

# Análisis de un caso de inconstitucionalidad por omisión: el reparto de utilidades en el sistema jurídico mexicano

**Eduardo Torres Maldonado**

## Introducción

En este trabajo analizamos un tema por demás apasionante: la inconstitucionalidad por omisión.

Particularmente nos interesa destacar aquellos casos en los cuales el poder legislativo se abstiene de reglamentar un precepto programático constitucional, vulnerando así el principio de supremacía de la Ley de leyes.

En primer lugar, nos ocupamos de los antecedentes y evolución histórico jurídica del reparto de utilidades en México, habiendo elegido esta figura como ejemplo clásico de nuestro estudio (en buena parte por su situación jurídica y paralelismo con la figura homóloga argentina).

En segundo lugar, reflexionamos sobre los métodos de interpretación e integración normativa y su conformación en el sistema jurídico mexicano, para el caso en cuestión.

Finalmente, sintetizamos los caracteres generales de la inconstitucionalidad por omisión, siguiendo los criterios sugeridos por el Dr. Germán Bidart Campos,

sumándonos a sus propuestas por el espíritu magistral que las anima.

## 1. La participación de utilidades como un sistema de participación obligatoria

En México, la participación de utilidades tiene el carácter de una obligación empresarial, obligación que encuentra su imperativo en el mandato constitucional localizado en la fracción IX del apartado "A" del artículo 123 de nuestra Carta Magna.

El sistema de participación de utilidades mexicano en un sistema de participación obligatoria. Entre otros países en los cuales existe este sistema podemos mencionar a Brasil, España, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela.

En otros países el sistema de participación de utilidades asume una forma voluntaria o contractual. TM es el caso de Inglaterra, Francia, Italia, Canadá, Australia, Estados Unidos, Nueva Zelanda y Alemania, entre otros<sup>(1)</sup>.

1 Álvarez Friscione, Alfonso, *La participación de utilidades*, México, Porrúa, 1976 (C, autor), 739 pp. Consúltense los capítulos VIII, IX y X de este libro. Este autor señala también que países como Checoslovaquia, India, Polonia, Rusia y Bulgaria, por citar algunos, cuentan con regímenes peculiares de reparto de utilidades.

## 2. Antecedentes

### 2.1 Ordenanza de minería de 1776

Por regla general se acepta que el país precursor del sistema del reparto de utilidades lo fue Estados Unidos. Sin embargo, Álvarez Friscione señala que cabe hacer notar que México había establecido el sistema unos años antes.

En la Ordenanza de Minería de 1776 encontramos que: "...concedía a los obreros el 50% del metal extraído de las minas, una vez descontado el que se señala como tarea, participación que se conocía con el nombre departido"<sup>(2)</sup>."

### 2.2 Discurso de Ignacio Ramírez en 1856

Parece inevitable al abordar los antecedentes de este tema, hacer alusión al discurso de Ignacio Ramírez pronunciado el 7 de julio de 1856 ante el Congreso Constituyente, en el que señalaba que para emancipar a los jornaleros de los capitalistas era necesario convertir en capital el trabajo, y que esto aseguraría al jornalero no solamente un salario de subsistencia, sino además "...un derecho a dividir proporcionalmente las ganancias con todo empresario... mientras el trabajador consume todos sus fondos bajo la forma de salario y ceda todas sus rentas con todas las utilidades de la empresa al socio-capitalista... no podrá ejercer los derechos de ciudadano, no podrá instruirse, no podrá educar a su familia, perecerá de miseria en su vejez y sus enfermedades"<sup>(3)</sup>

La tesis del Nigromante, a pesar de su brillantez y real fundamento, no encontró eco normativo en la Constitución de 1857.

### 2.3 Discusiones en el seno del Congreso Constituyente de 1916 17

En la 57a. sesión ordinaria del 23 de enero de 1917, varios diputados, entre los que se encontraban Múgica y Recio, manifestaron la siguiente opinión: "Creemos equitativo que los trabajadores tengan una participación en las utilidades de toda empresa a la que presten sus servicios. A primera vista parecerá ésta una concesión exagerada y ruinosa para los empresarios; pero estudiándola con detenimiento se tendrá que convenir que es provechosa para ambas partes. El trabajador desempeñará sus labores con más eficacia teniendo un interés personal en la prosperidad de la empresa; y e capitalista podrá disminuir el rigor de la vigilancia y

desaparecerán los conflictos entre uno y otro con motivo de la cuantía del salario"<sup>(4)</sup>.

Es importante comentar también lo expresado en la 40a. sesión ordinaria: se subrayaba la necesidad de armonizar, en cuanto es posible, los encontrados intereses del capital y el trabajo "...por la arbitraria distribución de los beneficios obtenidos en la producción... las relaciones jurídicas obrero patronales deberían estar subordinadas a los intereses morales de la humanidad en general y de nuestra nacionalidad en particular, que demandan la conservación de la especie y el mejoramiento de su cultura en condiciones de bienestar y de seguridad apetecibles"<sup>(5)</sup>.

Es de esta manera como la participación de utilidades no encontrará norma alguna que la regule sino hasta que es expedida la Constitución de 1917. Mario de la Cueva señala acertadamente que fue el diputado obrero veracruzano Carlos L. Gracidas quien "...despertó de su letargo al pensamiento de Ramírez: Estimamos que la justa retribución será aquella que se base en los beneficios que obtenga el capitalista. Soy partidario de que al trabajador, por precepto constitucional, se le otorgue el derecho de obtener una participación en los beneficios del que lo explota"<sup>(6)</sup>. Esta opinión fue manifestada en la sesión del 27 de diciembre de 1916.

### 2.4 Fracciones VI y IX del artículo 123 original de la Constitución de 1917

Las discusiones realizadas en el seno del Congreso Constituyente fructificaron en el contenido de las fracciones VI y IX del artículo 123 original de la Constitución de 1917, que decían:

VI. (...) En toda empresa agrícola, comercial, fabril o minera, los trabajadores tendrán derecho a una participación en las utilidades, que será regulada como indica la fracción IX.

IX. La fijación de tipo de salario mínimo y de la participación en las utilidades a que se refiere la fracción VI, se hará por comisiones especiales que se formarán en cada municipio, subordinadas a la Junta Central de Conciliación que se establecerá en cada Estado<sup>(7)</sup>.

### 2.5 La participación de utilidades de 1917 a 1931

Una vez que el reparto de utilidades quedó contemplado en la Constitución de 1917, se elaboraron, en el periodo que va de 1917 a 1931, diversos proyectos de ley que pretendieron reglamentar el mencionado reparto. Dichos proyectos fueron los siguientes: El Proyecto de Ley del Trabajo para el Distrito y Territorio Federal (diciembre de 1919), el Proyecto de Ley

2 Álvarez Friscione, *op. cit.*, p. 189.

3 De Buen, Néstor, *Derecho del Trabajo*, 2a. ed., México, Porrúa 1977 (C, autor), dos tomos, Tomo II (C. XV), p. 274. Véase también la página 251 de la obra citada de Álvarez Friscione.

4 De la Cueva, Mario, *El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo*, 6a. ed., México, Porrúa, 1980 (C, autor), dos tomos, Tmbo I, cap. XXVIII, p. 325.

5 Véase *Derechos del Pueblo Mexicano, Debate del artículo*

6 De la Cueva, *op. cit.*, pp. 324 325.

7 Véase Debate del artículo 123, *op. cit.*

Reglamentaria del artículo 123 (1925) y el Proyecto Portes Gil, realizado con motivo de la propuesta de federalización de la legislación laboral.

Algunas legislaciones estatales se ocuparon del asunto en forma por demás elemental y otras establecieron una reglamentación más elaborada. Algunos Estados dictaron leyes especiales al respecto (Guanajuato y Veracruz)<sup>(8)</sup>.

#### *2.6 Congresos, propuestas, convenciones, asambleas, y ponencias en el periodo comprendido de 1931 a 1962*

La participación de utilidades ha constituido, especialmente desde 1917 en México, tema de arduo debate y polémicas controversias, así como motivo de reflexión constante por su indudable repercusión e influencia en las relaciones obrero patronales.

Es conveniente mencionar dentro de los Congresos los siguientes: el Primer Congreso de Derecho Industrial de 1934 y el Congreso Mexicano de Derecho del Trabajo y Previsión Social de 1949. El primero de éstos se celebró en la ciudad de México y nos interesa destacar lo señalado en la ponencia presentada por Emilio Portes Gil "Algunas Reformas a la Ley Federal del Trabajo" en la que se proponía la modificación del sistema constitucional de determinación municipal de las utilidades "...para sustituirlo por una fórmula que tuviera en cuenta la manifestación anual de las empresas o por otra que permitiera al Estado, de oficio y con el debido asesoramiento técnico, realizar el examen de las industrias"<sup>(9)</sup>. Con respecto al segundo de los Congresos señalados, hubo "...una sensible aportación de los grupos obreros que presentaron diversas ponencias para lograr una adecuada reglamentación del precepto constitucional"<sup>(10)</sup>.

En el año 1951, los diputados obreros pertenecientes a la CTM presentaron a la XLI Legislatura una Propuesta, la cual no fue aprobada. Esta propuesta contó con una fuerte oposición por parte de la CROM, que se basaba en los siguientes argumentos: la participación de utilidades en la forma propuesta en ese proyecto creaba el peligro de: a) quebrantar el "espíritu clasista" del sindicalismo mexicano; b) frenar los efectos de las revisiones periódicas de los contratos colectivos de trabajo; c) desvirtuar la prestación, dada la penosa conducta de algunos líderes obreros y patronos; y d) "Que la participación de utilidades, sin el amplio derecho de los trabajadores a intervenir en la administración para conocer a punto fijo su condición financiera, era ilusoria, ya que mediante un hábil juego de contabilidad podrían desvirtuarse las utilidades reales obtenidas"<sup>(11)</sup>.

Nos restaría ahora comentar, respecto al periodo señalado, la Convención Internacional del Partido Acción Nacional y la Primera Asamblea Nacional de Derecho del Trabajo.

En la Convención Internacional del Partido Acción Nacional se presentó una ponencia que tendría influencia importante en la reforma constitucional de 1962. Fue presentada por Landerreche Obregón, quien sostuvo el criterio de que el capital tendría derecho a un mínimo exento. Esta Convención se llevó a cabo en septiembre de 1960.

En la Primera Asamblea Nacional de Derecho del Trabajo, que se celebró del 18 al 22 de julio de 1960, se presentó la ponencia titulada *Participación del trabajador en las utilidades del patrono*, La redacción de este trabajo fue encomendada a Manuel Pavón B. y Joaquín Gamboa Pascoe: "Sus conclusiones plantearon la necesidad de reformar las fracciones VI y IX del artículo 123 constitucional y adicionar la Ley Federal del Trabajo en el sentido de establecer un mínimo de participación, sin perjuicio de otras ventajas logradas a través de los contratos colectivos de trabajo"<sup>(12)</sup>.

#### *2.7 Reforma Constitucional de 1962*

Debemos mencionar ahora la reforma a las fracciones VI y IX del apartado "A" del artículo 123 constitucional, que fueron establecidas en el Decreto del 20 de noviembre de 1962, publicado en el *Diario Oficial* de la Federación del día 21 de ese mismo mes; así como las reformas y adiciones a la Ley Federal del Trabajo, que fueron consignadas en el Decreto de 29 de diciembre de 1962, publicados dos días más tarde en el *Diario Oficial*.

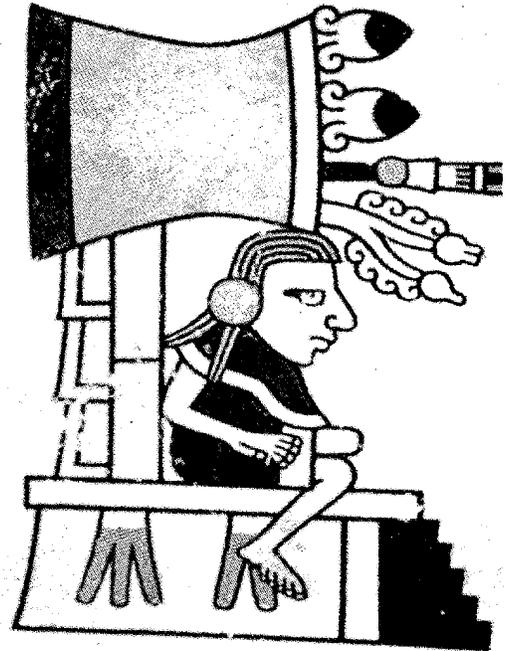
En la Exposición de motivos del proyecto de reforma constitucional, presentado ante la Cámara de Senadores el 26 de diciembre de 1961 por el presidente López Mateos, se señaló en su considerando Quinto que: "Una de las aspiraciones legítimas de la clase trabajadora es la de tener derecho a participar en las utilidades de las empresas, sin haberlo logrado plenamente, pues las Comisiones Especiales que deben fijar dicha participación en los términos de la fracción IX... carecen de capacidad para ello, ya que la determinación del porcentaje que haya de corresponder a los trabajadores debe hacerse con un estudio uniforme y previo un examen minucioso de las

8 Cf. de Buen, op. cit., inicio del cap. XV, y Álvarez Friscione, op. cit., pp. 259 a 261

9 De Buen, op. cit., p. 223. <sup>10</sup> *Ibidem*.

11 De Buen, op. cit. pp. 223-224. Esta propuesta realizada por Alberto Trueba Urbina incluía proyectos de Código Sustantivo de li abajo, Código Procesal y Código Administrativo; para el cálculo de la participación de las utilidades aceptaba una participación contractual, o en su defecto "... se establecería el diez por ciento de participación sobre el monto de las utilidades anuales del patrón, que se calcularía con base en las manifestaciones anuales presentadas por los patronos y aprobadas por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público en lo relativo al pago de sus impuestos" Como comenta acertadamente este autor, existe una semejanza sorprendente entre la última solución anotada y la determinación de la Segunda Comisión Nacional para la Participación de los Trabajadores en las Utilidades de las Empresas.

12 *Loc. cit.*, pp. 224-225.



condiciones generales de la economía nacional, tomando en cuenta que el capital tiene derecho a un interés razonable y alentador, que una parte de las utilidades debe reinvertirse y, considerando todos esos elementos en relación con la necesidad de fomentar el desarrollo industrial. La reforma que se propone contemplar la posibilidad de que la Comisión Nacional revise el porcentaje fijado, cuando hayan razones que lo justifiquen, así como a las excepciones de la obligación a repartir utilidades, reservando al legislador ordinario el señalamiento de estos casos<sup>(13)</sup>.

En el Apartado Segundo de esta Exposición de Motivos se argumentaba que, dado que la participación de utilidades y el salario mínimo poseían caracteres propios, ameritaban tratamientos distintos, por lo que se proponía reservar la fracción VI para la regulación de la segunda institución, y la fracción IX para la primera.

La Iniciativa Presidencial fue aprobada y su texto hasta nuestros días no ha sufrido reforma alguna.

A pesar de que se daba un importante paso para reglamentar e intentar la aplicación efectiva de un derecho de los trabajadores, el objetivo principal de la Iniciativa Presidencial fue la protección de los intereses de los empresarios en mayor medida que la protección de los intereses de los trabajadores. La "graciosa concesión presidencial" tuvo el carácter de una medida política necesaria para la estabilidad del sistema jurídico

económico político mexicano. Como señala José Luis Reyna: "*Conceder es controlar*. Sin embargo, se concede (alza de salarios, prestaciones sociales, etc.) muy selectivamente"<sup>(14)</sup>.

El sector privado se había manifestado en contra de un sistema obligatorio de reparto, no obstante que la obligación se encontraba señalada en la Constitución. Sabedores de esto último, los grupos empresariales pretendían que la reglamentación se pospusiera, proponiendo la sustitución de esta institución por alguna otra prestación que no dañara sus intereses. Como señala Graciela Bensusan: "Sin duda alguna, el procedimiento seguido por López Mateos para que las reformas en esta materia se aprobaran, hizo que los empresarios no pudieran esgrimir una crítica al proyecto. Por una parte, el secreto de las labores de la Comisión y por otra, el contenido vago de las disposiciones que integraban la fracción IX, contribuyeron a evitar la movilización de los oponentes"<sup>(15)</sup>.

Debe tenerse en cuenta que el decreto publicado en el *Diario Oficial* el 21 de noviembre de 1962, reformó no

14 Reyna, José Luis, *Control político, estabilidad y desarrollo en México*, 2ª. ed., México, El Colegio de México, 1976, p. 15. Además, este autor señala que "...las medidas de control político, específicamente de mediatización y de regulación de demandas, han funcionado con éxito permitiendo una fuerte expansión económica dentro de un clima de estabilidad política", op. Cit, p. 12.

15 Bensusan, Graciela, *El derecho del trabajo en la historia de México*, México, UAM, 1981, versión preliminar, p. 142.

sólo la fracción VI y IX, sino también las fracciones II, III, XXI, XXII y XXXI, inciso "A" del artículo 123<sup>(16)</sup>.

En la primera mitad de la década de los treinta la posición de los asalariados había sido de desconfianza y rechazo al reparto de utilidades. Esta situación cambió posteriormente sobre todo a partir de 1950 cuando los líderes obreros de la CTM y de la CROM empezaron a plantear la necesidad de dar los pasos tendientes a la reglamentación del reparto. A juicio de Fidel Velázquez, el proyecto de reformas: "...recogía las principales demandas de los trabajadores y que por tanto debían ser apoyadas con movilizaciones y actos públicos que demostraran el interés que los trabajadores tenían en ellas"<sup>(17)</sup>.

López Mateos señaló que esta reforma venía a ser un instrumento más de redistribución del ingreso nacional y que se aumentaría la capacidad de compra de las mayorías sin traer aparejados efectos inflacionarios, estimulándose necesariamente la producción. Se mencionó también que: "... las últimas reformas que fue necesario hacer a la Constitución... persiguen dos metas: la necesidad del desarrollo económico y la justicia social"; en cuanto a cuál de los factores gozaría de mayor peso, se puede entender del énfasis puesto al señalar que el propósito medular de la reforma era el proceso de inversión: "...lo esencial en el proceso económico es el proceso de inversión; de ahí parte todo..."<sup>(18)</sup>.

### 2.8 Resolución de la Primera Comisión Nacional para la Participación de Utilidades, de 1963

Con el fin de integrar la Primera Comisión Nacional para el Reparto de Utilidades, el 29 de enero de 1963 fue expedida la convocatoria para elegir a los representantes de los patrones y de los trabajadores, quedando instalada el primero de marzo de 1963. Su resolución fue dictada el 13 de diciembre del mismo año, habiendo sido aprobada por unanimidad de votos.

Conviene ahora hacer mención a la manera mediante la cual se calcularía el monto de las utilidades de las empresas. Este cálculo debería basarse en la renta gravable de las empresas, determinada conforme a la Ley del Impuesto sobre la Renta. El concepto "renta gravable"

sería equivalente a la expresión "ingreso gravable" utilizado por la ley mencionada.

En el artículo lo. de esta Resolución se estableció que: "Los trabajadores participarán en las utilidades de las empresas donde laboran, en un 20% de la utilidad repartible neta"<sup>(19)</sup>.

Posteriormente se llevarían a cabo las reformas de 1970a la Ley Federal del Trabajo en esta materia, mismas que no comentamos por no ser nuestro objeto de estudio.

En realidad, debe comentarse que, a pesar de que se había fijado un porcentaje de reparto del 20% en la Resolución de 1963, después de hacer los cálculos fiscales y contables correspondientes, el porcentaje distribuible se reducía a un 2 o 6%.

Asimismo, en el artículo 7o. transitorio de las reformas a la Ley Federal del Trabajo de 1970, se estableció que: "No podrá procederse a la revisión de la Resolución de 13 de diciembre de 1963, dictada por la Comisión Nacional... sino hasta que se cumplan 10 años a partir de la fecha citada".

La Segunda Resolución de la Comisión Nacional para la Participación de los Trabajadores en las Utilidades de las Empresas fue publicada en el *Diario Oficial* de la Federación el 14 de octubre de 1974. En su artículo lo. estableció que los trabajadores tendrían derecho a un porcentaje del 8% de las utilidades de las empresas a las cuales prestaran sus servicios.

Una década después, el 4 de marzo de 1985, se publicó en el *Diario Oficial* de la Federación la Tercera Resolución de esta Comisión Nacional, la cual en su respectivo artículo lo. señaló que, en esta ocasión, los trabajadores tendrían derecho a un porcentaje del 10% de las utilidades de las empresas a las cuales prestaran sus servicios (la cual, evidentemente, regirá por una década más).

### 3. La actuación de los tribunales, en los casos de inconstitucionalidad por omisión

En realidad, no puede hablarse de la existencia de un criterio unilineal y uniforme que hubieren adoptado los tribunales para resolver los litigios que fueron sometidos a su jurisdicción, particularmente durante la etapa anterior a la Reglamentación del reparto de utilidades y la Primera Resolución de la Comisión Nacional, que hemos anotado con anterioridad. Es decir, nos referimos al periodo 1917 1964.

Como es conocido, con anterioridad a la promulgación de la Ley Federal del Trabajo de 1931, las entidades

16 El gobierno logró, con estas medidas, ganar consenso entre los trabajadores. "La iniciativa que López Mateos envió al Congreso causó un mayor impacto que la reglamentación referida a los trabajadores al servicio del Estado. Las reformas... se referían a la prohibición del trabajo de los menores de 14 años y del trabajo nocturno para los menores de 16, a los salarios mínimos, al reparto de utilidades, a la imperatividad del laudo de reinstalación en casos de despidos injustificados y a la extensión de la jurisdicción federal a otras industrias tales como la siderúrgica, metalúrgica, petroquímica y del cemento. De ellas las proporciones más discutidas fueron las relativas al sistema de los salarios, al reparto de utilidades y a la reinstalación obligatoria de los trabajadores". Bensusan, *op. cit.*, p. 138.

17 *Loe. cit.*, p. 139.

18 Hugo B. Maigáin, citado por Álvarez Friscione, *op. cit.*, p. 254.

19 No se debe olvidar que para la fijación del porcentaje, la Comisión tomó en cuenta los criterios establecidos en el inciso b) de la fracción IX del apartado "A" del artículo 123 constitucional: "La Comisión Nacional practicará las investigaciones y realizará los estudios necesarios y apropiados para conocer las condiciones generales de la economía nacional. Tomará, asimismo, en consideración la necesidad de fomentar el desarrollo industrial del país, el interés razonable que debe percibir el capital y la necesaria reinversión de capitales". (El subrayado es nuestro.)

federativas se encontraban facultadas constitucionalmente para legislar en materia laboral, desarrollando algunas de ellas proyectos interesantes, que no llegaron a cuajar suficientemente por la pronta federalización del derecho del trabajo.

Además, debe tomarse en cuenta que durante la época 1917-1931, los tribunales laborales se encontraban en un proceso de consolidación en cuanto a su naturaleza jurisdiccional y al imperio de sus decisiones como tales.

Particularmente, nos interesa destacar aquellos casos en los cuales llegó a considerarse que los tribunales no deberían resolver las controversias judiciales sometidas a su jurisdicción, en virtud de que no se había llevado a cabo la reglamentación del reparto de utilidades, no obstante existir el mandato constitucional que ordenaba dicha reglamentación (y, que por lo tanto, confería este derecho a los trabajadores).

Debemos señalar, retomando la anotación hecha arriba relativa a la inexistencia de criterios judiciales uniformes, que entre las diversas resoluciones emitidas pueden mencionarse: a) la concesión de ciertas expectativas de derecho, pudiendo intentar una acción declarativa para el reconocimiento de su derecho<sup>(20)</sup>; b) en el caso de que la participación de utilidades estuviere reconocida y consignada específicamente en las cláusulas de un contrato colectivo, las juntas estarían capacitadas para dictar laudos condenatorios en favor de los trabajadores, entre otros. Por el momento, y dados los objetivos de este trabajo, baste mencionar simplemente estos casos, sin entrar al detalle. Pero, pasemos al abordaje del asunto que nos ocupa.

### 3.1 Amparo interpuesto por la Cervecería Moctezuma, el 14 de abril de 1923

Un ejemplo específico que resume en buena parte la negativa a conocer y resolver jurisdiccionalmente los litigios relativos al reparto de utilidades, lo encontraremos en esta sentencia:

"Aun cuando el artículo 11 transitorio constitucional declaró en vigor las bases establecidas en la misma Constitución para que conforme a ellas se expidieran las leyes sobre el problema obrero, no por eso puede decirse que desde la fecha en que se promulgó la Carta Magna quedaron por ese solo hecho formadas las comisiones especiales y fijada por éstas, desde la misma fecha, la participación de los obreros en las utilidades, porque esto es precisamente lo que nuestra Carta Magna encomienda a la ley reglamentaria, al dejar a ésta la facultad de preceptuar los medios de hacer efectivo un derecho

que se manda establecer y cuya existencia, por ese motivo, depende de la reglamentación aludida"<sup>(21)</sup>.

### 3.2 Amparo interpuesto por Bernardo Raynes, el 23 de mayo de 1930

Aun en el caso de que un patrón hubiera otorgado gratificaciones específicas durante varios años, y existiera la mención de una ley estatal, respecto a este derecho en comento, se consideró en esta tesis que al no haber reglamentación, no podría exigirse el mismo. Veamos el texto de esta sentencia:

"Jamás podrá entenderse que por el hecho de que un patrón gratifique a un empleado durante uno o varios años significa que quiera hacerlo partícipe en las utilidades, pues aun cuando el artículo 21 de la Ley del Trabajo de Yucatán dice (los obreros tienen el derecho de exigir a sus respectivos patrones la participación en las utilidades obtenidas, proporcionalmente al tiempo que hayan trabajado y cualesquiera que haya sido el trabajo verificado, en los términos y condiciones que señala la reglamentación sobre utilidades), como esta reglamentación no existe, no hay fundamento legal para asignar a los obreros participación de utilidades, ni menos aún suponiendo en el patrón la obligación de darla, por la sola circunstancia de haber concedido gratificaciones"<sup>(22)</sup>.

### 3.2 Comentarios sobre la inconstitucionalidad de la actuación de los tribunales

Creemos que estos dos ejemplos transcritos revelan los principales argumentos esgrimidos por los tribunales laborales (y confirmados por la Suprema Corte de Justicia) para hacer nugatorio el derecho a la participación en las utilidades de las empresas que nuestra Carta Magna confiere a los trabajadores.

Como se aprecia, en el amparo interpuesto por la Cervecería Moctezuma se considera que, al no existir reglamentación y, consecuentemente, no haberse formado las Comisiones prescritas, no es posible hacer efectivo este derecho.

A su vez, en el amparo interpuesto por Bernardo Reyes se especifica, de manera similar, que al no existir reglamentación al respecto, no hay fundamento legal para asignar a los obreros participación de utilidades.

Queremos subrayar algunos aspectos anotados con anterioridad en este trabajo, a fin de ser más explícitos:

20 Álvarez Friscione, *op. cit.*, pp. 434-435. Esta tesis se localiza en el Tomo LV, p. 2173, del Semanario Judicial de la Federación.

21 *Loc. cit.* Véase el Tomo XII, p. 753, del Semanario Judicial de la Federación.

22 García Maynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, México, Porrúa, 1982, p. 325.

a) Existía un mandato constitucional que otorgaba a los trabajadores el derecho a participar en las utilidades de las empresas. Las fracciones VI y IX del artículo 123 original, de 1917 a 1962, prescribieron lo siguiente: EN TODA EMPRESA AGRÍCOLA, COMERCIAL, FABRIL O MINERA, LOS TRABAJADORES TENDRÁN DERECHO A UNA PARTICIPACIÓN EN LAS UTILIDADES, SU FIJACIÓN SE HARÁ POR COMISIONES ESPECIALES.

b) Durante el periodo comprendido entre los años 1917 a 1964, no se llevó a cabo la reglamentación específica, ni la creación de las Comisiones correspondientes (tomando en cuenta lo ya anotado anteriormente respecto a las legislaciones estatales, en el punto 2.5).

c) La ausencia de esta reglamentación (y creación de las Comisiones específicas) constituyeron motivos "justificantes" para que los tribunales laborales consideraran que este derecho no podía ser exigido en tanto no se cubrieran estas ausencias normativas. Consecuentemente, existía una laguna legal que era necesario subsanar (1931-1964, especialmente).

d) El criterio de los tribunales laborales fue apoyado por el más alto tribunal de la Nación, la Suprema Corte de Justicia.

e) Esta postura adoptada por los tribunales mexicanos constituye, en rigurosa técnica jurídica, una negativa a ejercer la función jurisdiccional que constitucionalmente les compete, de acuerdo con los artículos 17 (administración expedita de justicia) y 123, fracción XX (obligación de resolver los conflictos entre capital y trabajo) de nuestra Carta Magna.

f) Estamos en presencia, por lo tanto, de una omisión o abstención del ejercicio de la función jurisdiccional, que de acuerdo con las características de nuestro sistema jurídico, se configura claramente como un acto de no hacer, con amplios visos anticonstitucionales.

Esta inconstitucionalidad por omisión, evidentemente, estuvo influenciada por criterios económicos y políticos (y no exclusivamente jurídicos) que influyeron sobre la demora legislativa y reglamentaria, así como en el ánimo del juzgador.

Como hemos destacado, los empresarios y trabajadores individual y grupalmente sostenían distintos puntos de vista e intereses encontrados en torno a la reglamentación y los tiempos, formas y porcentaje del reparto de utilidades. El gobierno mexicano, atento a su función de garante del equilibrio de las relaciones entre capital y trabajo, optó por la tutela política del desarrollo económico de las empresas, apoyando la viabilidad financiera de las mismas, asumiendo el riesgo de la vulneración de la Constitución.

De esta manera, fue retardada la reglamentación de una norma programática de la Ley de leyes, congelando en el tiempo (47 años) el ejercicio de un derecho previsto

por el Congreso Constituyente. Como se recordará, fue hasta 1962, con la reforma constitucional de López Mateos, cuando el gobierno mexicano decidió encauzar e impulsar la reglamentación y formación de las Comisiones nacionales, necesarias para el ejercicio del derecho al reparto de utilidades. La Primera Resolución emergería en 1963, siendo exigible en realidad hasta 1964 (véanse los puntos 2.6 y 2.7).

Por supuesto, la actuación de los tribunales fue también orientada por los movimientos y directrices económico-políticas de esta época. Finalmente, la decisión del juzgador, aun en los casos en que se ajuste a una estricta lógica técnico-jurídica y a un método de integración o interpretación determinado, acorde con el sistema normativo, su decisión tendrá contenidos axiológicos y podrá orientarse por una voluntad política para la resolución de los conflictos sociales encomendados a su jurisdicción.

#### 4. Interpretación e integración

##### 4.1 El concepto de interpretación

La interpretación jurídica es una especie más del género interpretación. Como señala García Maynez "Interpretar es desentrañar el sentido de una expresión. Se interpretan las expresiones, para descubrir lo que significan"<sup>(23)</sup>. Como se comprende, puede haber diferentes tipos de interpretación (filosófica, política, económica, psicológica, etc.)

##### 4.2 El problema del método de interpretación

Una vez anotado el concepto, nos enfrentamos a la problemática de seleccionar el método a seguir. Este puede variar desde la interpretación literal hasta la interpretación libre.

Una pregunta muy interesante que se hace Mario de la Cueva retomando los planteamientos de Geny es si acaso "corresponde al legislador determinar imperativamente el método interpretativo". De acuerdo con Geny, el legislador puede fijar, en su caso, la jerarquía de las normas, pero no puede impedir que "...el juez a través de una investigación científica, llene las lagunas que subsisten..."<sup>(24)</sup>.

El intérprete puede elegir entre diversas escuelas, con sus respectivos métodos: los comentaristas del Código de Napoleón (método exegético); la escuela histórica alemana; la escuela del derecho libre; la influencia de Geny; la jurisprudencia de intereses; el renacimiento del derecho natural (J. Charmont); el método de Ferrara y la escuela histórico-evolutiva; y la escuela de Hans Kelsen, principalmente<sup>(25)</sup>.

23 De la Cueva, Mario, *Teoría de la Constitución*, México, Porrúa, 1982, p. 68.

24 Ibid., pp. 79a-91.

25 García Maynez, *op. cit.*, pp. 350 a 355.

### 4.3 La ficción jurídica de las lagunas

Debe señalarse que en un sistema jurídico no debe concebirse la existencia de lagunas. En todo caso, puede aceptarse la existencia de las mismas en una ley, pero no en dicho sistema.

Estas ausencias normativas que se pueden presentar en una legislación, al analizar situaciones concretas, deben ser resueltas sin excepción alguna, recurriendo a los principios de dicho sistema jurídico. En caso de dificultad mayúscula, puede hacerse uso de criterios orientadores de carácter general, como el que señala "todo aquello que no está prohibido, está permitido".

De acuerdo con García Maynez, un sistema jurídico tiene "plenitud hermética". Apoyándose en Zitelman, este autor nos dice que toda controversia que se someta a la jurisdicción de un tribunal "...debe ser resuelta, y resuelta jurídicamente"<sup>(26)</sup>.

Conforme al criterio de Kelsen, cuando no exista una norma general aplicable a un caso concreto, el juez está autorizado para crear "...la norma del derecho sustantivo que considere satisfactoria, justa o equitativa. En este caso, el tribunal funciona como legislador"<sup>(27)</sup>. Señala que, en realidad, existe únicamente diferencia de grado entre esta creación descrita y la aplicación de normas de derecho sustantivo ya existentes, afirmando que "...el juez es siempre un legislador..."<sup>(28)</sup>.

Afirma Kelsen que esta autorización se les confiere comúnmente a los tribunales de una manera indirecta: a través de una ficción jurídica. Esta consiste en señalar la existencia de una laguna normativa, al no existir en el derecho positivo una norma que se refiera al caso concreto en cuestión. Es decir, se supone que "el derecho en vigor es lógicamente inaplicable al caso concreto".

Esta figura de las lagunas es aceptada, en todo caso, para restringir ampliamente las facultades de los tribunales en estos casos en que los tribunales deben crear normas.

Tal autorización cuenta con dos sentidos restrictivos. En el primero, se limita a aquellos en que la obligación respectiva no se encuentra contemplada en ninguna norma general, excluyendo aquellos en que dicha obligación sí está positivamente prescrita. El segundo tiene un talante más psicológico que jurídico, pues para jugar este papel legislativo, el juez debe estimar que existe un cierto grado de injusticia e inequidad en la aplicación del derecho, que le motive para proceder como legislador en este caso concreto.

El juez, en todo caso, podría llegar a esta conclusión: "...SI EL LEGISLADOR HUBIESE PREVISTO EL CASO, HABRÍA CREADO UNA NORMA PARA OBLIGAR AL

26 *Ibid*, p. 359.

27 Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, México, UNAM, 1983, p. 173.

28 *Ibid*, pp. 173 a 174.

DEMANDADO. COMO EL ORDEN JURÍDICO NO CONTIENE TODAVÍA TAL NORMA, NO HAY PRECEPTO APLICABLE; PERO, EN VISTA DE QUE EN MI CARÁCTER DE JUEZ ESTOY OBLIGADO A RESOLVER LA CONTROVERSIA, PUEDO EN ESTE MISMO CASO, PROCEDER COMO LEGISLADOR"<sup>(29)</sup>.

### 4.4 Interpretación e integración

Cuando el juez se enfrenta a la existencia de lagunas, su labor de intérprete oficial del derecho adquiere una nueva dimensión, puesto que deberá asumir (con las restricciones anotadas) un papel semejante al del legislador.

Para realizar esta integración, deberá indagar las reglas generales que el sistema jurídico establece. En caso contrario, deberá acudir a los métodos de integración que la ciencia del derecho le proporcione. Entre los métodos de integración más relevantes pueden citarse la analogía, los principios generales del derecho y la equidad<sup>30</sup>.

### 4.5 Los criterios generales de interpretación e integración del sistema jurídico mexicano, aplicables al caso en cuestión

El artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos prescribe diversos aspectos sumamente importantes, como son: la prohibición de la irretroactividad de las leyes, el derecho de audiencia y la estricta aplicación de la ley a las resoluciones judiciales.

El penúltimo párrafo de este artículo, en relación a los juicios criminales, recobra el principio clásico de "nullum crimen, nulla poena sine lege". A su vez, el quinto y último párrafo, establece los criterios que deberán observarse para la conformación de las sentencias en los juicios de orden civil (*lato sensu*, pues debe entenderse que comprende a las materias administrativa y laboral).

Este último párrafo prescribe que: "En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho".

Como se observa, el único método de integración constitucionalmente establecido, es el relativo a los principios generales del derecho.

#### 4.5.1 Criterios legales

La Ley Federal del Trabajo de 1931 legislación que debería regular el reparto de utilidades estableció en su artículo 16 que "Los casos no previstos en la presente ley, o sus reglamentos, se resolverán de acuerdo con la costumbre o el uso, y, en su defecto, por los principios que deriven de esta ley, por los del derecho común en cuanto no la contraríen y por la equidad".

29 *Ibid*, p. 177.

30 García Maynez, *op. cit.*, cap. XXVIII

## 5. Características generales de la inconstitucionalidad por omisión

Este tema ha sido poco abordado por los juristas. Como excepción, el jurista argentino Germán Bidart Campos se ha detenido en su análisis.

En esta parte del trabajo, pretendemos hacer una síntesis de su pensamiento al respecto, tomando como referencia inmediata su escrito titulado "La justicia constitucional y la inconstitucionalidad por omisión".

Inicia su estudio señalando que da por aceptado que en un determinado Estado existe alguna forma de justicia constitucional. Por regla general, los estudios sobre la misma se enfocan al análisis de los actos positivos, transgresiones de la Constitución. Por el contrario, él considera digno de su atención ocuparse de las omisiones de los órganos de poder, que vulneran el orden constitucional.

### 5.1 Principios fundamentales

Destacan 4 principios fundamentales que orientan su análisis:

1) Cuando la Constitución ordena a un órgano de poder el ejercicio de una competencia, ese órgano está obligado a ponerla en movimiento.

2) En caso de que este órgano se abstenga de ejercer dicha competencia, viola la Constitución por omisión, en forma equivalente a como la vulnera cuando hace algo que está prohibido.

3) En el supuesto de que esta abstención implique o involucre un daño o gravamen para alguien, ese alguien debe ser sujeto legitimado para impulsar a la justicia constitucional a controlar al órgano renuente en hacer lo que debe.

4) El mecanismo de control tiene que funcionar debidamente, sea para obligar al órgano remiso a cumplir la actividad debida, sea para que el órgano de la justicia constitucional supla la actividad omitida en beneficio del sujeto agraviado que provoca el control.

### 5.2 Ejemplos concretos

a) La omisión particulariza en un caso individual.

Un caso muy claro se presenta cuando la autoridad gubernamental competente niega arbitrariamente al solicitante la expedición de su pasaporte, necesario para viajar al extranjero. Tanto en el derecho argentino como en el mexicano, la solución jurídica puede ser el acudir al juicio de amparo, para subsanar esta omisión.

b) La omisión de la reglamentación de una norma pragmática constitucional.

En este caso, la abstención de la autoridad cobra mayor importancia, pues no sólo afectará un interés individual, sino que expande sus efectos nocivos a todos aquellos que podrían invocar a su favor el derecho

subjetivo que les confiere esa norma pragmática, ausente de reglamentación.

Como señala Bidart Campos: "En este caso, la invocación de esa norma general podría enervarse con frustración del derecho subjetivo reconocido en ella si el órgano o el particular ante quien se postulara, alegara su inaplicabilidad por falta de norma reglamentaria. ¿Cómo subsanar entonces la omisión?"<sup>(31)</sup>.

Cita dos ejemplos del derecho argentino, rescatables por su situación paralela en el sistema jurídico mexicano: la reglamentación del juicio por jurados y la participación de los trabajadores en las utilidades de las empresas.

Ambos provienen de una norma pragmática constitucional que otorga un derecho subjetivo en este sentido.

En el caso del juicio por jurados, han transcurrido más de 100 años y no se han expedido la reglamentación correspondiente. Tratándose del reparto de utilidades, la inercia legislativa se prolongó por más de 20 años.

En este punto, propone dos preguntas interesantes: ¿Cuánto tiempo tiene el Congreso para cumplir debidamente una obligación legislativa?, y ¿desde cuándo la falta de legislación tipifica ya una omisión infractoria de la Constitución?

Por otro lado, cabe destacar que la Corte Suprema de Argentina ha sostenido que los particulares no tienen derecho subjetivo a una legislación determinada.

### 5.3 El principio de supremacía constitucional

Cuando el legislador se abstiene de reglamentar una norma programática, no sólo vulnera el derecho subjetivo específico que se otorga a determinados sujetos, sino que atenta contra el principio mismo de supremacía constitucional.

Kelsen señala que puede describirse esquemáticamente la estructura jerárquica del orden jurídico nacional de la siguiente manera: "...de acuerdo con la norma fundamental, cuyo carácter hipotético ya hemos definido, el grado superior del derecho positivo es la Constitución, entendida en el sentido material de la palabra, cuya función esencial es la de designar los órganos encargados de la creación de las normas generales y determinar el procedimiento que deben seguir. Estas normas generales forman lo que se denomina la legislación. La Constitución puede también determinar el contenido de ciertas leyes futuras al prescribir o prohibir tal o cual contenido. La prescripción de un contenido determinado equivale a menudo a la promesa de dictar una ley, pues las más de las veces la técnica jurídica no permite prever una sanción para el caso en que dicha ley no sea dictada"<sup>(32)</sup>.

31 Bidart Campos, Germán, *La justicia constitucional y la inconstitucionalidad por omisión (...)*, p. 10.

32 Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, Argentina, Eudeba, 1960, pp. 147-148.

Cuando el juzgador se enfrenta a una inconstitucional abstención del órgano encargado de emitir estas normas generales, debe hacer aplicable el principio programático.

Por supuesto, como señala Bidart Campos, el primer pecado es imputable al órgano legislativo, pero los jueces cometen un segundo pecado solidario cuando sentencian "...mientras el legislador no reglamente la cláusula, yo no puedo darle aplicación directa"<sup>(33)</sup>.



Esta negativa a resolver jurisdiccionalmente el caso, haciendo efectivo el derecho subjetivo que consagra la norma programática constitucional, coloca al principio de supremacía en un "... bloqueo o punto muerto ... que lo priva de toda efectividad"<sup>(34)</sup>.

#### 5.4 Alternativas para el juzgador

El juez podría, en un determinado momento, motivado por circunstancias específicas, inclinarse hacia

la postura hartó criticada: no aplicar la norma por ausencia de reglamentación.

Este "escape" es criticable y, como señala Bidart "... nunca es lícito al tribunal argüir que no aplica la norma por falta de reglamentación. Si dijera esto último, su sentencia equivaldría a...negarse a fallar, a denegar la jurisdicción"<sup>(35)</sup>.

En realidad, las alternativas jurídicamente plausibles para el juzgador, serían las siguientes:

- a) Declarar que la omisión es inconstitucional.
- b) Reputar que la falta de reglamentación provoca una laguna legal.
- c) Integrar el orden normativo lagunoso recurriendo a la autointegración (analogía o principios generales del derecho) o de la heterointegración (acudiendo al valor justicia).
- d) Dictar directamente la norma omitida. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que podría vulnerarse el principio constitucional de separación de funciones, cosa que reconoce Bidart Campos.

#### 5.5 La propuesta de un artículo específico en la Constitución que prevea estos casos

Sugiere este jurista argentino que podría formularse un precepto constitucional específico, de la siguiente manera:

"la justicia constitucional es competente para conocer de las omisiones inconstitucionales que perjudican a particulares, o que impiden a otros órganos de poder el ejercicio de sus competencias propias; cuando la omisión inconstitucional consista en la no realización de un acto de contenido individual, el órgano de la justicia constitucional será competente para expedir un mandato de ejecución; cuando la omisión inconstitucional consista en la no emanación de una norma reglamentaria de otra norma general impedida de funcionar, el órgano de la justicia constitucional será competente para: a) intimar al órgano remiso a dictar la reglamentación en el plazo que se le fije; b) integrar el orden normativo lagunoso resolviendo el caso con efecto limitado al mismo, y c) dictar directamente la norma omitida"<sup>(36)</sup>.

Consideramos que un precepto constitucional de esta naturaleza evitaría en buena parte los problemas que se han analizado con anterioridad. Nos adherimos a esta propuesta, por su magistral espíritu, con las relatividades que implica su adecuación al sistema jurídico mexicano.

33 Bidart Campos, op. cit, p. 14.

34 Loc. cit.

35 Ibid, 16.

36 Ibid, p. 17.