “Visa Pre-aprobada” ha sido estampada en el pasaporte del extranjero, debe efectuarse posteriormente el procedimiento de canje que se ha detallado anteriormente ante el INM tan pronto como el extranjero ha ingresado a territorio mexicano. El procedimiento de canje da lugar a la obtención de la Tarjeta como Residente Temporal del extranjero y tiene una validez inicial de 1 año, con posible renovación de 1, 2, o 3 años siempre sujeta al permiso de trabajo otorgado al extranjero por su patrón (sponsor) en México.¹

Fiscal.—Como señalamos anteriormente, es importante que llevemos a cabo un análisis de las consideraciones fiscales que incurrirán los extranjeros al ser residentes en México.

- **Residencia fiscal.**—De acuerdo con la Ley del Impuesto sobre la Renta (“LISR”), los residentes fiscales en México, en este caso las personas físicas, se encuentran obligados al pago del Impuesto sobre la Renta respecto de todos sus ingresos, cualquiera que sea la ubicación de la fuente de riqueza de donde procedan.

Se considera que son residentes para fines fiscales, de conformidad con el Código Fiscal de la Federación (“CFF”), las personas físicas que hayan establecido su casa habitación en México.

¹ Es importante considerar que a efecto de que un individuo pueda ser contratado en México y prestar bajo la modalidad anterior (Residente Temporal con permiso para desempeñar actividades remuneradas), el empleador debe de obtener la debida autorización del INM. Dicha autorización toma el nombre de Constancia de Inscripción de Empleador, tiene una vigencia de un año por lo que debe de renovarse cada año tan pronto se efectúen las declaraciones de impuestos anuales ante las Autoridades Fiscales (“SAT”).

Cuando las personas físicas de que se trate también tengan casa habitación en otro país, se considerarán residentes en México, si en territorio nacional se encuentra su centro de intereses vitales. Para estos efectos, se considerará que el centro de intereses vitales está en territorio nacional cuando, entre otros casos, se ubiquen en cualquiera de los siguientes supuestos:

i. Cuando más del 50% de los ingresos totales que obtenga la persona física en el año de calendario tengan fuente de riqueza en México.

ii. Cuando en el país tengan el centro principal de sus actividades profesionales.

Asimismo, en términos generales también podemos decir que si el extranjero permanece en México por más de 183 días naturales, ya sea consecutivos o no, durante el año fiscal, será considerado como residente para fines fiscales en el país.

Ahora bien, al incorporarse México a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (“OCDE”) ha adoptado en sus regulaciones fiscales criterios y reglas establecidos en los convenios para evitar la doble tributación y así establecer la posibilidad de acreditar contra el impuesto a pagar en México el impuesto sobre la renta o similar que las personas hayan pagado en otros países por los ingresos procedentes de fuentes ubicadas en el extranjero, esto para equilibrar las tasas de retención aplicables en el país, a fin de que éstas no se conviertan en un impedimento a la inversión o incluso en un motivo de evasión fiscal.

Por lo que al momento en que un extranjero considere residir en México y llevar a cabo sus actividades

laborales en este país, tendrá que considerar los criterios de (i) fuente de riqueza, (ii) residencia y (iii) nacionalidad a fin de determinar si estará sujeto o no la aplicación de la regulación fiscal mexicana.

- Establecimiento Permanente (EP).—Por otro lado y desde el punto de vista de empresas extranjeras sin ninguna filial o subsidiaria en México que permiten que sus empleados trabajen de manera remota desde México, también es importante tener en cuenta el tema del Establecimiento Permanente regulado en la legislación mexicana.

La LISR considera como EP cualquier lugar fijo de negocios en México sin importar el tiempo de permanencia. Es importante señalar que de acuerdo a comentarios de la OCDE un empleado o contratista que realiza sus actividades en *home office* (trabajo remoto) puede ser considerado como EP si considerando todos los hechos y circunstancias se puede concluir que un residente en el extranjero le solicitó actuar de esa manera.

Además, es posible que se genere un EP cuando una entidad extranjera no residente en México actúe en México a través de una persona física cuando dicha persona celebre habitualmente contratos en nombre de la entidad extranjera o si dicha persona desempeña también el rol principal que lleve a la conclusión de los contratos, y concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- Los contratos se celebren en nombre o por cuenta de la entidad extranjera.
- Los contratos prevén la enajenación de los derechos de propiedad, o el otorgamiento del uso o goce tem-

poral de un bien que posea la entidad en el extranjero o sobre el cual tenga el derecho del uso o goce temporal.

- Los contratos obligan a la entidad extranjera prestar un servicio.

Habrán ciertas excepciones y consideraciones que analizar en el caso concreto para determinar la existencia del EP.

En consecuencia, si se determina que las actividades realizadas por el empleado de la empresa extranjera son trabajando de manera remota, dicha empresa tendría que asumir las obligaciones legales y fiscales correspondientes en México.

III. EXTRANJEROS TRABAJANDO EN MÉXICO DE MANERA REMOTA

Derivado de los avances de la tecnología señalada anteriormente, la Pandemia, las facilidades de tener una vivienda, etc., se ha incrementado considerablemente la presencia de extranjeros trabajando en México.

Esto ha llevado a que hoy día las empresas transnacionales:

- i. Mantengan los esquemas de trabajo remoto permitiendo que sus empleados estén ubicados en diversas partes del mundo como México y que éstos sigan percibiendo el pago de sus salarios y beneficios por parte de dichas empresas (tributando localmente en su lugar de origen, en la mayoría de los casos).

Esto implica que la legislación laboral de teletrabajo regulada en México, como lo describimos en la sección anterior, no le será aplicable a ellos pues su

empleador y las reglas en la forma de desempeñar su trabajo provienen de empresas extranjeras con otras legislaciones. Esto no elimina la posibilidad de que al ser personas residentes en México, pudieran acceder a la protección que la LFT otorga a las personas que trabajan en nuestro país.

Lo que sí será importante analizar, según el caso particular de cada extranjero trabajando de manera remota en México son:

- Las condiciones migratorias que a cada nacionalidad corresponde para que un extranjero pueda tener una libre estancia o residencia en nuestro país.
 - Los términos establecidos en la legislación fiscal para que una persona sea considerada como residente en el país para efectos fiscales.
 - En su caso los tratados internacionales para evitar la doble tributación.
 - Los riesgos de Establecimiento Permanente, inherente a las actividades que efectivamente desarrollen.
- ii. Determinen que al tener subsidiarias o filiales en México, es decir, empresas establecidas bajo las leyes mexicanas, les es más viable transferir a sus empleados que se encuentran trabajando remoto en México a dichas empresas para que sus actividades y el pago de salarios y sus beneficios sean otorgados a partir de su residencia en México por dichas subsidiarias o filiales.

Considerando lo anterior, será la LFT y las legislaciones aplicables quienes rijan la relación de trabajo del extranjero en México, por lo que el extranjero estará sujeto a las disposiciones de trabajo remoto

que se establezcan en el país como cualquier otro trabajador.

Actualmente las empresas en México están optando por diversas modalidades de trabajo remoto:

- Algunas han establecido esquemas de 100% de teletrabajo asumiendo las obligaciones que corresponden de acuerdo con la LFT y esto implicará que deberán asumir también las reglas establecidas en la NOM-037 próxima a entrar en vigor.
- Otras empresas han optado por esquemas híbridos donde se tiene la flexibilidad de optar por días de trabajo en casa y la mayor parte del tiempo efectivo de trabajo en las oficinas o centros de trabajo, donde las reglas del teletrabajo no son aplicables.

De la misma manera, también serán de consideración las cuestiones migratorias y fiscales para el caso particular del extranjero trabajando en México para una empresa mexicana.

IV. CONCLUSIONES

Actualmente la presencia de extranjeros trabajando de manera remota en México es una realidad creciente, esto a consecuencia de las circunstancias tecnológicas y mundiales como la Pandemia, lo que ha hecho que las empresas, sobre todo aquellas con presencia mundial, implementen políticas de movilidad para dar flexibilidad a que sus empleados puedan realizar sus actividades laborales desde cualquier lugar del mundo como México.

México es un país abierto en cultura, tecnología y posibilidades de vivienda que atrae a los extranjeros para que opten

por residir aquí, e incluso la legislación laboral, migratoria y fiscal permite que esto suceda.

El trabajo remoto es una opción viable en México y dependerá de la forma en que el extranjero trabaje en México ya sea para una empresa extranjera o bien para una empresa establecida en México para determinar la aplicabilidad o no de la regulación del teletrabajo.

*La propuesta de
reforma laboral
sobre salud mental
de 2023: otra
oportunidad
perdida*



 Dr. Fernando Villaseñor Rodríguez*

* Doctor en Derecho. Investigador de la Escuela Libre de Derecho.

I. INTRODUCCIÓN

El pleno del Senado de la República aprobó el pasado 14 de febrero la iniciativa de reforma a la Ley Federal del Trabajo (LFT) en sus artículos 3 y 25 relacionados con la Salud Mental en el Trabajo. Aunque al momento de publicación de este Boletín la iniciativa aún se está discutiendo en la Cámara de Diputados, los efectos de su aprobación pueden ir desde lo inocuo hasta lo perjudicial; una tendencia que se ha seguido en las últimas iniciativas y reformas sobre salud mental. En este comentario, explicaré el origen, contenido y alcance de la iniciativa y daré una opinión sobre los riesgos de su aprobación definitiva.

II. CONTEXTO

En 2016, la OIT dio a conocer información sobre los Factores de Riesgo Psicosocial (FRP)¹ y afirmó que implicaban un problema global que afecta a todas las profesiones y a todos los trabajadores, tanto en países desarrollados como en vías de desarrollo. Buscando incorporar estos conceptos en el orden jurídico mexicano ese mismo año la Secretaría de Trabajo y Previsión Social, a través del Programa Nacional de Bienestar Emocional y Desarrollo Humano en el Trabajo, im-

¹ Los Factores de Riesgo Psicosocial se definen como aquellos que pueden provocar trastornos de ansiedad, no orgánicos del ciclo sueño-vigilia y de estrés grave y de adaptación, derivado de la naturaleza de las funciones del puesto de trabajo, el tipo de jornada de trabajo y la exposición a acontecimientos traumáticos severos o a actos de violencia laboral al trabajador, por el trabajo desarrollado.

pulsó un proyecto de norma con el fin de identificar, analizar y prevenir los FRP. El impulso se materializó el 23 de octubre de 2018 en la Norma Oficial Mexicana NOM-035-STPS-2018 “Factores de riesgo psicosocial en el trabajo-Identificación, análisis y prevención” (NOM-035).

En su momento, la NOM-035 parecía ser revolucionaria para la salud mental (reconocida en el artículo 4 constitucional) de los trabajadores. Empero, durante el año y medio después de su publicación, la NOM tuvo una implementación desigual y limitada. Por si esto fuera poco, hubo un problema mucho más grave que la adaptación de los empleadores a esta NOM, y es que ni México ni el resto del mundo, estaba preparado para enfrentar una crisis nunca vista para los sistemas jurídicos y de salud: la pandemia del COVID-19.

En junio de 2022 la Organización Mundial de la Salud (OMS) publicó su Informe Mundial de Salud Mental en el cual señaló que a nivel mundial “La COVID-19 provocó un aumento del 25% en la ansiedad y la depresión general en todo el mundo, lo que puso de manifiesto la falta de preparación de los gobiernos para lidiar con su impacto en la salud mental y reveló una escasez crónica de recursos de salud mental a nivel mundial”²

Por otro lado, la pandemia exacerbó también muchos problemas laborales que afectan negativamente a la salud mental, como la discriminación y la desigualdad. En ese sentido, la agencia especializada sobre el tema, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) emitió una serie de recomendaciones y lineamientos sobre los riesgos y el manejo de problemas psicosociales en el trabajo durante y *posterior* a la pandemia³

² *World mental health report: transforming mental health for all*. Geneva: World Health Organization; 2022, FOREWORD

³ *Managing work-related psychosocial risks during the COVID-19 pandemic* - Geneva: ILO 2020.

a fin de proteger el bienestar de las personas trabajadoras. La guía abarca diez ámbitos de acción, durante el confinamiento y al regreso al lugar de trabajo. Contiene orientación sobre la manera de organizar el espacio físico en el lugar de trabajo, incluyendo la disposición y los puntos de exposición a los agentes peligrosos; la forma de evaluar el volumen distribución del trabajo en el contexto específico de la COVID-19; cómo abordar la violencia y el acoso; y de qué manera un liderazgo firme y eficaz puede tener un impacto positivo sobre las y los empleados.

Esta recomendación actualizó los lineamientos sobre salud mental y trabajo a nivel internacional y debía servir como marco de referencia para todos los Estados miembros de la OIT, al menos, como criterio para el diseño e implementación de políticas públicas. Sin embargo, en la realidad local, la ansiedad en México creció un 15% durante la pandemia y a finales de 2022 alcanzaba a un 50% de la población económicamente activa. La depresión en el país también aumentó de un nivel de 3% antes de la pandemia a 27.6% de la población después de casi un año de emergencia sanitaria. En su conjunto, el ausentismo laboral relacionado con padecimientos psicológicos representó una pérdida del 23.8% de la productividad de las organizaciones y la falta de atención a los riesgos psicosociales del trabajo le costó al país aproximadamente 16 mil millones de pesos anuales.⁴

Por otro lado, la pandemia también visibilizó el aumento del teletrabajo y la realidad de su insuficiente regulación con relación al tema de salud mental en México. Aunque el 12 de enero de 2021 entró en vigor una reforma a la Ley Federal del Trabajo (LFT) para regular el teletrabajo, sus normas en

⁴ OECD (2021), COVID-19 and Well-being: Life in the Pandemic, OECD Publishing, Paris. REPORTE MÉXICO, p. 2. Disponible en: <https://www.oecd.org/wise/covid-19-and-well-being-1e1ecb53-en.htm> (Consultado el 29 de marzo de 2023).

cuanto a salud mental fueron insuficientes o inconexas. Así por ejemplo, el único artículo que pudiera establecer obligaciones a los patrones sobre la salud mental en el teletrabajo sería el “derecho a la desconexión”, mismo que se señala en la fracción VI del ahora vigente artículo 330-E,⁵ pero que se define por la última versión de la NOM-037 como el “derecho de un trabajador a desconectarse del trabajo y abstenerse de participar en cualquier tipo de comunicación al término de la jornada laboral”.⁶

Es en este contexto de pandemia y teletrabajo, de obligaciones nacionales e internacionales, así como de compromisos pendientes con los trabajadores mexicanos, que las Senadoras Geovanna del Carmen Bañuelos de la Torre y Cora Cecilia Pinedo Alonso, ambas de Grupo Parlamentario del Partido del Trabajo, presentaron el 1 de febrero de 2022 a la Cámara de Senadores la iniciativa y proyecto de decreto para la reforma de la LFT con relación a la protección de la salud mental de los trabajadores.

III. EL CONTENIDO DE LA INICIATIVA ORIGINAL

La iniciativa original tenía por objeto actualizar la protección de la salud mental de los trabajadores conforme a las últimas recomendaciones, criterios y medidas señaladas en los anteriores párrafos. Implicaba cambios en los párrafos segundo y último del artículo 3º; las fracciones VIII, IX y X del artículo 25, así como el artículo 512; y adicionaba la fracción XI al artículo 25, todos de la multicitada LFT.

⁵ Artículo 330-E.—En modalidad de teletrabajo, los patrones tendrán las obligaciones especiales siguientes:

...VI. Respetar el derecho a la desconexión de las personas trabajadoras en la modalidad de teletrabajo al término de la jornada laboral;

⁶ La última versión de la NOM-037 se aprobó el 3 de marzo del presente año y entrará en vigor a los 180 días naturales de su publicación en el DOF.

Respecto al artículo 3,⁷ la iniciativa original especificaba la prohibición de discriminación por motivos de salud mental. Asimismo, y en conjunto con el artículo 512⁸ establecía una modificación para referirse a que los entornos de trabajo deberán ser saludables *física y mentalmente* y que tendrán por objeto propiciar el bienestar de la persona. En mi consideración, un tema para discusiones académicas, pero no para la implementación jurídica, consiste en determinar si hay una distinción entre “discapacidad mental” y “motivos de salud mental”. En todo caso, podría opinar que la manera de implementar esta diferencia por motivos de discriminación laboral es, al menos, muy difícil de demostrar en nuestro país.

Otros conceptos indeterminados en este artículo lo constituyen “el bienestar de la persona”, así como la distinción entre “ambiente” y “entorno laboral” ¿Son estas categorías específicas o solamente errores de técnica legislativa? Quisiera creer que la utilidad de agregar esta redacción consistiría en favorecer una interpretación armónica de la LFT e introducir formalmente a nivel sustantivo y federal el concepto y análisis de los factores de riesgo psicosocial que se desarrollan en la NOM-035.

⁷ Artículo 3.—No podrán establecerse condiciones que impliquen discriminación entre los trabajadores por motivo de origen étnico o nacional, género, edad, discapacidad, condición social, condiciones de **salud física o mental**, religión, condición migratoria, opiniones, preferencias sexuales, estado civil o cualquier otro que atente contra la dignidad humana.

...

Es de interés social garantizar un ambiente y **entorno laborales saludables física y mentalmente**, libre de discriminación y de violencia, **que promueva el bienestar de la persona trabajadora**, promover y vigilar la capacitación, el adiestramiento, la formación para y en el trabajo, la certificación de competencias laborales, la productividad y la calidad en el trabajo, la sustentabilidad ambiental, así como los beneficios que éstas deban generar tanto a los trabajadores como a los patrones.

⁸ Artículo 512.—En los reglamentos de esta Ley y en los instructivos que las autoridades laborales expidan con base en ellos, se fijarán las medidas necesarias para prevenir los riesgos de trabajo y lograr que éste se preste en condiciones que aseguren la vida y la salud, **física y mental**, de los trabajadores.

Por último, considero que la distinción sobre las dos vertientes de la salud como “física y mental”, resulta innecesaria desde que nuestra Ley General de Salud ha tomado el enfoque biopsicosocial y así lo ha reconocido en su artículo 1o Bis.⁹

No obstante, para mí el centro de la iniciativa original estaba en el artículo 25¹⁰ al cual se proponía agregar una

⁹ Artículo 1o. Bis.—Se entiende por salud como un estado de completo bienestar **físico, mental** y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades.

¹⁰ Artículo 25.—El escrito en que consten las condiciones de trabajo deberá contener:

...

XI. El Programa Integral para la Promoción y Protección del Derecho Humano a la Salud Mental en el Trabajo, el cual deberá contener, por lo menos:

a. Para los efectos de esta fracción se entenderán las definiciones dispuestas por la Ley General de Salud, en materia de salud mental;

b. Las acciones de protección y promoción de la salud mental para el trabajo que señale la Secretaría de Salud;

c. Un protocolo para la prevención y erradicación de las violencias, incluidas la verbal y económica, y los malos tratos psicológicos que perjudiquen la salud mental de las personas trabajadoras.

d. El protocolo deberá contemplar mecanismos de denuncia, sanciones y herramientas para la reparación integral del daño y el otorgamiento de garantías de no repetición.

Las personas trabajadoras, patrones, sus representantes y las personas trabajadoras en régimen de subcontratación son sujetos del protocolo;

d. Mantener campañas permanentes de promoción y protección de la salud mental y resiliencia;

e. La promoción de la salud mental mediante la implementación de una Jornada Salud Mental cada seis meses, la cual deberá tener una duración mínima de dos días.

Las Jornadas deberán ser realizadas por especialistas acreditados en el área de la psicología o de la psiquiatría, con experiencia probada en psicología del trabajo, así como en psicología clínica.

Para poder organizar una Jornada, la persona profesional de la salud o la persona moral de que se trate deberán encontrarse en el Registro de Profesionales de la Salud Mental en el Trabajo. La Secretaría de Salud es la facultada para realizar los registros. Las personas físicas y morales que realizan actividades de entrenamiento empresarial o análogas no podrán ser registradas.

Las Jornadas tienen por objetivo crear un entorno laboral saludable, libre de todo tipo de violencias, así como prevenir y detectar oportunamente trastornos del comportamiento y la conducta, derivados del trabajo.

Bajo ninguna circunstancia, las Jornadas podrán ser utilizadas con fines de entrenamiento empresarial, capacitación o cualquier actividad que no tenga por objeto la protección y la promoción de la salud mental de las personas trabajadoras.

La Secretaría del Trabajo y Previsión Social, en coordinación con la Secretaría de Salud, emitirán los Lineamientos para la Realización de las Jornadas de Salud Mental, las cuales incluirán las modalidades en las cuales se realizarán dichas Jornadas, actividades, objetivos, metas e indicadores de los factores de riesgo psicosocial;

fracción decimoprimeras. Aquí es donde se encontraba la aportación sustantiva de la propuesta; en concreto, se establecía una nueva obligación en los centros de trabajo de implementar un Programa Integral para la Promoción y Protección del Derecho Humano a la Salud Mental en el Trabajo. Considero que dicho Programa complementaría a la NOM-035 y cubriría una función que no contempla esta última: *la promoción y protección de la salud mental y la resiliencia ampliándose incluso a causas ajenas al estrés o factores de riesgo psicosocial*.

La principal virtud que tenía la iniciativa original era reconocer y solucionar un problema práctico para la implementación de la NOM-035: su aplicación desigual, limitada únicamente a lugares de trabajo con más de 15 trabajadores y dejando en el propio personal de la empresa, muchas veces insuficientemente calificado, ser investigador, juez y parte en la atención de problemas y quejas relacionadas con los factores de riesgo psicosocial.

Así, la iniciativa incluía en la fracción XI, inciso D, la implementación de una Jornada de Salud Mental cada seis meses, la cual debía tener una duración mínima de dos días. Esta Jornada y sus actividades debían realizarse por especialistas “acreditados en el área de la psicología o de la psiquiatría, con experiencia probada en psicología del trabajo, así como en psicología clínica”. Este requisito obedece a la práctica que han tenido muchas empresas en las que su personal de recursos humanos, gerentes y supervisores generales o incluso “coaches” (familiares o amigos de alguno de los directivos),

f. La prohibición de los malos tratos psicológicos por motivo alguno por parte del patrón, sus representantes, del superior jerárquico o cualquier otra persona que trabaje en el centro de trabajo o que por motivos laborales se comunique con la persona trabajadora;

g. La erradicación del lenguaje y conductas estigmatizantes de las personas usuarias de salud mental;

h. Los términos de flexibilización de la jornada laboral y,

i. Los demás que determine la Secretaría para disminuir los factores de riesgo psicosocial.

simulan o de plano incumplen con los registros, estudios y atención a quejas derivados de la NOM-035.

La simulación es un problema real, trascendente y documentado en el estudio *¿Qué tan saludablemente trabajamos en México?* Publicado por WellLatam en 2021 que señala: “aunque las organizaciones muestran un interés por cuidar la salud mental de sus empleados, la mayoría lo está haciendo, “a ciegas. Sólo 35% de las compañías consulta a sus colaboradores sobre las acciones que podrían ayudarlos mejor y únicamente 11 de cada 100 empresas cuenta con indicadores de participación satisfacción y resultados”.¹¹

El objetivo de evitar simulaciones también se prevé en la iniciativa original en los siguientes términos: “Bajo ninguna circunstancia, las Jornadas podrán ser utilizadas con fines de entrenamiento empresarial, capacitación o cualquier actividad que no tenga por objeto la protección y la promoción de la salud mental de las personas trabajadoras”. La razón de ello también la explicitan las propias impulsoras de la propuesta original: “Es importante señalar que las jornadas tienen por objeto proteger la salud mental y propiciar entornos de trabajo no hostiles con las personas trabajadoras; por lo tanto, no podrán utilizarse como días de capacitación, adiestramiento empresarial o coaching. **Su enfoque es sanitario, no productivo**”.¹²

En este mismo sentido, la iniciativa original establecía un Registro de Profesionales de la salud Mental en el Trabajo, que conforme con la propuesta debía correr a cargo de la Secretaría de Salud, e implicaría una corresponsabilidad entre el

¹¹ WellLatam, *¿Qué tan saludablemente trabajamos en México?*, publicación de los resultados del estudio, 22 de octubre del 2021. Disponible en: <https://welllatam.org/> (Consultado el 29 de marzo de 2023).

¹² Dictamen de las Comisiones Unidas de Trabajo y Previsión Social y de Estudios Legislativos, Primera, en sentido positivo con modificaciones, a las Iniciativas con Proyecto de Decreto por el que se reforman y adicionan los artículos 3o, 25 y 512 de la Ley Federal del Trabajo en materia de promoción y garantizar el derecho humano a la salud mental en el trabajo, p. 12.

Estado y las empresas para evitar la implementación incorrecta de la NOM-035; para mí, esto era lo más valioso de la propuesta original.

Sobre el anterior punto, en la investigación de WellLatam se señala que, “aunque el 78% de las empresas en México ya identificó los riesgos psicosociales en sus centros de trabajo, sólo el 32% de las compañías cuenta con evidencia de la aplicación de la norma en todos sus requerimientos, incluyendo los planes de intervención para mejorar las condiciones de trabajo”.¹³

Pero la iniciativa de reforma no se limitaba a los factores de riesgo psicosocial, sino que se refería a toda la salud mental de los trabajadores. En este tenor, el estudio de WellLatam también evidenció que la mayoría de las organizaciones buscan implementar la NOM-035 únicamente con un enfoque de cumplimiento normativo, pero sin entender realmente la importancia de atender los factores de riesgo psicosocial. Sobre el particular destaca que “mientras el 82% de las empresas afirma que el principal motivo de contar con medidas para la protección de la salud mental es por normatividad laboral, el 43% de las organizaciones reconoce que no cuenta con una cultura de apoyo a los empleados en afectaciones mentales”.¹⁴

En síntesis, la iniciativa de reforma original era valiosa por contar con mecanismos que le daban mayor viabilidad a la NOM-035, crear un Registro de Profesionales de la Salud Mental en el Trabajo, establecer Jornadas de Promoción y Protección y sobre todo, ampliar la garantía de salud mental en beneficio de los trabajadores. No obstante, la iniciativa original fue modificada esencialmente por las Comisiones Unidas de Trabajo y Previsión Social y, de Estudios Legislativos, Primera, del Senado de la República.

¹³ *Idem.*

¹⁴ *Idem.*

IV. LA INICIATIVA MODIFICADA

Las Comisiones arriba citadas dictaminaron la iniciativa, en un primer momento, prácticamente sin modificaciones y solamente agregaron para efectos de aprobación los siguientes artículos transitorios:

TRANSITORIOS

PRIMERO. El presente decreto entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el *Diario Oficial de la Federación*.

SEGUNDO. La Secretaría de Salud deberá emitir los Lineamientos para el Registro de Profesionales de la Salud Mental en el Trabajo, en un plazo de 180 días naturales, contados a partir de la entrada en vigor del presente Decreto.

TERCERO. Las personas empleadoras o patrones deberán actualizar las condiciones generales de trabajo y emitir el Programa Integral para la Promoción y Protección del Derecho Humano a la Salud Mental en el Trabajo en un plazo de 180 días naturales, contados a partir de la entrada en vigor del presente Decreto.

CUARTO. La Secretaría del Trabajo y Previsión Social del Gobierno Federal, emitirá dentro del plazo de 180 días naturales, contados a partir de la entrada en vigor del presente Decreto, los Lineamientos del Programa Integral para la Promoción y Protección del Derecho Humano a la Salud Mental en el Trabajo.

QUINTO. Se derogan las disposiciones legales, administrativas y reglamentarias que se opongan a las contenidas en el presente Decreto.

Como puede verse, los artículos transitorios tenían el sentido de hacer operativos los principales cambios de la iniciativa: el Programa Integral para la Promoción y Protección del Derecho Humano a la Salud Mental en el Trabajo y sus lineamientos, así como el Registro de Profesionales de la Salud Mental en el Trabajo. Asimismo, con el fin de hacer efectivos estos cambios, el primer proyecto de dictamen otorgaba 180 días naturales a los empleadores, la STPS y la SSA respectivamente.

Empero, el problema y el cambio esencial a la iniciativa original se produjo con una nota informativa de fecha 14 de septiembre de 2022, en la que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, a través de su Subsecretaría de Egresos, realizó diversos comentarios a la propuesta de las Iniciativas y del Proyecto de Decreto. De acuerdo con la SHCP, los comentarios se realizaron buscando evitar un impacto presupuestal en las entidades de la administración pública federal.

En concreto, la SHCP comentó lo siguiente:

Respecto del artículo 25:

1. Sugiere “eliminar del inciso D de la Fracción XI todo lo referente a las entidades públicas regidas por la LFT” (lo cual cancela al Registro de Profesionales de la Salud Mental en el Trabajo y la corresponsabilidad entre los empleadores y la Secretaría de Salud).
2. Sugiere que “en todo caso, el área de recursos humanos, los OIC, y los comités de ética, en el ámbito de sus respectivas competencias, pueden implementar medidas para el cumplimiento de los fines de las Jornadas que se proponen, sin afectar los recursos de las entidades públicas” (lo cual acaba con el objetivo de contar con profesionales independientes en la materia para evitar inoperancia práctica y simulaciones).

3. Sugiere que “los lineamientos que debe emitir la STPS se enfoquen hacia las medidas mínimas para proteger y promover la salud mental en el trabajo, y no para determinar cómo se llevarán a cabo las Jornadas” (lo cual cambia completamente el sentido original de la regulación de las Jornadas y deja todo su contenido al arbitrio de los empleadores y patrones).

Respecto de los Transitorios:

1. Sugiere eliminar el Segundo Transitorio por representar un impacto presupuestario para la Federación (lo cual en la práctica elimina el presupuesto para asegurar la corresponsabilidad entre SSA y STPS con los empleadores para la promoción y protección de la salud mental de los trabajadores).
2. Sugiere un nuevo Segundo Transitorio en el que establece que “Las personas empleadoras o patrones deberán actualizar las condiciones generales de trabajo y emitir el Programa Integral para la Promoción y Protección del Derecho Humano a la Salud Mental en un plazo de 180 días naturales, contados a partir de la entrada en vigor del presente Decreto” (lo cual deja toda la responsabilidad a los empleadores y patrones y nuevamente facilita la simulación e inaplicación de las normas de protección de la salud mental que la iniciativa original buscaba evitar).

Las Comisiones Unidas de Trabajo y Previsión Social y de Estudios Legislativos, Primera, del Senado de la República incorporaron de manera exacta todas y cada una de las anteriores “sugerencias” por considerar que “tienen concordancia con las propuestas de las Senadoras promoventes, es decir no se considera que se contrapongan al espíritu de las iniciativas, sino armonizan las disposiciones jurídicas aplicables en la materia”. Este fue el punto que yo considero arruinó la reforma.

V. OTRA OPORTUNIDAD PERDIDA

Al incorporar las modificaciones de la SHCP, las Comisiones desvirtuaron la innovación a la LFT y transformaron la iniciativa de reforma en un producto legislativo que, en el mejor de los casos es intrascendente y en el peor, una justificación para seguir haciendo inoperante y simulada la protección del derecho a la salud mental.

Igual que ocurrió con la reciente reforma a la Ley General de Salud,¹⁵ la falta de corresponsabilidad del Estado, así como el eliminar toda previsión presupuestaria para financiar los cambios necesarios por “austeridad”, hace que estas iniciativas sólo sean subterfugios para ganar visibilidad en medios y aprobación popular, pero que no hagan nada real por el bienestar de las personas a las que se dirigen.

Pero ese sería el mejor de los escenarios, el de la intrascendencia de la reforma.

Lo que resulta más preocupante es que la aprobación de la iniciativa dé lugar a otra simulación: la simulación de que con la reforma el Estado ha cumplido un compromiso pendiente y que su falta de implementación y efectos prácticos se deberá a los empleadores y patrones codiciosos de siempre. Esto es una falacia oportunista e intencionadamente polarizante.

De aprobarse, la iniciativa de reforma modificada volverá todavía menos viable a la NOM-035 y facilitará aún más todos los problemas que la original buscaba combatir.

Como pretendí argumentar en este comentario, la iniciativa original tenía una innovación que reconocía la corresponsabilidad que tiene todo Estado en la supervisión y ga-

¹⁵ Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley General de Salud, en materia de Salud Mental y Adicciones. Publicado en el *DOF* el lunes 16 de mayo de 2022.

rantía de la salud mental. Sin embargo, las modificaciones acabaron con esa corresponsabilidad y, sobre todo, perpetuarán la idea, tan difundida últimamente, de que “las intenciones del Estado son buenas y progresistas, el problema está en los otros... sus destinatarios”.¹⁶

En todo caso, de aprobarse esta reforma, más que festejarse tendrá que reconocerse como lo que es realmente: otra oportunidad perdida para garantizar la salud mental de los trabajadores mexicanos.

¹⁶ Lamentablemente, este también es el sentido que se dio a la reforma a la Ley General de Salud en el tema sobre la desinstitucionalización en la salud mental. Cfr. Villaseñor, Fernando, *La desinstitucionalización en la reforma sobre salud mental: ¿progresismo o incumplimiento de una responsabilidad del estado?* En: *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, vol. 46, 2022.

Boletín jurídico práctico, núm. 2, octubre del 2023

ISBN: 978-607-59689-3-3

Editado por

Escuela Libre de Derecho

Dr. Vértiz 12 esq. Arcos de Belén,

Col. Doctores, Cuauhtémoc, Ciudad de México,

CP. 06720,

Tel. +52 (55) 5588 0211 conmutador

Editor responsable: José Manuel Villalpando

Supervisión editorial: Manuel Alexandro Munive Páez

Disponible en acceso abierto en la página:

<https://www.eld.edu.mx/>

LOS TEXTOS AQUÍ PUBLICADOS SON
RESPONSABILIDAD EXCLUSIVA DE CADA AUTOR

Diseño e impresión: Procesos Editoriales don José S. A. de C. V.
Ganaderos 149, Granjas Esmeralda, 09810, Iztapalapa,
Ciudad de México, 29 de septiembre del 2023

Tiraje: 400 ejemplares.

**ESCUELA LIBRE DE DERECHO
BOLETÍN JURÍDICO PRÁCTICO**

RECTOR

Emilio González de Castilla del Valle

JUNTA DIRECTIVA

José Luis Izunza Espinosa
Fernando Cataño Muro Sandoval
Juan Pablo Estrada Michel
Gabriela de la Mora Galván
Mario Héctor Blancas Vargas

SECRETARIOS

José Manuel Villalpando
Secretario Académico

Renata Sandoval Sánchez
Secretaria de Administración

Cecilia Lizardi Tort
Secretaria de Posgrado

Arturo Ramos Sobarzo
Director del Centro de Investigaciones Jurídicas

Manuel Alejandro Munive Páez
Director del Doctorado

COMITÉ EDITORIAL

Juan Pablo Estrada Michel
Director

Francisco de Icaza Dufour
Director Honorario

Lizbeth América Cedillo Valderrama
Rodolfo Gómez Alcalá
Rafael Estrada Michel
Pablo Francisco Muñoz Díaz
Arturo Ramos Sobarzo
José Manuel Villalpando

9 786075 968933

