

V. COMENTARIO DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM

*Dra. María Carmen Macías Vázquez**

"SEGURO SOCIAL. LA TRANSFERENCIA DE RECURSOS DE LA SUBCUENTA DE RETIRO, CESANTÍA EN EDAD AVANZADA Y VEJEZ AL GOBIERNO FEDERAL, NO VIOLA LA GARANTÍA DE AUDIENCIA (ARTÍCULOS DÉCIMO TERCERO TRANSITORIO DE LA LEY DEL SEGURO SOCIAL Y NOVENO TRANSITORIO DE LA LEY DE LOS SISTEMAS DE AHORRO PARA EL RETIRO, REFORMADO MEDIANTE DECRETO PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 24 DE DICIEMBRE DE 2002)."⁶⁰

*Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

⁶⁰ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Segunda Sala, Tomo XXIII, marzo de 2006, p. 535, tesis 2a. XX/2006; IUS: 175434.

1. INTRODUCCIÓN

Acerca de la previsión social

La necesidad del hombre de protegerse ante la incertidumbre del futuro es y ha sido parte de su historia. En atención a ello, diversas han sido las formas de atender tal inseguridad; así, en el campo jurídico, en el derecho de la seguridad social se encuentra hasta ahora, sin temor a equivocarnos, la mejor manera de tratar, definir y aplicar esa protección. Por tanto, a partir del reconocimiento y regulación de los derechos de los trabajadores⁶¹ se desprende el conjunto de disposiciones jurídicas que integran el derecho a la seguridad social, como una nueva rama jurídica del derecho social con plena autonomía. En ese sentido, de manera genérica la seguridad social comprende la previsión, atención y solución de los riesgos sociales y contingencias⁶² que puedan sobrevenir. Si bien en México, como en otras naciones, tiene vigencia un derecho de la seguridad social, cabe hacer hincapié que ésta se estructura sobre la base de tres organismos pilares: el Instituto

⁶¹ Es del dominio general que las leyes dictadas por el canciller Otto Von Bismarck de 1883, sobre los seguros sociales, fueron dictados con la intención de proteger a los trabajadores de menores ingresos, su financiación, muy semejante a la actual, quedaba a cargo de los trabajadores y de empresarios incluso con participación del Estado. Véase RENDÓN VÁZQUEZ, Jorge, *Derecho de la Seguridad Social*, Ediciones Tarpey, Lima, 1985, p. 30.

⁶² El grado de organización, sector de la población que protege y financiamiento de la Seguridad Social, dependen de la reglamentación que sustente a su vez las políticas públicas imperantes en cada país sobre la materia. Se desprende de lo anterior, que se puede hablar de una seguridad social amplia, en la cual el Estado se ostenta como el principal responsable de cubrirla y cuyo financiamiento además le incumbe a los trabajadores y empresarios, derivado de este sistema tan bondadoso se amplía incluso para proteger a los desempleados. En coexistencia con el sistema de seguridad social descrito existen otros que se enfocan exclusivamente hacia los trabajadores que laboren en la iniciativa privada y en organismos del Estado, y sus beneficiarios y sobre ese punto, se puede decir que es el camino que generalmente toman la mayoría de las reglamentaciones en el mundo sobre la seguridad social. En el caso específico de México son tres los sistemas en que se basa dicha prestación como ya se mencionó: IMSS, ISSSTE e ISSFAM, el resto de la población ve cubiertas sus necesidades asistenciales y de atención médica a través de instituciones de salubridad a cargo del Estado y del presupuesto público.

Mexicano del Seguro Social (IMSS), el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (ISSSTE) y el Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas (ISSFAM). Instituciones que en conjunto protegen a un número considerable de habitantes que conforman la fuerza productiva como asegurados y beneficiarios, los cuales se encuentran registrados en los diversos institutos mencionados.

En ese tenor, el sistema de seguridad social comprende una gran gama de derechos que se traducen en la cobertura de contingencias y riesgos sociales en cumplimiento de sus fines, es decir, "garantizar el derecho a la salud, la asistencia médica, la protección de los medios de subsistencia y los servicios sociales necesarios para el bienestar individual y colectivo" (artículo 2 de la Ley del Seguro Social (LSS)).

Brindar seguridad social a los trabajadores es de carácter obligatorio, bajo el financiamiento de manera tripartita como ya se ha mencionado. No obstante lo anterior, el principio de solidaridad⁶³ que había caracterizado a la seguridad social, sobre todo la practicada en México,⁶⁴ se modifica al

⁶³ Recordemos que la seguridad social hasta antes de las reformas de 1995 se regía por los principios de universalidad, solidaridad, subsidiaridad, igualdad e integralidad, principios, unos, como la solidaridad y subsidiaridad se ven directa y sustancialmente trastocados y afectados, y otros que de manera indirecta sufrirán transformaciones y adecuaciones al nuevo sistema de pensiones.

⁶⁴La universalidad y solidaridad concebidas por el legislador de 1973 han dejado de manifiesto una época gloriosa de la seguridad social que va más allá de lo que tradicionalmente se concebía; logro que se debe a la conjunción de una política nacional ensamblada con la política económica, así se ha dicho que en la LSS de 1973 la solidaridad que se practica de acuerdo con el artículo 232 es aquella que se conoce como "servicios de solidaridad social" la cual comprende asistencia médica, farmacéutica y hospitalaria a favor de los núcleos de población que por las propias condiciones de desarrollo del país, constituyen polos de profunda marginación rural, suburbana y urbana, y que el Poder Ejecutivo Federal determine como sujetos de solidaridad social (aa. 236 y 239). De tal manera la prestación del servicio, de acuerdo con la ley, quedaba a cargo de las unidades médicas instaladas para tal efecto en los lugares de menor desarrollo, el financiamiento quedaba a cargo exclusivo de la Federación, aportando el IMSS el apoyo necesario. "... es característica de estos servicios

reformarse la Ley del Seguro Social (LSS) a partir de diciembre de 1995, en virtud de la cual el legislador establece, por un lado, nuevas reglas para su aplicación y disfrute, en donde el rubro de las pensiones se transforma de manera radical de un sistema de reparto en el que reinaba por completo la solidaridad, a un sistema de capitalización a través del cual las aportaciones correspondientes al ramo de pensiones pasa a constituir una responsabilidad exclusiva del trabajador y, por otro, nuevas instituciones privadas creadas para el manejo e inversión de las aportaciones que cada trabajador deba hacer en conjunto con el empleador y el Estado, y que le serán entregados al tiempo de cumplirse los requisitos establecidos en la ley al jubilarse o pensionarse.

2. ANTECEDENTES DEL CASO

La sentencia a comentar se refiere a la interposición de un juicio de amparo indirecto por el cual el quejoso denunció la inconstitucionalidad de los artículos décimo tercero transitorio, apartado b), de la LSS, y noveno transitorio de la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro (LSAR), solicitando el amparo y protección de la Justicia Federal por considerar que en los mencionados artículos no se incluyeron los medios de defensa que garantiza la Constitución en los artículos 14 y 16 y, por tal motivo, se ve afectado su derecho a pensionarse por cesantía en edad avanzada, al no recibir las cantidades que le corresponden de las aportaciones del periodo de 1992 a 1997, las que a su vez fueron transferidas al Gobierno Federal.

que los beneficiados contribuyan con aportaciones en efectivo o con la realización de trabajos personales a favor de las comunidades en que habiten y que propicien que alcancen el nivel de desarrollo económico necesario para llegar a ser sujetos de aseguramiento en los términos de esta ley (a. 239)". DE BUEN LOZANO, Néstor, *Seguridad Social en Diccionario jurídico sobre seguridad social*, ISSSTE, IMSS, UNAM, México, 1994, p. 405.

La trayectoria del asunto controvertido se inicia con la presentación de la demanda de amparo indirecto ante el Juez de Distrito en Materia de Trabajo el 6 de diciembre de 2004, quien en su resolución negó la protección de la Justicia Federal, por lo cual el quejoso interpuso el recurso de revisión ante el Décimo Tercer Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Primer Circuito, el 10 de octubre de 2005, dictando la sentencia el 9 de noviembre de 2005, en la que determinó modificar el sobreseimiento decretado respecto de los actos reclamados a la Tesorería de la Federación y el refrendo atribuidos al secretario de Hacienda y Crédito Público y remitió los autos a la Suprema Corte de Justicia de la Nación para que determinara lo que considerara al respecto. En esa virtud, por acuerdo de 16 de noviembre de 2005, la Secretaría de Acuerdos del Décimo Tercer Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Primer Circuito, remitió los autos a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la cual el 18 de noviembre de 2005, asumió su competencia originaria para conocer del recurso de revisión interpuesto por la parte quejosa, de tal suerte que al tener por recibidos los autos por acuerdo de 7 de diciembre de 2005, el Presidente de la Segunda Sala determinó que ésta se avocara al conocimiento del asunto y cuya resolución produjo la siguiente tesis:

SEGURO SOCIAL. LA TRANSFERENCIA DE RECURSOS DE LA SUBCUENTA DE RETIRO, CESANTÍA EN EDAD AVANZADA Y VEJEZ AL GOBIERNO FEDERAL, NO VIOLA LA GARANTÍA DE AUDIENCIA (ARTÍCULOS DÉCIMO TERCERO TRANSITORIO DE LA LEY DEL SEGURO SOCIAL Y NOVENO TRANSITORIO DE LA LEY DE LOS SISTEMAS DE AHORRO PARA EL RETIRO, REFORMADO MEDIANTE

DECRETO PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 24 DE DICIEMBRE DE 2002).⁶⁵

a) *Conceptos de violación*

El quejoso señaló en su demanda, que al llegar el tiempo de pensionarse bajo la hipótesis normativa de cesantía en edad avanzada, optó por acogerse a los beneficios de la LSS publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 12 de mayo de 1973, situación prevista en los artículos décimo tercero transitorio, apartado b), de la LSS y noveno transitorio de la Ley del SAR y al presentarse a la Afore correspondiente no le fue entregada una parte de lo que le correspondía al SAR, del periodo comprendido entre 1992-1997 de su cuenta individual. Por tal motivo, solicita en su escrito de demanda, el amparo y protección federal contra los actos de diversas autoridades (Congreso de la Unión, Cámara de Diputados, presidente de los Estados Unidos Mexicanos, secretario de Hacienda y Crédito Público, secretario de Gobernación, entre otros) que intervinieron en la iniciativa, discusión, dictamen, aprobación, refrendo, expedición y aplicación de los artículos décimo tercero transitorio, apartado b), de la LSS y noveno transitorio de la Ley del SAR, que afectaron su esfera jurídica por no contener expresamente los medios de defensa a que tiene derecho el quejoso y por lo cual se ve privado de una cantidad de dinero del monto acumulado en su cuenta individual (en específico en las subcuentas de cesantía y vejez y de vivienda) la que a su vez fue transferida al Gobierno Federal, por tal motivo, expresa se violan los artículos constitucionales 123, apartado A, fracción XXIX, que consagra el derecho a gozar de una

⁶⁵ Vid. nota 57

pensión por cesantía en edad avanzada, supuesto en el que se encuentra, así como de los artículos 14 y 16 (relativos a las garantías de audiencia y legalidad), preceptos en los que tiene basamento en lo fundamental el reclamo de protección de la Justicia Federal.

b) Decisiones de los órganos jurisdiccionales

En un examen general respecto de los actos de autoridad que se impugnan, el Juez se limitó a expresar el sobreseimiento en contra de los actos atribuidos al secretario de Hacienda y Crédito Público, Instituto Mexicano del Seguro Social y Tesorería de la Federación, que es una parte del fallo que se modificó en el recurso de revisión, que posteriormente resolvió el Tribunal Colegiado, al referirse a las autoridades responsables y la existencia de los actos reclamados,

...ya que ... se advierte que el juzgador de manera general se limitó a establecer que al haberse negado los actos reclamados por parte del Secretario de Hacienda y Crédito Público e Instituto Mexicano del Seguro Social, sin prueba en contrario, procedía el sobreseimiento en el juicio ... siendo que las dos autoridades sí tuvieron intervención en los actos que se les atribuyeron.

En el análisis de la inconstitucionalidad de los artículos décimo tercero transitorio, apartado b), de la LSS y noveno transitorio de la Ley del SAR, las autoridades jurisdiccionales que estudiaron el caso, determinaron a través de los diversos criterios jurisprudenciales que presentaron que:

No le asiste la razón al peticionario de garantías en atención a lo establecido por el artículo 14 Constitucional y

que dicha garantía puede entenderse en dos aspectos uno de forma y otro de fondo. En el primero, se comprenden los medios establecidos en el propio texto constitucional para dar cumplimiento a la garantía; es decir, la existencia de juicio seguido ante tribunales previamente establecidos en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento...

en cuanto al fondo:

...lo constituye el contenido, espíritu o fin último que persigue la garantía que es el evitar que se deje en estado de indefensión al posible afectado con el acto privativo o en situación que afecte gravemente sus defensas; los medios de defensa o procedimientos que se especifiquen en la norma deben tener como propósito, garantizar el derecho fundamental de defensa que debe tener todo gobernado ante un acto de autoridad, erigiéndose de esa manera las formalidades esenciales del procedimiento consagrados en el artículo 14 Constitucional.

El juzgador en apoyo a su resolución sobre que los artículos base de la impugnación no son inconstitucionales, argumentó:

En efecto, contrario a lo sostenido por el quejoso, la Ley del Seguro Social, dentro de su cuerpo normativo sí instituye los medios de defensa para poder hacer frente a las controversias que se susciten entre el Instituto Mexicano del Seguro Social y sus asegurados como se desprende de lo dispuesto por sus artículos 294 y 295 los cuales establecen: Artículo 294. Cuando los patrones y demás sujetos obligados, así como los asegurados o sus beneficiarios consideren

impugnable algún acto definitivo del Instituto, podrán recurrir en inconformidad, en la forma y términos que establezca el reglamento, o bien proceder en los términos del artículo siguiente. Las resoluciones, acuerdos o liquidaciones del Instituto que no hubiesen sido impugnados en la forma y términos que señale el reglamento correspondiente, se entenderán consentidos. Artículo 295. Las controversias entre los asegurados o sus beneficiarios y el Instituto sobre las prestaciones que esta ley otorga, deberán tramitarse ante la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje, en tanto que las que se presenten entre el Instituto y los patrones y demás sujetos obligados, se tramitarán ante el Tribunal de Justicia Fiscal y Administrativa.

Por cuanto a las garantías de motivación y fundamentación establecidas por el artículo 16 de la Carta Magna y que fueron invocadas por el quejoso como violadas en su perjuicio, expresa el juzgador que tampoco en ese aspecto le asiste la razón, en la medida en que en aplicación de los artículos que se combaten de inconstitucionales, la autoridad del Instituto Mexicano del Seguro Social y el responsable de la Afore tuvieron como sustento de su actuar a la propia ley inquirida como base de la motivación y por cuanto al elemento de fundamentación del que también se compone la garantía de audiencia, se justifica su cumplimiento al hacer efectivos los artículos décimo tercero transitorio de la Ley del Seguro Social, inciso b), y noveno transitorio de la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro, así como la exposición de las reglas de operación de la Afore cuyo proceder se ajusta tanto a la Circular 31-5 y Manual de Procedimientos Transaccionales de Retiros, y que para el juzgador basta que se citen para darla por satisfecha.

3. COMENTARIOS

El criterio que el juzgador emite sobre el análisis de los artículos combatidos como inconstitucionales, es esencial y de fondo, en otras palabras, si bien como se ha expresado que el legislador no dispuso en dichos artículos los medios de defensa en el supuesto de que el asegurado pudiera ver afectados sus intereses, ello no quiere decir que la LSS no los contenga sino más bien, como se ha señalado, los prevé y regula en el Capítulo I, Sección Segunda, referente a los medios de defensa, en el cual se contienen los artículos 294 y 295 de la citada ley. De los cuales además se desprende que es sobre el supuesto "actos definitivos" del Instituto, que pueden ser impugnados a través del recurso de inconformidad.

Cabe hacer notar que la impugnación de actos definitivos a través de la inconformidad es una fórmula jurídica que responde al principio de definitividad, consistente en inconformarse apegándose y agotando cada una de las instancias que se establezcan por la ley, hasta llegar al Máximo Tribunal en caso de persistir la controversia. Así se ha dicho, que "En el juicio de amparo se habla de definitividad como un requisito de procedibilidad de la pretensión según la cual, para impugnar un acto de autoridad por vía de amparo, deben agotarse previamente todos los recursos ordinarios que la ley que regula el acto reclamado prevé".⁶⁶

De acuerdo con lo anterior, la regla general que rige tal principio es que los recursos que deben agotarse previamente

⁶⁶ SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis, "Principio de definitividad", en *Diccionario Jurídico Mexicano*, 13a. ed., Porrúa-UNAM, México, 2000, p. 2535.

son los ordinarios y, en ese sentido, no es obligatorio intentar los extraordinarios y menos aun los excepcionales. Es parte del criterio general que, cuando la ley que regula el acto reclamado exige mayores requisitos que los que la propia Ley de Amparo establece para conceder la suspensión, en el caso de existir un recurso ordinario, no habrá necesidad de intentarse el mismo antes de promover el amparo, sino que se podrá acudir, sin más, directamente al juicio constitucional.

Ahora bien, como reza el adagio, "toda regla admite excepciones", y el principio de definitividad es una de ellas, esto es, se establecen excepciones a dicho principio en tratándose de determinadas situaciones:

- a) En el caso del amparo de la libertad (artículo 17 de la Ley de Amparo);
- b) Contra el auto de formal prisión, siempre y cuando se haya apelado y no se haya desistido del recurso;
- c) Por violación a los artículos 16, 19 y 20 de la Constitución;
- d) Cuando el quejoso es extraño al juicio cuya sentencia se impugna en amparo;
- e) Cuando el recurso administrativo es potestativo;
- f) Cuando se impugna una ley por inconstitucional junto con un acto de aplicación de la misma, y
- g) Cuando el acto reclamado no tenga fundamento legal.

Como puede observarse de las hipótesis mencionadas, las correspondientes a los incisos e) y f) son las que el juzgador, que emite la sentencia que nos ocupa, toma como fundamentos en su resolución. Más aún, su posición la complementa a través de la exposición de lo siguiente:

1. Reformas a los artículos 294 y 295 de la LSS, publicadas en el *Diario Oficial de la Federación*, el 20 de diciembre de 2001.

Mediante dichas reformas el legislador estableció que las controversias entre los asegurados o sus beneficiarios y el Instituto sobre las prestaciones que esta ley otorga, deberán tramitarse ante la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje. De tal manera que como afirma el juzgador, el quejoso no se encuentra en estado de indefensión al estar regulados en la LSS los medios de defensa tanto desde la perspectiva administrativa como de la jurisdiccional.

2. Criterio del Pleno de la Corte respecto de la inconstitucionalidad del recurso de inconformidad.

La excepción al principio de definitividad en materia de seguridad social se aprecia más claramente cuando nuestro Máximo Tribunal en Pleno ha adoptado el criterio de que el recurso de inconformidad previsto por los artículos 294 y 295 de la LSS es inconstitucional, dado que se condiciona la defensa a agotar previamente los recursos administrativos para poder acudir ante las autoridades jurisdiccionales, por lo que se sugiere por el legislador, en la exposición de motivos de las reformas a los artículos 294 y 295 de la LSS, se tome en cuenta el criterio jurisprudencial de que el quejoso acuda

directamente sin condicionamientos ante la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje.

Si bien el juzgador alude en su sentencia a que la razón de que el legislador no incluyó en los artículos tildados de inconstitucionales medios de defensa, es porque efectivamente éstos se encuentran en otro apartado de la misma LSS; no obstante, el quejoso a través de su demanda advierte que la omisión de pago de los recursos de su cuenta de cesantía del periodo ya especificado, se debe a que los mencionados recursos ya se había transferido sin que hubiese existido algún aviso, dejándolo en estado de indefensión, aun y cuando la misma LSS establezca los medios de defensa.

A lo anterior parece haber otra respuesta, al menos eso se hace entrever, esto es, los medios de defensa ante el acto de transferencia de los citados recursos del asegurado no pudieron ser activados porque la transferencia se hizo de acuerdo a los tiempos y formas regulados en la ley ordinaria, y sin que existiese obligación alguna en la misma de enterar al asegurado. Queda entonces la gran interrogante ¿Una ley ordinaria (LSAR) puede exceptuar la observancia de la garantía constitucional de audiencia cuando un acto de autoridad ha afectado a un particular?

Por cuanto hace a la fundamentación y motivación, requisitos primordiales en los que se basa el actuar de las autoridades para llevar a cabo la transferencia de los recursos de la subcuenta de cesantía y de vivienda (propiedad del asegurado) al Gobierno Federal, argumenta el juzgador, se cumplieron al señalarse los preceptos legales en los que se respalda dicho actuar y, por tal motivo, no existió violación a la garantía de legalidad. Y si como bien ha señalado, no es

necesario que se redacte el articulado donde se contiene el fundamento legal, basta con que se mencione dicho artículo; pareciera ser que los dos términos, fundamentación y motivación, se refieren a lo mismo, es decir, al fundamento legal, al aspecto formal, cuando son dos conceptos que si bien se entrelazan no significan lo mismo, esto es, la fundamentación se da cuando se expresan las normas legales aplicables, y la motivación se refiere a los hechos que hacen que el caso encaje en las hipótesis normativas.

En ese sentido se ha sostenido que para dar cumplimiento al artículo 16 constitucional, por lo que toca a la obligación a cargo de la autoridad de fundar y motivar sus actos, es necesario que en el mandato escrito se expresen:

a) Las disposiciones legales que se consideren aplicables al caso concreto;

b) Las causas que provoquen la actividad de la autoridad, las cuales deben de ser reales y ciertas, y

c) La adecuación entre las causas aducidas y las normas aplicables, es decir, que en el caso concreto se configuren las hipótesis normativas.

No interesa aquí el cómo se toma la decisión, sino el porqué la decisión tomada debe ser considerada correcta. En esto estriba la justificación de las decisiones judiciales: manifestar las razones por las cuales se considera que la tomada en el caso concreto es la mejor decisión correcta.⁶⁷

⁶⁷ BÁEZ SILVA, Carlos, "La motivación y argumentación en las decisiones judiciales", *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, México, N. 13, 2003, pp. 109 y ss.

4. REFLEXIONES FINALES

Uno de los principales efectos de la sentencia emitida es el que la "sentencia queda firme", esto es, que no admite algún medio de impugnación y que por lo mismo ha adquirido la autoridad de cosa juzgada, en otras palabras, el quejoso no podrá interponer sobre el mismo asunto nuevamente juicio de garantías.

Cabe hacer notar que en la tesis de la Segunda Sala, que es materia de estos comentarios, no se hace referencia alguna al artículo 16 de la Constitución a pesar de haber sido invocado también como uno de los preceptos que se violaron en su perjuicio.

Si como bien es cierto, a través de la garantía de audiencia se pretende asegurar que ningún ciudadano quede en estado de indefensión ante cualquier acto de autoridad que afecte su esfera jurídica, nuestro Máximo Órgano Jurisdiccional se ha encaminado a establecer el criterio que sobre el particular ha de observarse. En virtud de lo anterior, de las diversas tesis que se expusieron para fundamentar la sentencia de la cual tratamos, vale la pena citar, por la puntualidad y claridad de su contenido, la concerniente a la jurisprudencia número 47/95, sustentada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo II, diciembre de 1995, página 133, bajo el rubro y texto siguientes:

FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO. SON LAS QUE GARANTIZAN UNA ADECUADA Y OPORTUNA DEFENSA PREVIA AL ACTO PRIVATIVO. La garantía de audiencia establecida por el artículo 14 constitucional

consistente en otorgar al gobernado la oportunidad de defensa previamente al acto privativo de la vida, libertad, propiedad, posesiones o derechos, y su debido respeto impone a las autoridades, entre otras obligaciones, la de que en el juicio que se siga "se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento". Estas son las que resultan necesarias para garantizar la defensa adecuada antes del acto de privación y que, de manera genérica, se traducen en los siguientes requisitos: 1) La notificación del inicio del procedimiento y sus consecuencias; 2) La oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa; 3) La oportunidad de alegar; y 4) El dictado de una resolución que dirima las cuestiones debatidas. De no respetarse estos requisitos, se dejaría de cumplir con el fin de la garantía de audiencia, que es evitar la indefensión del afectado.

De acuerdo a la jurisprudencia referida, es indispensable que al gobernado, ante un acto privativo de una autoridad, se le notifique previamente a la realización de dichos actos, para que pueda defenderse de manera adecuada y oportuna, obligando a las autoridades a ceñirse a las formalidades esenciales del procedimiento.

Ahora bien, si por un lado, a través de la jurisprudencia citada se establece que ante un acto privativo de una autoridad debe ésta previamente notificarle al gobernado para que alegue lo que a su derecho convenga, es preciso, además de esencial, saber si al tiempo de llevarse a cabo la transferencia y liquidación de los recursos de las cuentas individuales ya referidas al Gobierno Federal, hubo alguna notificación o aviso de las transferencias por alguna autoridad, ello con la finalidad de comprender si se cumplió o no con dicha garantía. En la búsqueda de una respuesta al respecto, se asienta

en la sentencia la afirmación del demandante de que no hubo aviso ni notificación alguna sobre tal transferencia y que viene a ser de su conocimiento cuando se pensiona en el 2004, a través del informe que rindió la Afore a la Condusef, ante la que se recurrió en queja por la no entrega de los mencionados recursos de la cuenta individual; por lo mencionado, ¿puede considerarse que se cumplió con la garantía de audiencia? Es más, para cuando el quejoso demanda el juicio de garantías el acto de transferencia de los recursos ya se había consumado y sin ningún aviso.

Dos aspectos más se derivan de este punto. No puede decirse que se desconocía a quiénes pertenecían los recursos transferidos, ya que de los diversos documentos presentados, Circular CONSAR 31.5 y Manual de Procedimientos Transaccionales, se aprecia que los asegurados afectados con la privación de sus recursos estaban perfectamente identificados, por lo que es difícil pensar que no era posible notificarles.

Ahondando sobre el tema, la propia LSS en su artículo 181 establece: "La administradora de fondos para el retiro deberá informar a cada trabajador titular de una cuenta individual, el estado de la misma, en los términos, periodicidad y forma que al efecto establezca la Ley para la Coordinación de los Sistemas de Ahorro para el Retiro, sin perjuicio de que el asegurado en todo tiempo tenga el derecho a solicitar cualquier tipo de información..."

Si como se ha podido observar, para dar cumplimiento a la garantía de audiencia debe dársele la oportunidad de defensa al gobernado, ésta se ha señalado, a través de un criterio uniforme y sostenido por el Máximo Órgano Jurisdiccio-

nal, que uno de los requisitos es que se le entere al gobernado, de manera previa o al mismo tiempo, la realización de determinados actos de autoridad, para que tenga la oportunidad de actuar en su defensa. En el caso particular de la sentencia que se comenta, no existe algún actuar de la autoridad tendiente a enterar al gobernado de la transferencia de las cantidades monetarias acumuladas en su cuenta individual de la Afore, correspondiente a la subcuenta de cesantía en edad avanzada y de vivienda, respectivamente.

De acuerdo a lo expresado queda de manera esencial todavía la pregunta ¿la ausencia de aviso o notificación al asegurado de la transferencia al Gobierno Federal de los recursos de su cuenta individual influyó en su defensa? Al parecer, no obstante la importancia jurídica que tiene el cumplir con la garantía de audiencia, el juzgador ha considerado para el caso que nos ocupa, que "la garantía de audiencia no se ha actualizado ya que dicha transferencia de recursos no privan de su propiedad al trabajador". Si bien, la expresión "no se ha actualizado", gramaticalmente es entendible, no resulta así desde la óptica jurídica ya que al considerarse como uno de los puntos nodales de la resolución del juzgador, debiera, acerca de la misma, exponerse los argumentos y las razones en que se funda tal determinación, para así conocer ¿cuándo es o no aplicable? y ¿cuáles son y pueden ser sus alcances jurídicos? Y no dejarlo en una simple declaratoria. Además, en el orden trazado, debemos preguntarnos, ¿por qué y para qué se transfieren al Gobierno Federal?, ¿es suficiente y justificante el argumento de que el Estado como único facultado para imponer las limitaciones a la propiedad, pueda y deba a través de una serie de disposiciones legales ordenar sin más que se le transfieran bienes (recur-

sos monetarios) que no le pertenecen?, ¿qué significado y alcances debe atribuírsele al término transferencia?, ¿qué garantía tiene el pensionado de que le será devuelto su ahorro?, ¿tendrá derecho a que se le paguen réditos por el tiempo en que los tenga el gobierno?

Por otra parte, queda claro que la resolución del órgano jurisdiccional de no amparar y proteger al quejoso no afecta en nada el derecho que tiene de acudir a la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje, para reclamar la entrega de las aportaciones al SAR que le fueron omitidas cuando se pensionó por cesantía en edad avanzada. Sin embargo, quedan algunas cuestiones en el tintero, esto es, que de optar el pensionado por acudir ante dicho Tribunal Federal, se encuentra con la dificultad de acreditar en qué calidad de sujeto lo haría, es decir, al pensionarse el trabajador cambió su calidad jurídica de asegurado a pensionado y la LSS es muy clara cuando dice qué sujetos pueden acudir ante tal Tribunal; la pregunta por tanto es ¿cómo va acreditar su personalidad si la mencionada ley en el artículo 295 solamente comprende a los sujetos⁵⁸ denominados asegurados y sus beneficiarios?

¿En qué medida la redacción del mandato legal del artículo décimo tercero transitorio, inciso b), de la LSS y el noveno transitorio de la Ley del SAR, al establecer la transferencia de recursos de las cuentas de los asegurados al Gobierno Federal fue diseñado de esa forma con el objeto de hacer difícil y muy probablemente imposible que se pueda defender el

⁵⁸ El artículo 5 de la LSS, en su fracción XI, señala que debe entenderse por "Asegurados o asegurado: el trabajador o sujeto de aseguramiento inscrito ante el Instituto, en los términos de la Ley". Y por "Beneficiarios: el cónyuge del asegurado o pensionado y a falta de éste, concubina o el concubinario en su caso, así como los ascendientes y descendientes del asegurado o pensionado señalados en la Ley".

gobernado?, ¿qué responsabilidad al respecto puede atribuirse a quienes propusieron y aprobaron dichas leyes?, ¿qué se adujo en la exposición de motivos sobre la transferencia de recursos?⁶⁹

Desafortunadamente la sentencia sobre la que comentamos deja más interrogantes que respuestas, abriendo la puerta a más de un par de conjeturas que no le benefician al concepto Estado de derecho, constantemente llevado y traído por todos y defendido cabalmente por pocos, al cual cada día se le comprende menos y del que ninguna sociedad en la actualidad puede darse el lujo de prescindir de él.

Cualquiera pensaría que llegar a esta instancia ante el Máximo Órgano Jurisdiccional para tratar de dejar sin efectos dos disposiciones legales que le permitan recuperar al trabajador la cantidad de \$38,980.78, que fueron transferidos por la Afore al Gobierno Federal, es un asunto de poca importancia; sin embargo, ello permite apreciar lo esencial que resulta que todo el sistema jurídico guarde congruencia al observarse siempre y sin excepción las garantías constitucionales, en este caso la de audiencia. Máxime que para el trabajador, resulta ser un esfuerzo enorme que implica una gran erogación que merma aún más su ya afectada economía.

No se debe olvidar, que la pensión a que tiene derecho un trabajador, constituye los ahorros de toda una vida productiva y que el Estado es el principal obligado en garantizarla.

⁶⁹ Se sabe perfectamente que el Gobierno Federal necesita recursos que le ayuden a financiar las tareas gubernamentales, empero ello no quiere decir que apropiarse (por mandato legal) sin más de los ahorros, propiedad de los trabajadores, siga siendo la única forma y vía de allegarse de los mismos no importando el perjuicio que con ello se pueda causar.