

XI. COMENTARIO DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

LA NUEVA LEY DEL ISSSTE: REFLEXIONES SOBRE SU CONSTITUCIONALIDAD

*Dr. Alfredo Sánchez-Castañeda**

1. INTRODUCCIÓN

El día 31 de marzo de 2007 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el Decreto que expide la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (con excepción de los artículos 42, 75, 101, 193 y 199, los cuales entraron en vigor el 1 de enero de 2008) que abrogó la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 27 de diciembre de 1983, con excepción de los artículos 16, 21, 25 y 90 Bis, vigentes hasta el 31 de diciembre de 2007.

Existe una constante en todo sistema de seguridad social, su financiamiento: no importando el modelo de seguridad social utilizado (seguros sociales financiados por cotizaciones, modelo

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

bismarckiano, o el sistema nacional de salud financiado por impuestos, modelo beveridgiano) o incluso modelos mixtos (como lo es el modelo francés), el financiamiento siempre va a ser una preocupación latente, ya sea porque: los costos de la medicina se incrementan; aumenta la expectativa de vida de la población;¹ disminuye el número de afiliados que cotizan, y, entre otras razones, por el aumento de la población no asalariada que requiere también de protección social.² Los problemas que enfrenta la seguridad social, fueron algunas de las razones esgrimidas para reformar la Ley del Instituto y modificar la legislación de los trabajadores al servicio del Estado (2). La nueva Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado fue objeto de una andanada sin precedente de juicios de amparo, lo que llevó a la Corte a conocerla, a fin de definir la constitucionalidad de la misma (3). No obstante, la resolución la Corte amerita una serie de observaciones y consideración sobre el contenido de la misma (4).

2. LOS ALCANCES DE LA NUEVA LEY DEL ISSSTE

Los cambios introducidos por la nueva Ley, fueron, entre otros: La agrupación de los seguros y la creación de cuentas indivi-

¹ Según la Iniciativa con Proyecto de Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, del Senador Joel Ayala, del 13 de diciembre de 2005: "...en 1975 la esperanza de vida en México era de 65 años mientras que en el año 2000 era de 75 años. Al mismo tiempo, la edad de retiro disminuyó de 62 a 55 años. Además, el número de cotizantes por pensionado cayó de 20 a poco más de 5. Es decir, en 1975 cuando un trabajador se retiraba, había 20 trabajadores activos que contribuían para pagarle su pensión durante dos años y medio, mientras que en el año 2000, sólo había 5 trabajadores activos para pagar una pensión de casi 20 años..."

² Cf. RISS, "Travailleurs indépendants et travailleurs du secteur informel: en marge de la sécurité social", *Revue Internationale de Sécurité Sociale*, vol. 52, 1999, p. 3.

El saldo más dramático de las políticas de "ajuste estructural" y reconversión no es la creciente plusvalía extraída a los trabajadores de la industria y de la agricultura globalizada, sino la generación de una enorme masa de población sobrante, rebaños humanos que no son "reserva laboral", sino ejércitos de desahuciados, de condenados a muerte por inanición y por talencia. BARTRA, Armando, "¿A dónde irán los excluidos si el sistema es global?", *Revista del Senado de la república*, LVII Legislatura, 2000, p. 39.

duales (a); subsistencia de una responsabilidad del Estado y de una solidaridad limitada, particularmente, al individualizar la seguridad social (b); y la creación de un órgano público encargado de administrar las pensiones de los trabajadores (c).

a) Agrupación de seguros y creación de cuentas individuales

La ley agrupa los 21 seguros, servicios y prestaciones que tenía la anterior Ley del ISSSTE en cuatro seguros análogos a los que tiene el IMSS, en un rubro de servicios sociales y culturales: retiro, cesantía en edad avanzada y vejez; invalidez y vida; riesgos de trabajo y salud.

La nueva ley se inspira en el modelo del Instituto Mexicano del Seguro Social, que a su vez partió del modelo chileno de pensiones: una cuenta individual propiedad de cada trabajador, que posibilita la migración entre el sector público y privado, reconociendo el ISSSTE los años de servicio de un trabajador del sector privado (artículo 97). La cuenta individual puede ser incrementada con un esquema de ahorro solidario, en el que, por cada peso que aporte el trabajador, el Estado aportará 3.25 pesos (artículo 100).

La nueva ley, al igual que el modelo chileno, busca incrementar el ahorro interno. Como se desprende, los fondos de pensión no sólo intentan responder a necesidades y problemas estrictamente del campo de la seguridad social, sino que también a problemas nacionales de carácter económico, tales como el fomento al ahorro interno (artículos 244 a 246).

Para tener derecho a la pensión garantizada, los trabajadores deben tener reconocidos un mínimo de veinticinco años

de cotización, exclusivamente en el Instituto. Tratándose de trabajadores que se encuentren cotizando al Instituto, y que hayan transferido al mismo los derechos de sus semanas de cotización del IMSS y éstas, conjuntamente con sus años de cotización al Instituto, acumulen veinticinco años de cotización, tendrán derecho a recibir la pensión garantizada establecida en la Ley del Seguro Social, es decir, un salario mínimo (art. 144).

En materia del seguro de jubilación, de retiro por edad avanzada y tiempo de servicios, por invalidez, muerte, cesantía en edad avanzada e indemnización global, se divide en dos: el seguro de retiro, cesantía en edad avanzada y vejez (RCV) y el seguro de invalidez y vida (IV). El seguro de RCV busca prever que un trabajador tenga una vejez digna y decorosa. El seguro de IV busca cubrir dos riesgos: accidentes y/o enfermedades no profesionales que le impidan al trabajador desempeñar su labor, de tal manera que pueda contar con un ingreso similar al que tenía con anterioridad al percance y la protección a los familiares y beneficiarios en caso de la muerte del asegurado.

El monto de la RCV (pensión garantizada) es de tres mil treinta y cuatro pesos con veinte centavos, moneda nacional, misma que se actualiza anualmente, en el mes de febrero, conforme al cambio anualizado del Índice Nacional de Precios al Consumidor (art. 92).

La cuantía de la pensión por invalidez es igual a una cuantía básica del treinta y cinco por ciento del promedio del sueldo básico, disfrutado en el último año inmediato anterior a la fecha de la baja del trabajador, a lo que dicha cuantía no será inferior a la pensión prevista en la Ley del Seguro Social. La cuantía de este beneficio es hasta por un monto máximo de diez veces el salario mínimo (art. 121).

La cuota por el seguro de retiro, cesantía en edad avanzada y vejez correspondiente a los trabajadores se debe ajustar a lo dispuesto en la tabla siguiente:

Años	Cuota a cargo del Trabajador
A la entrada en vigor de esta ley	3.5%
2008	4.025%
2009	4.55%
2010	5.075%
2011	5.6%
2012 en adelante	6.125%

b) Responsabilidad del Estado y solidaridad limitada en las cuentas individuales con cuota social

El nuevo sistema guarda elementos del principio de responsabilidad del Estado, particularmente porque el Estado busca proteger a los trabajadores de menores ingresos, garantizándoles una pensión mínima igual a dos salarios mínimos o de un salario mínimo. En este último caso, si provienen del sector privado. En el caso de retiro, para los trabajadores de menor ingreso cuyo saldo acumulado en su cuenta individual no sea suficiente para obtener la pensión mínima garantizada, el Gobierno Federal aportará la diferencia.

Por otro lado, se incorpora una cuota financiada por el Estado. La cuota social es un monto fijo que equivale aproximadamente a cinco punto cinco por ciento de un salario mínimo y es igual para todos los trabajadores independientemente de su

nivel de ingreso, lo cual le da un carácter progresivo, ya que implica que las pensiones de los trabajadores de menor ingreso se vean incrementadas en una mayor proporción.

Asimismo, se duplica el monto de la pensión garantizada, ya que el Estado incrementará sus aportaciones obligatorias a la seguridad social, de 19.75% del salario de cotización a 25.145%.

Actualmente las contribuciones para el sistema de pensiones suman el 7% del salario de cotización y se dividen por partes iguales entre el trabajador y el patrón. Con la nueva ley las contribuciones se incrementarán gradualmente para los trabajadores y para el Gobierno, para llegar al equivalente de 12.7%. Los trabajadores pagarán poco menos de la mitad de ellas con un 6.125% y el resto estarán conformadas por una cuota de 5.15% más la cuota social que equivale aproximadamente a 1.5% del salario promedio de los trabajadores que cotizan al ISSSTE.

Bajo el nuevo régimen las aportaciones de los trabajadores activos dejan de financiar a los jubilados e inician, a partir de este momento, a ahorrar a través de una cuenta individual. El gobierno federal, a partir de la reforma, se compromete a continuar financiando y garantizando las pensiones de los jubilados actuales.

Los trabajadores que ingresen al sistema, después de la reforma, disponen de una cuenta individual en la cual se depositan todas las cuotas y aportaciones para el retiro. Su pensión será igual al monto de todas las cotizaciones del gobierno y del propio trabajador que se hagan a su cuenta individual durante su vida laboral más el rendimiento que éstas generen. El trabajador es dueño de estos recursos, independientemente de los años

que haya contribuido en su cuenta de ahorro y, como tal, cuando cambie de trabajo se llevará su cuenta individual a su nueva fuente de empleo, ya sea en el sector público o en el privado.

En el caso de los trabajadores en activo, éstos cuentan con dos opciones de transición: mantenerse en el régimen actual, con modificaciones que se implementarán gradualmente, o bien, recibir un bono de reconocimiento que les permita migrar a una cuenta individual.

c) La creación de un órgano público encargado de administrar las pensiones de los trabajadores

La nueva ley crea un órgano desconcentrado encargado de administrar los recursos de las cuentas individuales de los trabajadores, denominado PENSIONISSSTE. Dicho organismo puede canalizar el ahorro de los trabajadores a sectores considerados prioritarios para el desarrollo nacional (construcción de vivienda, la generación de energía, la producción de gas y petroquímicos y la construcción de carreteras).

Dentro de sus obligaciones se encuentran también, garantizar el mayor rendimiento y seguridad para el ahorro de los trabajadores. El PENSIONISSSTE opera con recursos provenientes de las comisiones obtenidas de la administración de los recursos que le corresponden, y no recibe subsidio del gobierno o del Instituto.

3. LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA NUEVA LEY DEL ISSSTE

Las interrogantes sobre la nueva ley del ISSSTE dieron lugar, literalmente hablando, a un alud de amparos (más de 200 mil) por

parte de los trabajadores inconformes, teniéndose que concentrar la resolución de los mismos en un Juzgado de Distrito, sirviendo a la Corte diez casos de modelo para resolver, vía revisión, los amparos promovidos.

En el amparo en revisión 229/2008 la parte quejosa señaló como garantías violadas en su perjuicio, las consagradas en los artículos 1o., 4o., 14, 16, 22, 92 y 123, apartado B, fracción XI, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Señaló, además, que la sentencia recurrida viola los principios de congruencia y exhaustividad que rigen las resoluciones jurisdiccionales, ya que se reclamó en su integridad la Ley del ISSSTE, al aislar y estudiar por separado los artículos de la ley, descontextualizando los planteamientos de inconstitucionalidad que pretendían demostrar que dicha Ley

...modifica substancialmente el régimen de seguridad social que regulaba la ley abrogada en perjuicio de los trabajadores del Estado, en tanto excluye ciertas prestaciones económicas y en especie —como la jubilación, el sistema de ahorro para el retiro y la indemnización global— y otras las limita al exigir mayores requisitos para su otorgamiento, habida cuenta que privatiza el sistema de pensiones.

Respecto a los conceptos de violación, los quejosos señalaron que el proceso legislativo en su totalidad había violado la garantía de irretroactividad de la ley, al desconocer los derechos adquiridos por los trabajadores en el nuevo régimen de seguridad social, que aumentan los requisitos para el otorgamiento de las pensiones; limita las prestaciones a las posibilidades financieras del Instituto e incrementa desproporcionalmente las cuotas a cargo del trabajador y privatiza la seguridad social.

Al respecto la Corte señaló que le asistía la razón al quejoso, ya que el Juez Federal descontextualizó los conceptos de violación esgrimidos en su demanda de garantías, al aislar y estudiar por separado algunos de los preceptos de la Ley del ISSSTE. Sin embargo, no fueron considerados fundados los agravios del quejoso que argumentaban la inconstitucionalidad de la Ley al derivar de un proceso legislativo viciado **(a)**, la transgresión, para el quejoso, de la garantía de irretroactividad, al desconocer los derechos adquiridos por los trabajadores en materia de seguridad social **(b)**, la violación de la garantía de igualdad jurídica entre los trabajadores al servicio del Estado y los trabajadores del sector privado **(c)**, la violación de la garantía de seguridad social **(d)**, la violación de la garantía de irretroactividad y restricción de los beneficios en materia de seguridad social **(e)**, la limitación de las pensiones por retiro, cesantía en edad avanzada y vejez **(f)**, la ilegalidad del PENSIONISSSTE **(g)**, la privatización de los servicios de la seguridad social **(h)**, y el uso indebido de las aportaciones a la seguridad social **(i)**.

Por otro lado, resulta interesante la argumentación de la Corte en la resolución del amparo en revisión, que establece una congruencia entre la nueva Ley del ISSSTE, las normas mínimas y principios fundamentales de la seguridad social, que se desprenden del Convenio 102³ de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), denominado Convenio sobre la Seguridad Social, norma mínima **(j)**.

³ Convenio adoptado el 28 de junio de 1952, en vigor el 27 de abril de 1955. Ratificado por México el 12 de diciembre de 1961.

El Convenio establece la norma mínima en materia de seguridad social, así como los condiciones para poder acceder a dichas normas. Se integra de nueve ramas de seguridad: asistencia médica, enfermedad, desempleo, vejez, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, familia, maternidad, invalidez y prestaciones de sobrevivientes. El Convenio ofrece la posibilidad de ratificarlo aceptando al menos tres de las nueve ramas, y posteriormente acatando las obligaciones restantes.

a) La validez del proceso legislativo viciado

El quejoso impugnó la violación de la garantía de audiencia (i), el proceso viciado de aprobación de la Ley (ii), y la publicación de la nueva Ley en un día inhábil (iii).

i. La ausencia de violación de la garantía de audiencia

Los quejosos argumentaron que la nueva Ley del ISSSTE, transgredió la garantía de audiencia tutelada por el artículo 14 de la Constitución, en virtud de que el Congreso de la Unión la aprobó, sin escuchar previamente a los trabajadores destinatarios de la misma. Al respecto, la Corte consideró infundado el agravio, ya que al Poder Legislativo no le es aplicable la garantía de previa audiencia contemplada por el artículo 14 constitucional, porque el objeto de la legislación es la creación de situaciones jurídicas generales, y si se le obligara a respetar la garantía de audiencia, se haría imposible o ineficaz la actividad legislativa, además de que la rectoría y planeación económica del Estado, que implican la intervención a los diversos sectores de la población –privado, público y social–, no conllevan una obligación para el Estado antes de discutir y aprobar una ley, como parte del proceso de creación.

ii. La ausencia de violación del proceso legislativo

La parte quejosa aduce que las Comisiones que presentaron el dictamen de la nueva Ley del ISSSTE por parte del Senado, no tenían las facultades para hacerlo, en términos de la Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos. Al respecto, la Corte desprende de la exposición de motivos de la nueva Ley del ISSSTE, que su creación obedeció a la

necesidad de implementar un nuevo sistema de seguridad social que dé

...solución a un delicado problema social que se manifiesta día a día en la inconformidad de los derechohabientes del ISSSTE, en la grandísima deficiencia de sus servicios de salud, en la falta de recursos para financiar programas de beneficio colectivo y en el riesgo cierto de que en un lapso breve sea imposible financiar el pago de las pensiones, con la afectación a cientos de miles de familias que dependen de ese ingreso.

Por lo que la ley reclamada no violó las garantías de fundamentación y motivación, toda vez que fue expedida por el Congreso de la Unión en ejercicio de la facultad que le confiere el artículo 123, apartado B, fracción XI, constitucional, habida cuenta que fue creada en atención a relaciones entre trabajadores y empleadores que reclamaban ser jurídicamente reguladas.

iii. La publicación en día inhábil

La parte quejosa estimó que la ley reclamada es inconstitucional por haber sido publicada en un día inhábil, contraviniendo el artículo 28 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, que establece que las actuaciones administrativas se practicarán en días hábiles. Al respecto la Corte señaló que el argumento es inoperante, porque la inconstitucionalidad de una norma de observancia general depende de su contrariedad con la Constitución y no de su oposición con algún ordenamiento secundario.

b) El respeto de la garantía de irretroactividad

La Corte consideró que el nuevo régimen de seguridad social no puede estimarse retroactivo en virtud de que rige hacia el

futuro, es decir, a partir de que entró en vigor la ley reclamada y, por ende, el hecho de que se requieran más años de edad o de cotización para tener derecho a una pensión y se aumenten las cuotas a cargo del trabajador, no puede dar lugar a estimar que desconoce derechos adquiridos que contenía la ley derogada ni que se modifican supuestos de dicha ley. Al respecto la Corte hace una diferencia entre derechos adquiridos y expectativas de derechos. Enseguida la Corte se refiere a los nuevos trabajadores y a los trabajadores ya pensionados (i) y, por otro lado, a los trabajadores en activo (ii), aduciendo ausencia de agravios.

i. Lo infundado de la afectación a nuevos trabajadores y a los jubilados

La Corte consideró que los trabajadores que empiezan a cotizar al ISSSTE con posterioridad al 1 de abril de 2007, no pueden estimar que se viole algún derecho, y mucho menos que hayan adquirido algún derecho al amparo de la ley derogada, por lo que la nueva ley en nada les afecta.

Respecto a los jubilados con anterioridad a la fecha en comento y sus familiares derechohabientes, la ley impugnada no afecta los derechos que adquirieron durante la vigencia de la ley anterior, ya que en su artículo décimo octavo transitorio expresamente señala que

Los Jubilados, Pensionados o sus Familiares Derechohabientes, que al entrar en vigor esta Ley, gocen de los beneficios que les otorga la Ley que se abroga, continuarán ejerciendo sus derechos en los términos y condiciones señalados en las disposiciones vigentes al momento de su otorgamiento.

Además, en su artículo décimo noveno transitorio establece que para el pago de las pensiones en curso, el Gobierno Federal transferirá al Instituto los recursos necesarios, los cuales no se considerarán ingresos de éste y que su contabilidad deberá llevarse por separado.

ii. Los trabajadores en activo y la ausencia de retroactividad

En relación a los trabajadores en activo, la Corte señaló que el esquema de transición que prevé la ley reclamada, consiste en dejar elegir a los trabajadores que se encontraban en activo al primero de abril de 2007 **entre mantenerse en el sistema de pensiones previsto en la ley anterior con ciertas modificaciones**, o bien, migrar al nuevo sistema de "cuentas individuales", mediante la entrega de un bono de reconocimiento de beneficios pensionarios.

Para la Corte, los trabajadores que se encontraban en activo al entrar en vigor la ley reclamada, tampoco puede estimarse que se viole en su perjuicio la garantía de irretroactividad de la ley, en tanto se les concede el derecho a elegir entre mantenerse en el sistema de pensiones previsto en la ley que se deroga con modificaciones que se implementarán gradualmente, o bien, migrar al nuevo sistema de cuentas individuales mediante el otorgamiento de un bono de reconocimiento de beneficios pensionarios.

Por otro lado, la Corte precisa que la implementación del nuevo sistema de pensiones denominado de "cuentas individuales" tampoco da lugar a estimar que la ley impugnada viola la garantía de irretroactividad que consagra el artículo 14 consti-

tucional, ya que para efectos de la seguridad social, el principio de solidaridad no puede entenderse en el sentido de que es responsabilidad del Estado financiar y proporcionar todos los beneficios respectivos, como lo son las pensiones, y menos aún que éstas deban cubrirse con las aportaciones de los trabajadores en activo y el subsidio del Gobierno Federal.

c) Trabajadores al servicio del Estado y trabajadores del sector privado: Ausencia de violación de la garantía de igualdad jurídica

La parte quejosa señaló que el artículo séptimo transitorio de la ley impugnada viola la garantía de igualdad jurídica, porque obliga a los trabajadores del Estado a ejercer su derecho de opción, antes de actualizarse cualquier supuesto de pensión. Situación completamente diferente a la ocurrida cuando se modificó la ley del IMSS. En esta ley los trabajadores que ya cotizaban antes de la entrada en vigor de la nueva ley (1997), pudieron optar por el nuevo esquema de pensiones que dicho ordenamiento previó, o por el que establecía la ley derogada, hasta el momento de pensionarse. Caso contrario para los trabajadores al servicio del Estado, ya que antes de jubilarse, deben escoger por una de las dos opciones que les plantea la nueva ley.

Al respecto, la Corte estimó que no se puede hacer el paralelismo señalado por la quejosa, simplemente porque los trabajadores al servicio del Estado y del sector privado son diferentes; no pueden ser tratados como iguales. La Corte consideró que el concepto de violación es infundado, porque parte de una falsa premisa de considerar que los trabajadores del Estado y el resto de los trabajadores se encuentran en la misma situación jurídica.

Para la Corte esto no es así, debido a que

...las relaciones de trabajo entre los sujetos que prestan sus servicios al Estado y los que prestan sus servicios a un particular, son de distinta naturaleza, ya que mientras éstos (obreros) laboran para empresas con fines de lucro o de satisfacción personal, los servidores públicos trabajan para instituciones de interés general, constituyéndose en colaboradores en el ejercicio de la función pública, lo que evidencia, que sin desconocer los derechos fundamentales de los trabajadores, el Constituyente Permanente estimó necesario otorgar un tratamiento igual a los que se encuentran bajo una misma situación jurídica y desigual a los que se colocan en situaciones jurídicas disímiles.

Por lo que, "el trato diferente que se da a los sujetos de los distintos regímenes de seguridad social, por sí, no puede estimarse como una transgresión a la garantía de igualdad jurídica que consagra el artículo 1º constitucional". Para la Corte, los servidores públicos y el resto de los trabajadores no se encuentran en una misma situación jurídica, debido a que sus relaciones laborales son de diversa naturaleza.

d) El respeto de la garantía de seguridad social

Para la Corte, según se desprende de la exposición de motivos de la Ley en comento, la razón que motivó la reforma al régimen del ISSSTE, es la crisis financiera por la que éste atraviesa y que reduce su capacidad para hacer frente a sus obligaciones, por lo que no es posible mantener el sistema actual de pensiones. En ese sentido, el aumento de la edad mínima para poder gozar de una pensión de jubilación de retiro por edad y tiempo de servicios o de cesantía en edad avanzada, así como el incremento de las cuotas respectivas **se encuentra plenamente**

justificado, ya que el Estado como tal no tiene la obligación de cubrir, con cargo al presupuesto federal, el pago de las pensiones, por lo que no se viola la garantía de seguridad social.

e) Ausencia de violación de la garantía de irretroactividad y de restricción de los beneficios en materia de seguridad social

La Corte consideró que el artículo 4o., fracciones III y IV, de la ley reclamada no viola las garantías de irretroactividad, no confiscación y de seguridad social que consagran los artículos 14, 22 y 123, apartado B, fracción XI, incisos c) y e), de la Constitución General de la República, puesto que, contrario a lo que sostiene la quejosa, no elimina las prestaciones consistentes en la venta de productos básicos a precios módicos y de consumo para el hogar, servicios funerarios, capacitación e instalaciones deportivas para el fomento del deporte, así como centros turísticos y otros servicios que tienen como propósito mejorar el nivel de vida de los trabajadores, habida cuenta que contempla los servicios sociales y culturales que garantiza el citado artículo 123 constitucional.

Solamente los condiciona a las posibilidades financieras del fondo respectivo, lo cual tampoco permite considerar que los artículos 195 a 199 de la ley reclamada violen las garantías constitucionales en comento, ya que tales prestaciones se otorgan en los términos previstos en las normas vigentes en la época en que se solicitan y no así conforme a las disposiciones que estuvieron vigentes cuando los beneficiarios ingresaron al régimen de seguridad social de que se trata, de ahí que no pueda estimarse que se violan derechos adquiridos al amparo de la ley derogada.

f) *Infundada limitación a diez salarios mínimos el monto de las pensiones por retiro, cesantía en edad avanzada y vejez*

El quejoso consideró que los artículos 141 a 148 de la ley reclamada violan la garantía de no discriminación y menoscaban los derechos de los trabajadores, puesto que los regímenes de seguridad social que se prevén en los apartados A y B del artículo 123 constitucional son diversos; se pretende asimilarlos, con lo cual se impide que los trabajadores se vean beneficiados por los derechos adquiridos en uno y otro; por lo que una persona no podrá jubilarse por la Ley del ISSSTE y del IMSS al mismo tiempo, pudiendo sólo acumular sus cotizaciones, pero con el límite de 10 salarios mínimos.

Sin embargo, la Corte consideró que el concepto de violación es infundado, porque la garantía de no discriminación que consagra el tercer párrafo del artículo 1o. constitucional, no proscribiera cualquier distinción de trato entre las personas, sino sólo aquellas que atenten contra la dignidad humana, así como las que tengan por efecto anular o menoscabar sus derechos y libertades, o bien, la igualdad real de oportunidades.

Además, bajo el esquema de la nueva Ley del ISSSTE, no se limita a 10 salarios mínimos el monto de las pensiones por retiro, cesantía en edad avanzada y vejez, salvo en el caso de los seguros de riesgos de trabajo, invalidez y vida; limitación que se justifica porque las prestaciones inherentes a estos seguros y sus respectivas pensiones, se cubren con cargo a las reservas constituidas por el Instituto para tal fin.

g) La legalidad del PENSIONISSSTE

La parte quejosa señaló que la Ley impugnada prevé la creación del PENSIONISSSTE, sin considerar que la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal da sustento para crear órganos desconcentrados a las Secretarías de Estado y Departamento Administrativos, no así a los organismos descentralizados, como lo es el ISSSTE. Por tanto, el origen del PENSIONISSSTE resulta ilegal, por lo que su creación provoca, en consecuencia, que sus actos serán ilegales, además de carecer de competencia.

Al respecto la Corte señaló que el PENSIONISSSTE no fue creado por el ISSSTE, sino mediante la nueva ley que regula dicho Instituto, emitida por el Congreso de la Unión, por lo que la creación del órgano administrativo desconcentrado denominado por la propia ley como PENSIONISSSTE, no viola su procedimiento de creación, y en consecuencia sus actos no pueden considerarse inconstitucionales, ni carece de competencia para aplicar la nueva Ley.

La Corte señaló además, que si la quejosa quiso referirse a que de conformidad con la Ley Orgánica de la Administración Pública sólo las Secretarías de Estado pueden contar con órganos desconcentrados, dicho argumento también es infundado, porque constitucionalmente no existe impedimento para que órganos de la administración pública paraestatal, como los organismos descentralizados, puedan también contar con ese tipo de órganos. Para la Corte una lectura sistemática y funcional de los preceptos constitucionales —90 y 73, fracción XXX—, de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y de las demás leyes que regulan dicha administración, como lo es la Ley

Federal de Entidades Paraestatales, se llega a la conclusión de que el legislador está autorizado para crear los órganos necesarios para hacer efectivas la distribución de los negocios del orden administrativo de la Federación, entre los cuales estarían los órganos administrativos desconcentrados adscritos a la administración pública paraestatal.

h) La infundada privatización de los servicios de la seguridad social

Según la quejosa, la nueva Ley del ISSSTE condena a privatizar los servicios de seguridad social al "bursatilizar" las aportaciones, ya que el artículo 109 de dicha ley prevé que los fondos de los trabajadores pueden invertirse en los proyectos prioritarios, como son infraestructura carretera y generación de energéticos. Además, continúa señalando, que al ser áreas que hasta hoy son actividades exclusivas del Estado, tales inversiones serían ilegales, salvo que se esté pensando en respaldar los proyectos de inversión de Petróleos Mexicanos y la Comisión Federal de Electricidad, así como el rescate carretero con los nuevos fondos de pensiones del ISSSTE, lo que sería un negocio privado con fondos de los trabajadores.

Para la Corte el anterior razonamiento es infundado, porque si bien es cierto que PENSIONISSSTE se encuentra facultado para invertir los recursos de las cuentas individuales, éstas nunca dejan de ser parte de los trabajadores. Sólo se busca con dichas inversiones una mayor rentabilidad. Además, que los recursos nunca dejan de formar parte de los ingresos que el propio Estado maneja, puesto que las actividades a las que se dirigen dichos recursos, son de carácter público.

Para la Corte, privatizar,

...implica transferir una actividad gubernamental al sector privado, por lo tanto, el invertir recursos en actividades productivas, la construcción de carreteras, la construcción de vivienda, la generación de energía y la producción de gas y petroquímicos, no puede actualizarse tal supuesto, es decir, por el hecho de que el PENSIONISSSTE lleve a cabo la inversión —bursátil— de los recursos que administra no se está transfiriendo al sector privado los servicios de salud y mucho menos implicaría actualizar la figura de la privatización el que se inviertan recursos públicos en actividades privadas o públicas.

La parte quejosa señaló también que la nueva Ley del ISSSTE privatiza la seguridad social, porque se debe contratar con una aseguradora el seguro de retiro, cesantía en edad avanzada y vejez, en lugar de que sea el propio Estado el que proporcione la pensión correspondiente. El Estado, según la parte quejosa, deja de responder ante una eventual quiebra de la empresa privada antes referida.

Dicho razonamiento también es considerado infundado por la Corte, ya que la nueva Ley del ISSSTE, si bien es cierto que establece que los recursos del seguro de retiro, cesantía en edad avanzada y vejez serán administrados por las Administradoras de Fondos para el Retiro (AFORES), para invertirse en las Sociedades de Inversión Especializadas de Retiro (SIEFORES). Ciertamente es también que según la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro (artículo 39) sólo se permite que los recursos de los trabajadores y la Reserva Especial de la AFORE sean invertidos en las SIEFORES, de manera tal que cualquier contingencia que tenga la AFORE (laboral, fiscal, administrativa o mercantil) no afecta los recursos de los trabajadores. Además de la fracción IV del

artículo 48 de la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro, prohíbe a las SIEFORES "dar y otorgar garantía o avales, así como grabar de cualquier forma su patrimonio salvo lo dispuesto por esta ley." Asimismo, la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros prevé un régimen más estricto para estas compañías de seguros, al establecer en el artículo 52-Bis un sistema de reservas especiales en adición a las que actualmente tiene sólo por ser aseguradoras. Además, el artículo 52-Bis 1 de la ley en comento establece la constitución de un fondo especial que deben crear estas empresas a través de un fideicomiso irrevocable, cuyo objeto es contar con recursos financieros para el adecuado funcionamiento de estos seguros.

i) El uso indebido de las aportaciones a la seguridad social

La parte quejosa argumentó que la Ley del ISSSTE violenta diversas garantías constitucionales, toda vez que las aportaciones de seguridad social son utilizadas para fines diversos a los señalados tanto en el Código Fiscal de la Federación como en la propia ley impugnada. Según la parte quejosa, no procede dar a las contribuciones de seguridad social otro fin diferente al señalado en las leyes, es decir, no puede con aquéllas financiar negocios particulares mediante el esquema AFORE-SIEFORE.

Para la Corte, el argumento de la parte quejosa es infundado ya que las aportaciones que por concepto de seguridad social se realizan, en ningún momento son destinadas a la consecución de objetivos diferentes a los señalados en la propia ley, ya que con independencia de que los fondos correspondientes se encuentren físicamente en el ISSSTE, en el PENSIONISSSTE o en una administradora de fondos para el retiro, tales aportaciones forman

parte del régimen de seguridad social, y su fin será precisamente ése, el de cumplir con los postulados contenidos en la fracción XI del inciso B del artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que es, precisamente, la seguridad social de los trabajadores al servicio del Estado y los incorporados por convenio.

j) La armonía de la nueva Ley del ISSSTE con el Convenio 102 de la OIT

En el considerando trigésimo quinto del amparo en comento, la Corte hace evidente que la ley impugnada, contrario a lo que afirma la parte quejosa, sí es reglamentaria del artículo 123, apartado B, fracción XI de la Constitución; señala, además, que la ley impugnada se encuentra en sintonía con los instrumentos internacionales en materia de seguridad social, ya que cubre los mínimos generales que establecen los instrumentos internacionales de derechos humanos, así como la norma mínima internacional, Convenio 102, en materia de seguridad social, ratificado por México.⁴ Instrumento internacional que define las nueve ramas clásicas de la seguridad social, con sus respectivos niveles mínimos.

En el considerando en comento, la Corte señala la congruencia con ocho de las nueve ramas clásicas que contempla

⁴ La Corte señaló que: "A mayor abundamiento, para analizar si la nueva Ley del ISSSTE satisface los estándares internacionales en materia de derechos humanos, en primer lugar debemos definir qué instrumentos internacionales incorporan el derecho a la seguridad social y sus alcances. En ese sentido tenemos que se reconoce tal derecho en la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículos 22 y 25); en el Pacto Internacional de Derechos Humanos (artículos 9, 10.2 y 10.3); en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo XVI); en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 26); en el Protocolo de "San Salvador" en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 9) y de manera especializada en el Convenio N° 102 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la seguridad social (norma mínima)..."

el Convenio 102 de la OIT. Instrumento internacional que ha sido ratificado por nuestro país.

- Los artículos 7 y 8 del Convenio 102, que contienen la prestación de "Asistencia Médica", encuentran su referente en la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado vigente, a través del "Seguro de Salud", regulado por el artículo 27.
- Las "Prestaciones monetarias de enfermedad", previstas en los artículos 13 y 14 del Convenio 102, encuentran su referente en el Seguro de Salud, en particular con el contenido del numeral 37 de la Ley del ISSSTE.
- La "Prestación de vejez" definida en los artículos 25 a 28 del Convenio 102 se garantiza en la ley del ISSSTE, a través del "seguro de vejez" previsto en el artículo 88 de dicha ley.
- Las "Prestaciones en caso de accidente del trabajo y de enfermedad profesional", reguladas en los artículos 31 a 38 del Convenio 102 se contemplan en el "Seguro de Riesgos del Trabajo", regulado en el artículo 56 de la Ley impugnada.
- Las "Prestaciones de maternidad" establecidas en los artículos 46 a 52 del Convenio 102, encuentran su símil en el "seguro de salud" regulado en el artículo 27 de la Ley del ISSSTE.
- La "Prestación de invalidez" regulada por los artículos 53 a 58 del Convenio 102 se cubre en la ley del ISSSTE en el Capítulo Séptimo relativo al "seguro de invalidez".

- La "Prestación de sobrevivientes", regulada en los artículos 59 a 64 del Convenio 102, se contempla en el Capítulo Séptimo, Sección Tercera correspondientes a la "Pensión por Causa de Muerte".
- Las prestaciones de vejez, invalidez y de sobrevivientes, reguladas en el Convenio 102, señala la Corte, con una argumentación un tanto extraña, ya que "también se contienen en el anterior sistema de pensiones modificado, es decir, en el capítulo V, del Título Segundo de la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado de mil novecientos ochenta y tres, en el cual se contiene la 'Pensión por cesantía en edad avanzada', la 'Pensión por invalidez', así como la 'Pensión por causa de muerte.'"
- Las "Prestaciones familiares" reguladas en los artículos 39 a 45 del Convenio 102 y la "Prestación de desempleo" a que se refiere el artículo 19 del mismo Convenio "se señala que no se encuentran dentro de los apartados que fueron aceptados por México al momento de ratificar dicho documento internacional".

La Corte, además, nos señala que la nueva Ley del ISSSTE contiene beneficios adicionales que no se encuentran en el Convenio 102 (préstamos personales y los créditos para la vivienda, así como los servicios sociales y culturales).

4. REFLEXIONES ALREDEDOR DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA NUEVA LEY DEL ISSSTE

La trascendental resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación permite reflexionar sobre la garantía de irretroactividad

de la ley y los votos particulares (a); la justificación de un régimen diferenciado para los trabajadores por el hecho de ser servidores públicos en materia de seguridad social (b); sobre la diferencia de naturaleza jurídica entre trabajadores del sector público y privado pero la igualdad para pensionarse (c); acerca de la fundada o infundada privatización de los servicios de la seguridad social (d); particularmente del seguro de retiro, cesantía en edad avanzada y vejez (e); la validez del lucro en la administración de los seguros de los trabajadores (f); sobre la exclusión de los trabajadores en la administración de sus seguros (g); la armonía de la nueva Ley del ISSSTE con el Convenio 102 de la OIT y los principios de la seguridad social (h); las opiniones vertidas por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT (i); así como la consideración de la equidad (j).

a) La garantía de irretroactividad y los votos particulares

Para la Corte no hubo violación de la garantía de irretroactividad de la ley, puesto que los trabajadores al servicio del Estado pueden elegir entre mantenerse en el sistema de pensiones modificado o migrar al nuevo sistema de cuentas individuales, mediante el otorgamiento de un bono de reconocimiento de beneficios pensionarios. Al respecto destaca el voto de minoría⁵ formulado por los señores Ministros Juan N. Silva Meza y Guillermo I. Ortiz Mayagoitia.

⁵ Voto de minoría que formulan los señores Ministros Juan N. Silva Meza y Presidente Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, en los amparos en revisión números 220, 218, 219, 221, 229, 235, 236, 241, 252 y 237, todos de 2008, promovidos por los siguientes quejados, respectivamente: Alma Rosa Sandoval Rodríguez y coagraviados; José Luis Olivares Cervantes y coagraviados; José Del Carmen De la Torre Mendoza y coagraviados; Socorro Fregoso Fregoso y coagraviados; Rosa Carmina Barrera Salinas y coagraviados; Pablo Merino Santos y coagraviados; Joel Espinoza Perales y coagraviados; María Inés Ortiz Piza y coagraviados; Silvia Sánchez Arellano y coagraviados; y José Atenógenes Ramos Santos y coagraviados; fallados en sesión del día diecinueve de junio de dos mil ocho, por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Para los señores Ministros sí existe un vicio de retroactividad en perjuicio de los trabajadores activos, porque el cambio en el sistema de seguridad social con las modalidades previstas en el artículo Décimo Transitorio de la nueva Ley, los saca de dicho régimen, ya que

...aunque se establece una opción, ésta no es permanecer en el sistema como estaban o ir al nuevo régimen, sino ir a dos nuevas posibilidades que son diferentes: una, contrastantemente diferente con el régimen actual, otra se dice, se asemeja mucho al régimen actual, pero aun asemejándose mucho al régimen actual imprime modalidades muy importantes, que desde nuestro punto de vista afectan derechos adquiridos.

Con claridad, señalan los señores Ministros, sí se viola el principio de irretroactividad, ya que los trabajadores no pueden optar por el antiguo sistema de pensiones, tal y como se encontraba; pueden escogerlo, pero es el antiguo modelo con modificaciones.

Es una violación al principio de irretroactividad de la ley porque no se trata, como sostuvo la mayoría de Ministros, de una mera expectativa de derechos. Entendiendo como derechos adquiridos "cualquier bien que ingresa al patrimonio del trabajador por la vía que se le caracterice, constituye un derecho adquirido sin más". Derecho que no es necesario ubicarlo en ninguna posición doctrinal, sino sólo en el contenido mismo del calificativo de derecho adquirido y reconocido como tal en la Constitución y en la legislación ordinaria desprendida de dicho instrumento fundamental. Lo que importa, señalan los Ministros, es el fundamento constitucional y legal del calificativo de derechos adquiridos, no si estos se determinan en atención a determinada

teoría, como lo pueden ser: la Teoría de los Derechos Adquiridos, las Expectativas de Derecho y la Teoría de los Componentes de las Normas.

El voto de minoría de los Ministros no desconoce la posibilidad de reestructuración o reconfiguración del sistema de seguridad social. Sin embargo, los cambios no deben rebasar los principios constitucionales de los trabajadores contenidos en el artículo 123, apartado B, fracción XI, de nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Señala el voto en minoría de los Ministros Silva Meza y Ortiz Mayagoito, que el silogismo de la mayoría es inadecuado porque en realidad, si bien es cierto que los trabajadores "conservan su derecho" de optar por el antiguo sistema de pensiones, se trata de un modelo que no permaneció incólume, sino que fue modificado, por lo que en realidad los trabajadores tienen que optar por dos sistemas diferentes. La misma Corte reconoció que la opción de los trabajadores, es elegir entre mantenerse en el sistema antiguamente existente, pero **modificado**. Compartimos, la opinión expresada en el voto minoritario por los señores Ministros Silva Meza y Ortiz Mayagoito en el sentido de que sí existe violación al principio de irretroactividad de la ley; asimismo es de resaltar que el tema no generó unanimidad dentro de los propios Ministros.

b) ¿Es justificable un régimen diferenciado para los trabajadores por el hecho de ser servidores públicos en materia de seguridad social?

La Corte desechó la violación a la garantía de igualdad jurídica por el trato diferenciado que se les da a los trabajadores del

sector público en relación con aquellos del sector privado, al señalar que éstos no se encuentran en la misma situación jurídica, por lo que es factible la existencia de distintos regímenes de seguridad social. La Corte señaló que

...las relaciones de trabajo entre los sujetos que prestan sus servicios al Estado y los que prestan sus servicios a un particular, son de distinta naturaleza, ya que mientras éstos (obreros) laboran para empresas con fines de lucro o de satisfacción personal, los servidores públicos trabajan para instituciones de interés general, constituyéndose en colaboradores en el ejercicio de la función pública, lo que evidencia, que sin desconocer los derechos fundamentales de los trabajadores, el Constituyente Permanente estimó necesario otorgar un tratamiento igual a los que se encuentran bajo una misma situación jurídica y desigual, a los que se colocan en situaciones jurídicas disímiles.

Al respecto, diferimos con la argumentación de la Corte, puesto que pareciera ser que la condición de trabajador permite, y más aún de trabajador al servicio del Estado, omitir el principio de igualdad ante la ley. La misma Constitución establece que no se puede hacer distinción entre los trabajadores, sin importar su condición. La Constitución, en su artículo 1o., establece que en los

...Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

De la lectura del artículo 123 apartado B, no se desprende una situación jurídica diferente por el sujeto a quien prestan su trabajo y ni la existencia de una desigualdad jurídica.

Por un lado, resalta que la Corte denomine a los servidores públicos como **colaboradores en el ejercicio de la función pública**,⁶ por dos razones. En primer lugar porque la expresión colaboradores de la función pública aparece en el corazón de la *Carta del Lavoro* de la Italia de 1927; documento en donde se habla de la colaboración entre las fuerzas productivas con el Estado.⁷ De hecho, la *Carta de Lavoro* señala que la seguridad social es otra de las manifestaciones del principio de colaboración.⁸ Igualmente, en la Alemania nacionalista, la ley del trabajo (*Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit*) señalaba en su artículo primero que "en la empresa trabajan unidos el empresario, como Führer y los empleados y trabajadores como séquito, para el mejor desarrollo de los fines de la empresa y utilidad del pueblo y del Estado".⁹

⁶ Sin duda la expresión fue tomada de la exposición de motivos del proyecto de reformas a la Constitución General de la República en el 5 de diciembre de 1960, enviada a la Cámara de Senadores por el Presidente Adolfo López Mateos, tendientes a incorporar en ella los principios de protección para el trabajo de los servidores del Estado: Es cierto que la relación jurídica que une a los trabajadores en general, con sus respectivos patrones, es de distinta naturaleza de la que liga a los servidores públicos del Estado, puesto que aquéllos laboran para empresas con fines de lucro o de satisfacción personal, mientras que estos trabajan para instituciones de interés general, constituyéndose en últimos colaboradores en el ejercicio de la función pública.

⁷ VII - *Lo Stato corporativo considera l'iniziativa privata nel campo della produzione come lo sfruttamento più efficace e più utile nell'interesse della Nazione. L'organizzazione privata della produzione essendo una funzione di interesse nazionale, l'organizzazione della impresa è responsabile dell'indirizzo della produzione di fronte allo Stato. Dalla collaborazione delle forze produttive deriva tra esse reciprocità di diritti e di doveri. Il prestatore d'opera, tecnico, impiegato, od operaio, è un collaboratore attivo dell'impresa economica, la direzione della quale spetta al datore di lavoro che ne ha la responsabilità.*

⁸ XXVI - *La previdenza è un'altra manifestazione del principio di collaborazione. Il datore di lavoro e il prestatore d'opera devono concorrere proporzionalmente agli oneri di essa. Lo Stato, mediante gli organi corporativi e le associazioni professionali, procurerà di coordinare e di unificare, quanto è più possibile, il sistema e gli istituti della previdenza.*

⁹ DE LA CUEVA, Mario, *Derecho Mexicano del Trabajo*, Tomo I, Porrúa, México, 1961, p. 204.

Por otro lado, porque la doctrina¹⁰ y jurisprudencia de la propia Corte ha reconocido que la relación entre el Estado y sus trabajadores es una relación laboral¹¹ y no de derecho administrativo. En ese sentido los trabajadores al servicio del Estado no pueden ser considerados como **colaboradores** en el ejercicio de la

¹⁰ RICORD, Humberto E., "El derecho burocrático mexicano materias que lo integran". Boletín Mexicano de Derecho Comparado. UNAM, México. Reynoso Castillo, Carlos, *Curso de Derecho Burocrático*, Porrúa, 2010, México, 268 pp.

¹¹ **Registro No.** 200372. **Localización:** Novena Época. Instancia: Pleno. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo I, junio de 1995, página 41, tesis: P. XXVIII/95. Tesis Aislada. Materia(s): laboral, Constitucional. **RESCISIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL POR CAUSA IMPUTABLE AL ESTADO PATRÓN. LA LEY FEDERAL DE LOS TRABAJADORES AL SERVICIO DEL ESTADO NO VIOLA LA GARANTÍA DE IGUALDAD, POR NO CONCEDER ACCIÓN A LOS TRABAJADORES BUROCRÁTICOS.** La Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado no viola la garantía constitucional de igualdad al no conceder a los trabajadores burocráticos una acción similar a la que tienen los trabajadores ordinarios para rescindir la relación laboral por causa imputable al patrón, pues de lo dispuesto por el Apartado "B" del artículo 123 de la Ley Fundamental, se desprende que fue intención del Constituyente establecer una diferencia clara entre el trabajo ordinario y el trabajo burocrático, considerando la naturaleza de la relación que existe en uno y otro, así como la posición de los sujetos que en ella intervienen, pues mientras en el primero interviene la libre voluntad de las partes, cuyo contenido puede ser determinado por éstos dentro de los límites protectores que fijan las normas de orden público tendientes a salvaguardar el equilibrio entre los factores de la producción, en el segundo la relación nace como consecuencia de un acto de nombramiento, además de que el desempeño de la función no se encuentra sujeto a la libre voluntad del titular de la dependencia burocrática y del servidor, sino predeterminado por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables; estas notas distintivas, de las que derivan otras no menos importantes, permiten considerar que en el aspecto examinado no puede darse al trabajador burocrático el mismo tratamiento que la Constitución da al trabajador ordinario, pues tratándose del principio de igualdad, es necesario atender no sólo a las semejanzas existentes entre dos categorías de sujetos, sino también a las diferencias que justifiquen un trato desigual, y la rescisión, por causa imputable al patrón, que en el trabajo ordinario encuentra su fundamento en la aplicación de la cláusula común a los contratos bilaterales en general (en especial los civiles que son su antecedente remoto), es extraña a la relación del Estado con sus servidores; además, la circunstancia de que la ley en estudio, en su artículo 46 otorgue al Estado la facultad de dar por concluidos los efectos del nombramiento sin su responsabilidad, no significa que deba asistir al trabajador la misma facultad en caso de incumplimiento de aquél a sus deberes como patrón, pues aunado a que el Constituyente no estableció en el Apartado "B" del artículo 123 constitucional una norma protectora igual a la instituida en el Apartado "A" para los trabajadores ordinarios, al Estado toca velar porque sus servidores acaten fielmente los deberes que garantizan la eficacia y continuidad de la función pública, por lo que es preciso dotarlo de un poder jurídico para excluir a quienes quebranten las reglas y pongan en peligro la consecución de los cometidos estatales.

Amparo directo en revisión 1733/93. Gloria María Ramírez Amor. 16 de marzo de 1995. Unanimidad de once votos. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretaria: Adriana Campuzano de Ortiz.

El Tribunal Pleno en su sesión privada celebrada el quince de junio en curso, por unanimidad de once votos de los señores Ministros Presidente José Vicente Aguinaco Alemán, Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Mariano Azuela Güitrón, Juventino V. Castro y Castro, Juan Díaz Romero, Genaro David Góngora Pimentel, José de Jesús Gudiño Pelayo, Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, Humberto Román Palacios, Olga María Sánchez Cordero y Juan N. Silva Meza; aprobó, con el número XXVIII/95 (9a.) la tesis que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis de jurisprudencia. México, Distrito Federal, a quince de junio de mil novecientos noventa y cinco.

función pública. Los trabajadores al servicio del Estado se rigen por un derecho laboral especial, dada la naturaleza del sujeto, el Estado, a quien le prestan su servicio. Su relación de subordinación,¹² sin importar el origen de la misma, es lo que hace aparecer una relación de trabajo. Considerarlo de otra manera, es dejar en total indefensión a los trabajadores al servicio del Estado.

Igualmente, a la luz del Convenio 111 sobre la discriminación (empleo y ocupación) de 1958, habría que preguntarse si hay lugar para hablar de un trato diferenciado para los trabajadores del sector privado y para los trabajadores al servicio del Estado. El Convenio núm. 111 protege a todos los trabajadores contra la discriminación "basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social" y cualquier otro criterio que pueda especificar "el Miembro interesado, previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores". La protección, según se desprende del convenio, aplica a todos los sectores del empleo y la ocupación, tanto públicos como privados, y abarca:¹³

¹² **TRABAJADOR AL SERVICIO DEL ESTADO, LA SUBORDINACIÓN ES UN ELEMENTO DE SU RELACIÓN LABORAL.** No es exacto que en el trabajo burocrático no exista el elemento de la subordinación, ya que si bien es cierto que en los artículos tercero y doce de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, no se menciona expresamente tal elemento, sino que únicamente se alude a la expedición de nombramiento o a la inclusión en listas de raya de trabajadores temporales como origen de la relación laboral, no lo es menos que esa característica se desprende del diverso artículo 44, fracción I, de la invocada ley, al establecer como obligación a cargo del trabajador la de desempeñar sus labores con la intensidad, cuidado y esmero apropiados, sujetándose a la dirección de sus jefes y a las leyes y reglamentos respectivos, derivándose de tal prevención el elemento en cuestión, que no consiste sino en la facultad de mando de parte del titular del órgano estatal y en el deber de obediencia a cargo del trabajador. SÉPTIMO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA DE TRABAJO DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 9367/88. Instituto Nacional del Consumidor. 17 de mayo de 1989. Unánimidad de votos. Ponente: María Yolanda Múgica García. Secretario: Eduardo Sánchez Mercado.

Registro No. 229263. **Localización:** Octava Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo III, Segunda Parte-2, enero a junio de 1989, Página: 834, Tesis Aislada. **Materia Laboral.**

¹³ Informe del Director General, *La hora de la igualdad en el trabajo. Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo*. Conferencia Internacional del Trabajo 91a. reunión, 2003, Informe I (B), Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, p. 17.

- el acceso a la educación, la orientación y la formación profesionales;
- el acceso al empleo y la ocupación (es decir, al trabajo ya sea por cuenta propia, asalariado o en la administración pública);
- el acceso a los servicios de colocación;
- el acceso a las organizaciones de trabajadores y empleadores;
- la promoción profesional;
- la seguridad del empleo;
- la negociación colectiva;
- la igualdad de remuneración por trabajos de igual valor;
- el acceso a la seguridad social, los servicios y prestaciones sociales y relacionadas con el empleo, y
- otras condiciones laborales, incluidas la seguridad y la salud en el trabajo,
- las horas de trabajo, los períodos de descanso y las vacaciones.

Se entiende por discriminación cualquier distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades y de trato en el empleo y la ocupación (apar-

tado a. del párrafo 1 del artículo 1). A partir de los parámetros señalados por la definición de discriminación, el trato diferenciado otorgado a los empleados públicos, podría constituir un acto de discriminación, particularmente en relación al acceso a la seguridad social, los servicios y prestaciones sociales relacionadas con el empleo.

Por otro lado, el Convenio 151 sobre las relaciones de trabajo en la administración pública de 1978, no contiene una regulación especial en materia de seguridad social. En ese sentido, habría que preguntarse si es dable señalar que en materia de seguridad social, los trabajadores al servicio del Estado deben contar con una regulación diferente a la aplicable a los trabajadores del sector privado. En el mismo tenor, el Convenio 102 sobre las normas mínimas en la seguridad social, no hace diferencia alguna entre trabajadores del sector privado y trabajadores del sector público.

A partir de los parámetros señalados por la definición de discriminación y la ausencia de trato particular de los empleados públicos en el Convenio 111, 102 y 151, habría que preguntarse si el trato diferenciado otorgado a los empleados públicos, podría constituir un acto de discriminación, particularmente con relación al acceso a la seguridad social, los servicios y prestaciones sociales relacionadas con el empleo.

A la luz de las anteriores consideraciones, se debería reflexionar si el hecho de que la Ley del ISSSTE garantice una pensión mínima de dos salarios resulta desigual y discriminatorio, en relación con los trabajadores del sector privado, a quienes sólo se les garantiza un salario mínimo. Sin dejar de mencionar a aquellos trabajadores que por haber laborado en algún orga-

nismo descentralizado, reciben una pensión muy superior al tope de salarios mínimos que se establece para los trabajadores del sector público y privado. Esta situación quizás no se justifica, porque preserva las desigualdades entre los trabajadores, además hace pensar que existen trabajadores de primera, de segunda y de tercera clase.

c) *Desiguales pero iguales para pensionarse*

El quejoso consideró que los artículos 141 a 148 de la ley reclamada violan la garantía de no discriminación y menoscaban los derechos de los trabajadores, puesto que los regímenes de seguridad social que se prevén en los apartados A y B del artículo 123 constitucional son diversos, se pretende asimilarlos, con lo cual se impide que los trabajadores se vean beneficiados por los derechos adquiridos en uno y otro. Por lo que una persona no podrá jubilarse por la Ley del ISSSTE y del IMSS al mismo tiempo, pudiendo sólo acumular sus cotizaciones, pero con el límite de diez salarios mínimos.

Sin embargo, para la Corte el concepto de violación es infundado porque la garantía de no discriminación que consagra el tercer párrafo del artículo 1o. constitucional, no proscribe cualquier distinción de trato entre las personas, sino sólo aquellas que atenten contra la dignidad humana, así como las que tengan por efecto anular o menoscabar sus derechos y libertades, o bien, la igualdad real de oportunidades:

En esa tesitura, el hecho de que el pensionado que goza de una pensión de retiro, cesantía en edad avanzada o vejez, bajo el régimen de la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales, no pueda obtener una pensión de igual naturaleza

bajo el régimen de la Ley del Seguro Social y viceversa, no puede dar lugar a estimar que se transgrede la garantía de no discriminación que consagra el artículo 1º constitucional, dado que tal disposición está dirigida a todos los trabajadores que cotizan sucesiva o simultáneamente en ambos regímenes sin hacer distinción alguna, habida cuenta que ello no implica que se les prive del derecho a disfrutar de los beneficios que adquirieron en cada uno de ellos, en tanto los recursos que se acumulen en su cuenta individual con posterioridad a la fecha en que se pensionen, pueden transferirse a la entidad que le paga su renta vitalicia o sus retiros programados para incrementar el monto de su pensión, o bien, retirarlos en una sola exhibición.

Además, bajo el esquema de la nueva Ley del ISSSTE, no se limita a 10 salarios mínimos el monto de las pensiones por retiro, cesantía en edad avanzada y vejez, salvo en el caso de los seguros de riesgos de trabajo, invalidez y vida, cuestión tal que se justifica porque las prestaciones inherentes a estos seguros y sus respectivas pensiones, se cubren con cargo a las reservas constituidas por el Instituto para tal fin.

Resulta interesante que en un primer momento la Corte señale que "...las relaciones de trabajo entre los sujetos que prestan sus servicios al Estado y los que prestan sus servicios a un particular, son de distinta naturaleza...", para después señalar que no se trasgrede la garantía de no discriminación al igual que el derecho a recibir sólo una pensión, ya que "...tal disposición está dirigida a todos los trabajadores que cotizan sucesiva o simultáneamente en ambos regímenes sin hacer distinción alguna..." Lo cual resulta peregrino, si al mismo tiempo la Corte ha afirmado que se trata de relaciones de trabajo de *distinta naturaleza*.

d) *La infundada privatización de los servicios de la seguridad social*

La Corte señaló que no existe una privatización de los servicios de la seguridad social, porque si bien es cierto que PENSIONISSSTE se encuentra facultado para invertir los recursos de los trabajadores, éstos no dejan de ser parte de los trabajadores, ya que se busca con dichas inversiones una mayor rentabilidad; además que los recursos nunca dejan de formar parte de los ingresos que el propio Estado maneja, porque las actividades a las que se dirigen dichos recursos son de carácter público, y porque a pesar de que los recursos del seguro de retiro, cesantía en edad avanzada y vejez serán administrados por AFORES a través de SIEFORES, la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro y la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, protegen los recursos de los trabajadores.

Evidentemente, como lo señala la Corte en su argumentación, existen elementos que permiten afirmar que no se están privatizando los servicios de la seguridad social, en particular el relativo a las pensiones de los trabajadores. Sin embargo, se deben evaluar dos situaciones, que quizás dejan abierta la posibilidad de una privatización de la seguridad social, o al menos de algunos de sus aspectos.

e) *¿Una semiprivatización del seguro de retiro, cesantía en edad avanzada y vejez?*

Se debe evaluar si el hecho de transmitir la administración a entes privados no implica una privatización de la administración de la pensión del seguro de retiro, cesantía en edad avanzada

y vejez; ya que independientemente de los candados establecidos por las leyes (Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro y la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros), es un hecho que la administración es privada y no pública.

La Ley del ISSSTE, tal y como está redactada, permite la participación del sector privado, el cual legítimamente, desde su lógica, busca un lucro por la actividad que realiza. El dinero que se obtiene por las comisiones que cobran las administradoras de pensiones, sin duda, son superiores a los recursos que se necesitan para administrar el seguro de retiro, cesantía en edad avanzada y vejez. Esta situación se puede ejemplificar en los diversos porcentajes que cobran las administradoras de fondos de pensiones.

Por otro lado, la existencia de una pluralidad de administradoras, sin duda atenta contra uno de los principios fundamentales de la seguridad social diseñados desde principios del siglo pasado: la necesaria administración unificada de la seguridad social, en interés de la eficiencia y la economía. La existencia de un solo ente administrativo, contribuye a la simplificación de la administración y en una disminución de costos en el manejo de la misma.¹⁴

La nueva Ley del ISSSTE, paradójicamente, ha caído en una de las deficiencias encontradas en Inglaterra en los años cuarenta

¹⁴ BEVERIDGE, William, *Seguridad Social y Servicios Afines. Informe presentado al Parlamento de Gran Bretaña el 22 de noviembre de 1942*, p. 11.

BEVERIDGE, William, *Las bases de la Seguridad Social (The Pillar of Security and War-Time Essays and Addresses)*, (versión española de Teodoro Ortiz) FCE, México, 1944, pp. 66-69.

Un interesante estudio del Plan Beveridge y el Proyecto de ley de seguro social presentado al Parlamento en 1944 se puede encontrar en: Mingarro y San Martín, José, *La Seguridad Social en el Plan Beveridge*, México, editorial Pals, 1946, p. 272.

en el estudio realizado por la Comisión Beveridge: falta de coordinación administrativa entre los servicios existentes,¹⁵ que dejó escapar, al mismo tiempo, una de las ideas rectoras de la seguridad social: "Unificación de la responsabilidad administrativa", en interés de la eficiencia y economía. Para cada persona, una única contribución semanal vinculada a los beneficios, una oficina de seguridad en cada localidad para atender toda clase de reclamaciones, que todas las contribuciones se depositan en un único fondo de seguro social, y que todos los beneficios y pagos de seguro son atendidos con dicho fondo.¹⁶

Por otro lado, si PENSIONISSSTE, al igual que la Afore Siglo XXI —recientemente comprada por Banorte— del seguro social, no garantiza intereses altos ni comisiones más bajas, el trabajador tendrá derecho a cambiarse a una AFORE privada; de hecho, esto ya está sucediendo. Este tema no es en sí mismo negativo, ya que PENSIONISSSTE estaría obligado a competir en términos de calidad y eficiencia con las AFORES privadas para mantener a los trabajadores dentro de PENSIONISSSTE. Sin embargo, llama la atención su temporalidad, ya que actualmente se favorece la migración de la cuenta del trabajador a administradoras de pensión privadas.

Con la actual Ley del ISSSTE, las instituciones de seguridad social han trasladado al asegurado los costos de administración de sus fondos de pensiones. Al respecto, el Convenio 102 y posteriores prevén que los gastos de administración sean financiados colectivamente, por medio de cotizaciones o de impuestos, asimismo, excluyen el lucro en la administración de la seguridad social.

¹⁵ BEVERIDGE, William, *Seguridad Social... op. cit.* p. 15.

¹⁶ *Idem*, p. 71 y ss.

f) *La presencia del lucro en la administración de los seguros*

Existen algunos instrumentos internacionales que señalan la exclusión del lucro económico para aquellos órganos que se encargan de administrar la seguridad social. En el caso mexicano, a partir de que participan entes privados, evidentemente existe un lucro económico obtenido por los entes privados encargados de administrar el seguro de retiro, cesantía en edad avanzada y vejez.

Destacan una serie de instrumentos internacionales elaborados por la Organización Internacional del Trabajo que excluyen el lucro en la administración de los seguros de los trabajadores, particularmente:

1. El Convenio 24 relativo al seguro de enfermedad en la industria, señala en su artículo 6o.:¹⁷ "...1. El seguro de enfermedad deberá ser administrado por instituciones autónomas que estarán sujetas al control administrativo y financiero de los poderes públicos y **no podrán perseguir ningún fin lucrativo**. Las instituciones que se hayan fundado por iniciativa privada deberán estar reconocidas por los poderes públicos...".

2. El Convenio 25 sobre el seguro de enfermedad en la agricultura, señala en su artículo 6o., que:¹⁸ "...1. El seguro de enfermedad deberá ser administrado por instituciones

¹⁷ C24 Convenio sobre el seguro de enfermedad (industria), 1927. Convenio relativo al seguro de enfermedad de los trabajadores de la industria, del comercio y del servicio doméstico (Nota: Fecha de entrada en vigor: 15-07-1928. El Convenio ha sido revisado en 1969 por el Convenio núm. 130). Fecha de adopción: 15-06-1927.

¹⁸ C25 Convenio sobre el seguro de enfermedad (agricultura), 1927. Convenio relativo al seguro de enfermedad de los trabajadores agrícolas (Nota: Fecha de entrada en vigor: 15-07-1928. El Convenio ha sido revisado en 1969 por el Convenio núm. 130). Fecha de adopción: 15-06-1927.

autónomas, que estarán sujetas al control administrativo y financiero de los poderes públicos **y no podrán perseguir ningún fin lucrativo**. Las instituciones que se hayan fundado por iniciativa privada deberán estar reconocidas por los poderes públicos...".

3. El Convenio 35 relativo al seguro de vejez en la industria establece los mismos principios en su artículo 10o.:¹⁹ "1. **El seguro se administrará por instituciones que no persigan ningún fin lucrativo**, creadas por los poderes públicos, o por cajas de seguro de carácter público...".

4. El Convenio 37 relativo al seguro de invalidez en la industria, establece en su artículo 11o. que:²⁰ "...1. El seguro se administrará por instituciones **que no persigan ningún fin lucrativo**, creadas por los poderes públicos, o por cajas de seguro de carácter público...".

5. Las instituciones autónomas de seguro estarán sujetas a la vigilancia financiera y administrativa de los poderes públicos.

6. El Convenio 38 relativo al seguro de invalidez en la agricultura establece en su artículo 11o. que:²¹ "...1. El seguro

¹⁹ C35 (Dejado de lado) Convenio sobre el seguro de vejez (industria, etc.), 1933. Convenio relativo al seguro obligatorio de vejez de los asalariados en las empresas industriales y comerciales, en las profesiones liberales, en el trabajo a domicilio y en el servicio doméstico (Nota: Fecha de entrada en vigor: 18-07-1937. Este Convenio ha sido revisado en 1967 por el Convenio núm. 128. En virtud de la entrada en vigor de este Convenio, el Convenio núm. 35 no está ya abierto a la ratificación). Fecha de adopción: 29-06-1933.

²⁰ C37 (Dejado de lado) Convenio sobre el seguro de invalidez (industria, etc.), 1933. Convenio relativo al seguro obligatorio de invalidez de los asalariados en las empresas industriales y comerciales, en las profesiones liberales, en el trabajo a domicilio y en el servicio doméstico (Nota: Fecha de entrada en vigor: 18-07-1937. Este Convenio ha sido revisado en 1967 por el Convenio núm. 128. En virtud de este Convenio, el Convenio núm. 37 no está ya abierto a la ratificación). Fecha de adopción: 29-06-1933.

se administrará **por instituciones que no persigan ningún fin lucrativo**, creadas por los poderes públicos, o por cajas de seguro de carácter público...".

7. El Convenio 39 referente al seguro de muerte en la industria señala en su artículo 13o. que:²² "... 1. El seguro se administrará por **instituciones que no persigan ningún fin lucrativo**, creadas por los poderes públicos, o por cajas de seguro de carácter público...".

8. El Convenio 40 relativo al seguro de muerte en la agricultura, establece en su artículo 13o. que:²³ "... 1. El seguro se administrará por **instituciones que no persigan ningún fin lucrativo**, creadas por los poderes públicos, o por cajas de seguro de carácter público...".

En realidad, los fondos de pensión se han convertido en uno de los grandes negocios de finales del siglo XX y principios del siglo XXI, ya que mientras el trabajador se jubila, las administradoras cobran por llevar la cuenta de un trabajador, y cuando se jubila el trabajador, las AFORES cobran también la administración

²¹ C38 (Dejado de lado) Convenio sobre el seguro de invalidez (agricultura), 1933. Convenio relativo al seguro obligatorio de invalidez de los asalariados en las empresas agrícolas (Nota: Fecha de entrada en vigor: 18-07-1937. El Convenio ha sido revisado en 1967 por el Convenio núm. 128. En virtud de la entrada en vigor de este Convenio, el Convenio núm. 38 no está ya abierto a la ratificación). Fecha de adopción: 29-06-1933.

²² C39 (Dejado de lado) Convenio sobre el seguro de muerte (industria, etc.), 1933. Convenio relativo al seguro obligatorio de muerte de los asalariados en las empresas industriales y comerciales, en las profesiones liberales, en el trabajo a domicilio y en el servicio doméstico (Nota: Fecha de entrada en vigor: 08-11-1946. El Convenio ha sido revisado en 1967 por el Convenio núm. 128. En virtud de la entrada en vigor de este Convenio, el Convenio núm. 38 no está ya abierto a la ratificación). Fecha de adopción: 29-06-1933.

²³ C40 (Dejado de lado) Convenio sobre el seguro de muerte (agricultura), 1933. Convenio relativo al seguro obligatorio de muerte de los asalariados en las empresas agrícolas (Nota: Fecha de entrada en vigor: 29-09-1949. Este Convenio ha sido revisado en 1967 por el Convenio núm. 128. En virtud de la entrada en vigor de este Convenio, el Convenio núm. 40 no está ya abierta a la ratificación). Fecha de adopción: 29-06-1933.

de la pensión. En caso de que el trabajador no cuente con los recursos suficientes para "comprar" su pensión, es el Estado quien entra en escena para otorgarle a los trabajadores, a través de la administradora de su pensión, los recursos necesarios para contar con la pensión mínima garantizada. Es decir, la "administración" de las pensiones corre a cargo de las AFORES, mientras que aquéllas le representan un negocio, una utilidad o un lucro. En caso de insuficiencia de recursos, es el Estado quien asume la responsabilidad.

Además, para que un trabajador pueda gozar de una pensión, requiere una vida de labor activa e ininterrumpida. Situación en la que no se encuentran la mayoría de los trabajadores, a pesar de ser ese su deseo. Hoy en día, dada la inestabilidad en el empleo así como a las condiciones precarias de los mismos, es muy difícil conservar un empleo;²⁴ asimismo, la tendencia de los empleadores —ya sean estos públicos o privados— de llevar una doble contabilidad del salario —uno es el que se cotiza a la seguridad social y otro es el que obtiene el trabajador vía bonos, compensaciones o sueldos no declarados— van a provocar que el trabajador obtenga, al final de su vida productiva, sólo, con suerte, la pensión mínima garantizada y no la que le correspondería, en caso de que hubiera cotizado con su salario real.

²⁴ México, al igual que todos los países de América Latina, ha implementado desde los años noventa reformas en materia económica, sin embargo, el modelo de relaciones laborales sigue siendo el mismo. No obstante, el hecho de que la legislación no se haya reformado no quiere decir que el mercado laboral no se haya flexibilizado. La flexibilidad del mercado laboral mexicano se corrobora en la reducción de la retención del puesto de trabajo. Se calcula que un individuo del área urbana mexicana, en promedio, mantiene su empleo en un periodo de 5.8 años. El dato correspondiente para América Latina y el Caribe es de 6.6 años y el promedio para Europa es de 10.6 años. Franco, Eliana, *Reforma Económica, productiva y mercado Laboral en América Latina: un estudio comparativo de Argentina, Costa Rica, México y Perú*, OIT.

g) La exclusión de los trabajadores en la administración de sus seguros

Los instrumentos internacionales en materia de seguridad social señalan la necesaria participación de los trabajadores en la administración de la seguridad social. Si bien, podría haber participación en la vigilancia de las AFORES, a través de la participación de los trabajadores en la Junta de Gobierno de la Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro; cierto es también que no tienen participación alguna dentro de las AFORES y SIEFORES.

En el Convenio 102 de la OIT sobre normas mínimas en materia de seguridad social, es claro el punto sobre la participación de los trabajadores en la administración de la seguridad social, al establecer que:

Cuando la administración no esté confiada a una institución reglamentada por las autoridades públicas o a un departamento gubernamental responsable ante un parlamento, representantes de las personas protegidas deberán participar en la administración o estar asociados a ella, con carácter consultivo, en las condiciones prescritas; la legislación nacional podrá prever asimismo la participación de representantes de los empleadores y de las autoridades públicas.

Es evidente que las personas protegidas, es decir los trabajadores, no participan en la administración de sus recursos depositados en las AFORES y en los SIEFORES.

De igual manera, prácticamente los mismos convenios que excluyen el lucro en la administración de los seguros de los

trabajadores, se refieren a la necesaria participación de los trabajadores en la administración de la misma:

1. El Convenio 24 relativo al seguro de enfermedad en la industria, señala en su artículo 6 que:²⁵ "...1. El seguro de enfermedad deberá ser administrado por instituciones autónomas que estarán sujetas al control administrativo y financiero de los poderes públicos y no podrán perseguir ningún fin lucrativo. Las instituciones que se hayan fundado por iniciativa privada deberán estar reconocidas por los poderes públicos...".

2. "Los asegurados deberán participar en la administración de las instituciones autónomas de seguro, en las condiciones que determine la legislación nacional...".

3. El Convenio 25 sobre el seguro de enfermedad señala en su artículo sexto que:²⁶ "...2. **Los asegurados deberán participar en la administración** de las instituciones autónomas de seguros, en las condiciones que determine la legislación nacional...".

4. El Convenio 35 relativo al seguro de vejez en la industria establece los mismos principios en su artículo 10o.:²⁷

²⁵ Vid. cita 17 de este comentario.

²⁶ C25 Convenio sobre el seguro de enfermedad (agricultura), 1927. Convenio relativo al seguro de enfermedad de los trabajadores agrícolas (Nota: Fecha de entrada en vigor: 15-07-1928. El Convenio ha sido revisado en 1969 por el Convenio núm.130.) Fecha de adopción: 15-06-1927.

²⁷ C35 (Dejado de lado) Convenio sobre el seguro de vejez (industria, etc.), 1933. Convenio relativo al seguro obligatorio de vejez de los asalariados en las empresas industriales y comerciales, en las profesiones liberales, en el trabajo a domicilio y en el servicio doméstico (Nota: Fecha de entrada en vigor: 18-07-1937. Este Convenio ha sido revisado en 1967 por el Convenio núm. 128. En virtud de la entrada en vigor de este Convenio, el Convenio núm. 35 no está ya abierto a la ratificación). Fecha de adopción: 29-06-1933.

"...4. Los **representantes de los asegurados participarán en la administración de las instituciones de seguros** en las condiciones que determine la legislación nacional, la cual podrá igualmente disponer sobre la participación de representantes de los empleadores y de los poderes públicos..."

5. El Convenio 37 relativo al seguro de invalidez en la industria establece en su artículo 11o. que:²⁸ "...4. Los **representantes de los asegurados participarán en la administración de las instituciones de seguros** en las condiciones que determine la legislación nacional, la cual podrá igualmente disponer sobre la participación de representantes de los empleadores y de los poderes públicos..."

6. El Convenio 38 relativo al seguro de invalidez en la agricultura establece igualmente en su artículo 11o. que:²⁹ "...4. Los **representantes de los asegurados participarán en la administración de las instituciones de seguros** en las condiciones que determine la legislación nacional, la cual podrá igualmente disponer sobre la participación de representantes de los empleadores y de los poderes públicos..."

7. El Convenio 39 referente al seguro de muerte en la industria señala en su artículo 13o. que:³⁰ "...4. Los **representantes de los asegurados participarán en la administración de las instituciones de seguros** en las condiciones que determine la legislación nacional, la cual podrá igualmente disponer sobre la participación de representantes de los empleadores y de los poderes públicos..."

²⁸ C37 (Dejado de lado) Convenio sobre el seguro de invalidez (industria, etc.), 1933. Convenio relativo al seguro obligatorio de invalidez de los asalariados en las empresas industriales y comerciales, en las profesiones liberales, en el trabajo a domicilio y en el servicio doméstico (Nota: Fecha de entrada en vigor: 18-07-1937. Este Convenio ha sido revisado en 1967 por el Convenio núm. 128. En virtud de este Convenio, el Convenio núm. 37 no está ya abierto a la ratificación). Fecha de adopción: 29-06-1933.

²⁹ C38 (Dejado de lado) Convenio sobre el seguro de invalidez (agricultura), 1933. Convenio relativo al seguro obligatorio de invalidez de los asalariados en las empresas agrícolas (Nota: Fecha de entrada en vigor: 18-07-1937. El Convenio ha sido revisado en 1967 por el Convenio núm. 128. En virtud de la entrada en vigor de este Convenio, el Convenio núm. 38 no está ya abierto a la ratificación). Fecha de adopción: 29-06-1933.

³⁰ C39 (Dejado de lado) Convenio sobre el seguro de muerte (industria, etc.), 1933. Convenio relativo al seguro obligatorio de muerte de los asalariados en las empresas industriales y comerciales,

tantes de los asegurados participarán en la administración de las instituciones de seguros en las condiciones que determine la legislación nacional, la cual podrá igualmente disponer sobre la participación de representantes de los empleadores y de los poderes públicos...".

8. El Convenio 40 relativo al seguro de muerte en la agricultura establece en su artículo 13o. que:³¹ "...4. **Los representantes de los asegurados participarán en la administración de las instituciones de seguros** en las condiciones que determine la legislación nacional, la cual podrá igualmente disponer sobre la participación de representantes de los empleadores y de los poderes públicos...".

9. El Convenio 128 sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes establece en su artículo 6o. que:³² "A los efectos del cumplimiento de las partes II, III o IV del presente Convenio, todo miembro podrá tener en cuenta la protección resultante de aquellos seguros que, aun cuando en virtud de su legislación no sean obligatorios para las personas protegidas:

a) sean controlados por las autoridades públicas o **sean administrados de conformidad con normas prescritas conjuntamente por los empleadores y los trabajadores;**

en las profesiones liberales, en el trabajo a domicilio y en el servicio doméstico (Nota: Fecha de entrada en vigor: 08-11-1946. El Convenio ha sido revisado en 1967 por el Convenio núm. 128. En virtud de la entrada en vigor de este Convenio, el Convenio núm. 38 no está ya abierta a la ratificación). Fecha de adopción: 29-06-1933.

³¹ C40 (Dejado de lado) Convenio sobre el seguro de muerte (agricultura), 1933. convenio relativo al seguro obligatorio de muerte de los asalariados en las empresas agrícolas (Nota: Fecha de entrada en vigor: 29-09-1949. Este Convenio ha sido revisado en 1967 por el Convenio núm. 128. En virtud de la entrada en vigor de este Convenio, el Convenio núm. 40 no está ya abierto a la ratificación). Fecha de adopción: 29-06-1933.

³² C128 Convenio sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes, 1967. Convenio relativo a las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes (Nota: Fecha de entrada en vigor: 01-11-1969). Fecha de adopción: 29-06-1967.

b) protejan a una parte apreciable de las personas cuyas ganancias no excedan de las de un trabajador calificado de sexo masculino..."

Igualmente, el artículo 36 del mismo Convenio establece que: "Cuando la administración no esté confiada a una institución reglamentada por las autoridades públicas o a un departamento gubernamental responsable ante el poder legislativo, **los representantes de las personas protegidas deberán participar en la administración**, en las condiciones prescritas. La legislación nacional podrá asimismo prever la participación de representantes de los empleadores y de las autoridades públicas".

h) La interpretación de la Corte a la luz de los principios y de los instrumentos internacionales de la seguridad social: Una revisión parcial

En el considerando trigésimo quinto, la Corte señala la armonía existente entre la nueva Ley del ISSSTE con el Convenio 102 de la OIT relativo a las normas mínimas en materia de seguridad social y los principios fundamentales de ésta. En el considerando en comento, la Corte señala la congruencia con ocho de las nueve ramas clásicas que contempla el Convenio 102 de la OIT, instrumento internacional que ha sido ratificado por nuestro país. No obstante, cuando la Corte se refiere a la congruencia de la norma con los principios internacionales en materia de trabajo, pareciera que se ha hecho una lectura limitada o incompleta de dichos principios.

Los principios de la seguridad social no se definen por mayoría, por un principio democrático, tampoco son producto de

inspiraciones divinas. Son fundamentos de una sociedad que se identifica con las máximas universales de la misma, tal y como Kant ya lo ha señalado en la *Metafísica de las Costumbres*. Incluso en un mundo globalizado, en donde hay una pluralidad de sociedades y en donde pareciera que se afirman las diferencias entre unas y otras; esto no impide llegar a reglas universales, a través del consenso intersubjetivo de las sociedades, que permite identificar valores comunes, principios comunes, tal y como lo ha señalado ya Habermas en su libro sobre la *Eticidad del Discurso Jurídico*. En tal sentido, no resulta estéril, sino muy al contrario, sumamente importante, tener en cuenta los principios de la seguridad social, ya que no debemos olvidar los fundamentos y fines de la misma.

La Corte señaló que la nueva Ley del ISSSTE, impugnada por el quejoso, es congruente con los principios esenciales del Convenio 102, consistentes en lo siguiente:

- *Financiación colectiva de los regímenes de seguridad social* (artículo 71, párrafos 1 y 2).
- *Responsabilidad general del Estado*, para el debido suministro de las prestaciones y la adecuada administración de las instituciones y servicios responsables de garantizar el suministro de las prestaciones (artículo 71, párrafo 3).³³

³³ En efecto, el nuevo régimen de seguridad social que prevé la ley impugnada **cumple con tales principios** toda vez que:

1. Los seguros de salud y de retiro, cesantía y vejez (RCV) se financian con: **a)** las cuotas de los trabajadores, **b)** las aportaciones de las dependencias y entidades y **c)** la cuota social del Gobierno Federal. (artículos 42 y 102, respectivamente).

2. Además, de manera extraordinaria, el Gobierno Federal aportará al seguro de salud la cantidad de ocho mil millones de pesos (artículo vigésimo noveno transitorio).

3. Los seguros de invalidez y vida (IV), así como los servicios sociales y culturales se financian con: **a)** las cuotas de los trabajadores y **b)** las aportaciones de las dependencias y entidades (artículos 140 y 199 respectivamente).

Por un lado, existen una serie de principios que han sido elaborados por la doctrina que permitieron el desarrollo del Convenio 102 de la OIT:³⁴

- 1) Se otorga el principio de solidaridad, ciertas prestaciones se otorgan sin mediar una cotización.
- 2) El principio de universalidad se aplica para ciertas eventualidades procurando así una protección social para el conjunto de la población.
- 3) El seguro social y la asistencia, son utilizadas simultáneamente y de manera coordinada.
- 4) Existe una sola entidad administrativa, la existencia de un solo ente administrativo contribuye a la simplificación de la administración y en una disminución de costos en el manejo de la misma.

Por otro lado, la doctrina ha elaborado una serie de principios que se fundamentan en el Convenio 102 sobre normas

4. El seguro de riesgos de trabajo (RT) y el fondo para la vivienda, se financian únicamente con las aportaciones de las dependencias y entidades (Artículos 75 y 168, fracción I, respectivamente).

5. El fondo para préstamos personales se constituye con el importe de la cartera respectiva vigente al treinta y uno de marzo de dos mil siete, y la aportación única adicional del Gobierno Federal por un importe de dos mil millones de pesos (Artículos 158, 159 y vigésimo octavo transitorio). Es decir, los trabajadores no pagan cuota alguna para este rubro.

6. Si llegare a ocurrir en cualquier tiempo que los recursos del Instituto no bastaren para cumplir con las obligaciones a su cargo establecidas por la Ley, el déficit que hubiese, será cubierto por el Gobierno Federal y los gobiernos, o Dependencias y Entidades Federativas o municipales que coticen al régimen de esta Ley en la proporción que a cada uno correspondiere (Artículo 231).

Lo anterior evidencia que el régimen de la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, es acorde con el principio de **financiación colectiva de la seguridad social**, dado que las cargas económicas se distribuyen equitativamente, y por cuanto se refiere a la **responsabilidad general del Estado**, la misma se contiene en el segundo párrafo del artículo 231 de la ley impugnada, en tanto señala que si llegaren a ser insuficientes los recursos del Instituto para cumplir con las obligaciones a su cargo establecidas por la Ley, el déficit relativo será cubierto por el Estado como tal y en su calidad de patrón.

³⁴ Ver la obra de Beveridge.

mínimas en materia de seguridad social, así como en los convenios que regulan de manera específica algunos de los seguros comprendidos en el convenio en comento.

El preámbulo de la Constitución de la OIT y la Declaración anexa a su Constitución, fueron la base y el antecedente del pleno reconocimiento del principio rector de la seguridad social: el derecho de toda persona por el hecho de ser humano a la seguridad social. En un primer lugar, la Organización de las Naciones Unidas (ONU) por medio de la adopción de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948, en su artículo 22 establece que toda persona, en tanto que miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social. Por su parte, los artículos 23 y 25 de la Declaración precisan el derecho a la asistencia médica, a la seguridad en caso de enfermedad, de maternidad, de invalidez, de deceso y de vejez. Otro instrumento internacional de la ONU, que resulta importante es el Pacto Internacional relativo a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, dicho Pacto establece en su artículo 9, el derecho de toda persona a la seguridad social, incluidos los seguros sociales.³⁵

El principio rector de la seguridad social, se puede entender desde una doble perspectiva: en tanto garantía y en tanto principio. Por una parte, constituye la garantía al acceso que debe tener todo ser humano a la seguridad y a los seguros sociales. Por otro lado, en tanto principio rector de la seguridad social, este se apoya, a su vez, en cuatro principios funcionales u operativos que le dan contenido a ese derecho del ser humano: asistencia

³⁵ Sobre el principio rector, los principios operacionales y los principios generales de la seguridad social ver el excelente trabajo de: Greber, Pierre-Yves, *Les principes fondamentaux du droit internationale et du droit suisse de la Sécurité sociale; Réalités sociales*, Lausanne, 1984, 585 pp.

médica, ingreso social alternativo o sustituto, ingresos de base, e inserción, reinserción y valorización de los recursos humanos.

Dichos principios funcionales u operativos, se apoyan a su vez en cuatro principios generales que se encuentran al servicio de los anteriores: igualdad de tratamiento (entre nacionales y no nacionales, entre hombres y mujeres), solidaridad, afiliación obligatoria, y responsabilidad del Estado y participación de los individuos. Los principios generales al servicio de las misiones de la seguridad social, se aplican en el marco de cada una de ellas:

1. Igualdad de trato entre nacionales y no nacionales.

La Declaración Universal de Derechos del Hombre y el Pacto Internacional relativo a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales prohíben todo tipo de discriminación.

2. El principio de solidaridad. El reconocimiento a cada ser humano del derecho a la seguridad social, implica un principio de solidaridad. Los costos de la asistencia médica, el desempleo, la pobreza, hacían necesario la existencia de un principio de solidaridad. No obstante, actualmente el auge de una filosofía individualista y los problemas de financiamiento de la seguridad, constituyen desafíos importantes para el principio de solidaridad.

Uno de los elementos fundamentales del principio de solidaridad, es la solidaridad intergeneracional, es decir el compromiso del individuo con la sociedad y de la sociedad con el individuo. Al respecto, la nueva Ley cambia el sistema basado en la solidaridad intergeneracional entre los asegurados, por cuentas individuales. Lo que atenta contra uno

de los principios rectores de la seguridad social: la solidaridad intergeneracional.

3. El principio de afiliación obligatoria. Dicho principio ha sido objeto de grandes discusiones, de hecho algunos países han optado por regímenes facultativos, a fin de salvaguardar la libertad individual y de fomentar la previsión. No obstante, actualmente la afiliación obligatoria es admitida al menos para los regímenes relativos a la protección de base, por ejemplo, en materia de accidentes de trabajo. En derecho internacional, la Convención 102 relativa a las normas mínimas de seguridad social, considera la afiliación obligatoria como la regla y la afiliación facultativa como suplementaria.

4. El principio de responsabilidad del Estado y participación del ciudadano. El derecho internacional, establece el principio de una responsabilidad general del Estado en materia de seguridad social. El artículo 72 del Convenio 102 de la OIT establece que respecto a la participación de las personas protegidas cuando la administración no esté asegurada por una institución reglamentada por las autoridades públicas o por un departamento gubernamental responsable ante el parlamento, los representantes de las personas protegidas deben participar en la administración o estar asociados y contar con poder facultativo en condiciones establecidas por el legislador nacional, se puede también contar con la participación de representantes de los empleadores y de las autoridades públicas.

El Estado, conforme a la nueva Ley, sí se hace responsable en caso de que los trabajadores no alcancen los recursos

mínimos para pensionarse, pero no quiso asumir su responsabilidad para que los trabajadores se pudieran jubilar según los requisitos establecidos en la ley abrogada, tal y como si lo hizo en el caso de los trabajadores del sector privado cuando fue reformada la ley del IMSS en 1995.

Como se puede apreciar, la lectura de la Corte fue limitada, ya que deja de lado otros principios que se desprenden del Convenio 102 de la OIT. Principios que entrarían en colisión con la Ley del ISSSTE: El principio de solidaridad, de participación en la administración de la seguridad social y de responsabilidad del Estado. Principios que han sido reafirmados por las interpretaciones de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (b).

i) La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones y los principios de la seguridad social

Las anteriores observaciones deben ser complementadas con las opiniones vertidas por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT. Dos elementos serán objeto de análisis en este apartado; por un lado, la reclamación en la que se alegó el incumplimiento por Chile del Convenio sobre el seguro de vejez (industria, etc.), 1933 (núm. 35) y del Convenio sobre el seguro de invalidez (industria, etc.), 1933 (núm. 37), presentada por el Colegio de Profesores de Chile A.G., y por otro lado, el Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (Estudio General relativo a los instrumentos de la seguridad social a la luz de la Declaración de 2008 sobre la justicia social para una globalización equitativa) presentado en la Conferencia Internacional del Trabajo, 100a. reunión, 2011, de la Organización Internacional del Trabajo.

La Reclamación en la que se alegó el incumplimiento por Chile del Convenio sobre el seguro de vejez (industria, etc.), 1933 (núm. 35) y del Convenio sobre el seguro de invalidez (industria, etc.), 1933 (núm. 37), presentada por el Colegio de Profesores de Chile A.G. Destacan las conclusiones de la Comisión de Expertos, en donde se señala, la clara ausencia de solidaridad en el régimen de pensiones chileno y cómo el gobierno chileno pretende crear —lo que ya ha hecho— una pensión universal solidaria.

Por la importancia de las conclusiones de la Comisión de Expertos, se reproducen íntegramente a continuación:

La Comisión tomó nota de la declaración de la representante gubernamental y del debate que tuvo lugar a continuación. La Comisión observó que el debate sobre este caso evidencia la preocupación acerca de la viabilidad del sistema privado de pensiones establecido en virtud del decreto-ley núm. 3500 de 1980 en las condiciones de la actual crisis financiera y económica, así como acerca del hecho de que durante muchos años el Gobierno parece haber ignorado las recomendaciones para reformar este sistema sobre la base de los principios establecidos por el Consejo de Administración en 2000, en el informe del Comité creado para examinar la reclamación presentada por los sindicatos chilenos de trabajadores de las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT. Según las recomendaciones formuladas por el Consejo de Administración, la Comisión de Expertos señaló que el sistema chileno de pensiones basado en la capitalización de ahorros individuales administrados por fondos privados de pensiones (AFP) se organizó sin tener en cuenta los principios de solidaridad, participación en los riesgos y financiación colectiva que constituyen la esencia de la seguridad social, junto con los

principios de administración transparente, responsable y democrática del sistema de pensiones por parte de organizaciones sin fines de lucro, y con la participación de los representantes de las personas aseguradas. La Comisión de Expertos señaló en el estudio general de este año que estos principios son el sostén de todas las normas en materia de seguridad social y de la asistencia técnica de la OIT y ofrecen las mejores garantías de viabilidad financiera y de desarrollo sostenible de la seguridad social; su inobservancia, por el contrario, expone a quienes participan en regímenes privados a mayores riesgos financieros, al tiempo que se eliminan las garantías del Estado. A la Comisión le complace saber, por la intervención oral de la representante del Gobierno, que en estos últimos años el Gobierno ha estado colaborando estrechamente con el departamento técnico de la OIT para reformar el sistema chileno de pensiones partiendo de estos principios, lo que finalmente ha llevado al establecimiento en 2008 de una pensión básica de solidaridad de carácter público mediante la ley núm. 20255 sobre la reforma de las pensiones. La representante gubernamental afirmó que en 2012 habría cerca de 1.200.000 personas que podrán acogerse a la nueva pensión mínima de solidaridad o a un complemento de la pensión privada, lo que sirve de red de seguridad para quienes carecen de una pensión privada o de otro tipo que les permita vivir.

En vista de la importancia de los cambios aportados por la ley núm. 20255 al sistema chileno de pensiones, la Comisión invitó al Gobierno a que proporcione una memoria detallada sobre la aplicación del Convenio para que la Comisión de Expertos la examine en su próxima reunión de noviembre-diciembre de 2009. No obstante, aunque se felicitó por el establecimiento de un pilar público de solidaridad en el sistema de pensiones chileno, la Comisión no puede pasar por alto que no se han introducido cambios importantes en el sis-

tema privado de pensiones establecido por el decreto-ley 3500 de 1980. Teniendo en cuenta la gravedad de la situación, la Comisión instó al Gobierno a que continúe reformando el sistema de acuerdo con las recomendaciones formuladas por el Consejo de Administración en 2000 y a que incluya en su memoria información sobre las medidas adoptadas para proteger el sistema privado de pensiones de la crisis financiera. La Comisión tomó nota además de las detalladas explicaciones formuladas oralmente por la representante gubernamental respecto a las medidas adoptadas para dar efecto a las recomendaciones de la comisión establecida para examinar la reclamación presentada por el Colegio de Profesores de Chile AG en virtud del artículo 24 de la Constitución, así como el pago de la denominada "deuda histórica" de la seguridad social generada como consecuencia de la falta de pago de la totalidad del salario de conformidad con el decreto-ley núm. 3551, de 1981, a casi 80.000 maestros, así como las observaciones formuladas por el Círculo de oficiales de policía en retiro, alegando la pérdida de los derechos adquiridos sobre sus pensiones por el personal penitenciario. La Comisión recordó que estas cuestiones se remontan ya a hace algunos años, sin que, al parecer, el Gobierno haya aportado todavía soluciones concretas a las mismas. Al tiempo que expresó su preocupación por que el Gobierno no haya facilitado anteriormente en sus memorias ninguna información al respecto, la Comisión entendió de la intervención de la representante gubernamental que el Gobierno se propone ofrecer información detallada de carácter técnico y jurídico a la Secretaría. Así pues, confía en que dicha información se pondrá a disposición de la Comisión de Expertos junto con la memoria detallada del Gobierno.³⁶

³⁶ Informe de la Comisión de Aplicación de Normas. OBSERVACIONES E INFORMACIONES ACERCA DE CIERTOS PAÍSES. I. Observaciones e informaciones relativas a las memorias sobre los convenios ratificados (artículos 22 y 35 de la Constitución) B. Observaciones e informaciones sobre

Por otro lado, el Informe III (Parte 1B) de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (Estudio General relativo a los instrumentos de la seguridad social a la luz de la Declaración de 2008 sobre la justicia social para una globalización equitativa) presentado en Conferencia Internacional del Trabajo, 100a. reunión, 2011, de la Organización Internacional del Trabajo, incluye importantes reflexiones sobre el necesario respeto de los principios de la seguridad social, particularmente el de la solidaridad intergeneracional y el relativo a la responsabilidad del Estado, justamente dos principios que quizás no fueron analizados en su integridad por la Corte.

En su informe, el Comité señala que el nuevo modelo de seguridad social, ha permitido que el Estado renuncie a una parte de su responsabilidad, la cual es asumida por los seguros privados, las empresas o las mismas personas aseguradas. La Coexistencia de dos vertientes, pública y privada, en un mismo sistema de seguridad social, tal como ocurre en diversos países latinoamericanos,³⁷ no es de por sí incompatible con el Convenio

la aplicación de convenios. Convenio núm. 35: Seguro de vejez (industria, etc.), 1933 I. CHILE (ratificación: 1935).

http://white.oit.org.pe/ssos/documentos/observaciones_can_america.pdf Consultado el 5 de enero de 2012.

³⁷ Del análisis de la OIT destaca cómo los fondos de pensiones sólo han hecho su aparición, como único mecanismo de ahorro, en los países subdesarrollados o en vías de desarrollo. Durante los últimos decenios, este tipo de sistemas de capitalización basados en cuentas individuales proliferó en los países en transición de Europa Central y Oriental y en los países de América Latina, poniendo a prueba los principios básicos de organización y gestión de la seguridad social consagrados en las normas internacionales del trabajo. En 1981, Chile fue el primer país en iniciar las reformas de las pensiones de vejez que se basan en cuentas obligatorias de capitalización individual para la jubilación, apartándose así de los sistemas de gestión pública. A partir del decenio de 1990, otros diez países de América Latina siguieron la experiencia de Chile: Argentina (1991), Bolivia (1997), Colombia (1994), Costa Rica (2001), República Dominicana (2003), El Salvador (1998), México (1997), Panamá (2008), Perú (1993) y Uruguay (1996). En Europa Central y Oriental se instauraron regímenes privados de pensiones en Bulgaria, República Checa, Croacia, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Polonia, Rumania y Federación de Rusia. El elemento central que caracteriza estas reformas sigue siendo la sustitución de los regímenes de pensiones de prestaciones definidas financiados en base al reparto público por regímenes de capitalización de gestión privada basados en cuentas de pensiones individuales, lo que trajo aparejada la pérdida de la solidaridad social que anteriormente se garantizaba mediante los mecanismos de redistribución.

núm. 102. No obstante, el Convenio establece ciertos principios de alcance general relativos a la administración, la financiación y el funcionamiento de los regímenes de seguridad social.³⁸

La Comisión afirma que ha participado intensamente con los gobiernos interesados en las cuestiones relacionadas con la inobservancia de las normas de seguridad social de la OIT. Al respecto, la Comisión ha señalado que:

...los planes de pensiones basados en la capitalización del ahorro individual administrado por fondos de pensiones privados se estructuraban sin tener en cuenta no sólo los principios de solidaridad, participación en los riesgos y financiación colectiva, que constituyen la esencia de la seguridad social, sino también los principios que propugnan una gestión transparente, responsable y democrática del sistema de pensiones con la participación de los representantes de los asegurados.³⁹

Como se observa, son claros los señalamientos de la Comisión de Expertos acerca de la ausencia de los principios de solidaridad, participación de riesgos y financiación colectiva en los sistemas de capitalización de ahorro individual administrados por fondos de pensiones. Principios que no fueron objeto de estudio en el amparo en revisión en comento.

Destacan también, las conclusiones elaboradas por el Comité de Expertos que se desprenden de aquellos países que

Informe III (Parte 1B) de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (Estudio General relativo a los instrumentos de la seguridad social a la luz de la Declaración de 2008 sobre la justicia social para una globalización equitativa) presentado en Conferencia Internacional del Trabajo, 100ª reunión, 2011, de la Organización Internacional del Trabajo. Oficina Internacional del trabajo, Ginebra, Suiza, pp. 207-208.

³⁸ *Ibid.*, p. 28.

³⁹ *Ibid.*, p. 207.

abandonaron el principio de solidaridad como base de la seguridad social:

Una de las principales enseñanzas que pudo extraerse de la crisis económica ha sido la conclusión de que cuando los regímenes se financian colectivamente, y es el Estado el único encargado de su administración, especialmente mediante la financiación de los sistemas de reparto, el impacto inmediato era limitado. Por el contrario, los regímenes de capitalización plena gestionados en forma privada, en cuyo marco los ahorros individuales se invierten en productos relativamente inestables, han sufrido graves pérdidas.

La conclusión resulta muy interesante ya que hace un análisis de lo ocurrido en la vía de los hechos, cuando los países abandonan principios fundamentales, tales como el de solidaridad. Observa la Comisión, como, ante las dificultades de los planes de pensiones privados para garantizar pensiones dignas, los gobiernos han introducido una serie de reformas fundamentales para regresar al sistema de reparto, "reinstaurase o fortaleciese la solidaridad y los mecanismos de redistribución del ingreso".⁴⁰

La Comisión se felicita por el fortalecimiento de la participación del Estado y la reconstrucción de los mecanismos de solidaridad apoyados en el principio de financiación colectiva de los principales componentes de la seguridad social. Además, señala que los sistemas públicos están más preparados para cumplir los principios que se desprenden de los instrumentos de seguridad social de la OIT. Además, resalta cómo el mismo

⁴⁰ *Ibidem*, pp. 208-209.

Banco Mundial "tras haber iniciado la privatización de los sistemas de seguridad social durante el decenio de 1980, ahora presta una mayor atención a los mecanismos públicos tendientes a reducir la pobreza en la vejez, a ampliar la cobertura y la equidad y a proteger a la población contra los riesgos de mercado."⁴¹

Posteriormente, en su informe la Comisión considera que los principios de financiación colectiva y de solidaridad social son inseparables; que independientemente de las fuentes y los mecanismos de financiación, la responsabilidad financiera global del Estado se ve complementada y reforzada por su "responsabilidad general de la buena administración de las instituciones y servicios que contribuyan a la aplicación del presente Convenio" (párrafo 2 del artículo 72 del Convenio 102).⁴²

Finalmente, en materia de participación de los trabajadores en la administración de la seguridad social, la Comisión ha señalado que: La institucionalización de la representación y supervisión sobre bases tripartitas ha demostrado su utilidad para crear en la seguridad social formas de gobernanza basadas en el consenso, necesario para lograr una gestión transparente y responsable de los considerables recursos económicos en juego, en el mejor interés de las personas protegidas y de la nación en su conjunto. Las normas de la OIT recomiendan el fortalecimiento de la gestión tripartita de los programas de seguridad social. Los gobiernos no pueden ocuparse solos de la seguridad social. El éxito de las reformas depende del consenso entre los interlocutores sociales y la amplia aceptación social, con participación de las organiza-

⁴¹ Idem, p. 209.

⁴² Idem p. 210.

ciones de la sociedad civil y las autoridades comunitarias y locales. Dada su responsabilidad general por la administración de conjunto de los sistemas de seguridad social, los gobiernos deberían crear un marco reglamentario que estimule las consultas tripartitas, refuerce la confianza de quienes participan en el sistema y permita evitar conflictos toda vez que sea necesario proceder a importantes reformas del sistema.⁴³

Sin duda, la opinión de la Comisión de Expertos de la OIT choca con la resolución de la Corte, cuando precisa que la implementación del nuevo sistema de pensiones denominado de "cuentas individuales" tampoco puede dar lugar a estimar que la ley impugnada viola la garantía de irretroactividad que consagra el artículo 14 constitucional, ya que para efectos de la seguridad social, el principio de solidaridad no puede entenderse en el sentido de que es responsabilidad del Estado financiar y proporcionar todos los beneficios respectivos, como lo son las pensiones y menos aún que éstas deban cubrirse "con las aportaciones de los trabajadores en activo" y el subsidio del Gobierno Federal.

La falta de respeto de los principios de la seguridad social, ha generado suficiente evidencia empírica del error en el que se ha incurrido. Los problemas que se han producido se pueden ejemplificar con aquellos países que han modificado su sistema, empezando por Chile, nación que "innovó" en la materia:

En 2009, Argentina nacionalizó su hasta entonces privatizado sistema de pensiones. En 2007 y 2008, el Perú y el Uruguay permitieron que los trabajadores inscritos en los fondos privados de pensiones retornasen al régimen de reparto si cumplían con los requisitos de cotización para jubilarse de acuerdo con

⁴³ *Ibidem*, p. 225.

dicho régimen. En un intento por lograr un mejor equilibrio entre el seguro de pensiones basado en la solidaridad y el que se basa en el mercado, varios países (re) instauraron pensiones de vejez de carácter no contributivo financiadas con impuestos para las categorías pobres de la población. El caso de Chile es el que mejor ilustra esta tendencia, puesto que en ese país se aprobó, en 2008, una amplia reforma de las pensiones con el fin de proporcionar prestaciones universales y de carácter más equitativo 342 (En marzo de 2008, la ley núm. 20255 estableció una pensión solidaria universal de aproximadamente 150 dólares de los Estados Unidos, que complementa la jubilación privada en el caso en que esta última no alcance el nivel mínimo de pensiones, y una pensión de asistencia para aquellos que no estuvieron en condiciones de contribuir durante todo el curso de su vida laboral. Se espera que para 2012, el número de beneficiarios del Sistema Solidario sea aproximadamente de 1.200.000). En Colombia se creó en 2003 un fondo de pensiones basado en el principio de la solidaridad que otorga prestaciones de carácter no contributivo y complementa las cotizaciones de los trabajadores de bajos ingresos. En El Salvador se estableció una subvención para los jubilados que reciben pensiones de los fondos privados cuyo monto era inferior al que hubiesen recibido en virtud del régimen de reparto anterior.⁴⁴

En conclusión, se puede señalar que la resolución de la Corte analizó de manera insuficiente una serie de principios que le dan razón de ser a la seguridad social; cuya falta de respeto ha ocasionado que los Estados que han optado por los sistemas privados de pensión, tengan que dar marcha atrás a las reformas implementadas: el principio de solidaridad; el principio de

⁴⁴ *Ibidem*, p. 208-209.

responsabilidad del Estado; el principio de la participación de los involucrados en la administración de sus seguros y la necesaria exclusión del lucro en la administración de la seguridad social.

j) *El amparo en revisión y la equidad*

Por último, no quisiéramos dejar de señalar que quizás la discusión en torno a la nueva Ley del ISSSTE, no debió girar sobre la irretroactividad de la ley, los derechos adquiridos o la expectativa de derechos de los trabajadores, sino sobre un principio superior: la equidad.

Por equidad, habría que haberse preguntado si le podemos decir a un trabajador que lleva laborando más de 10 años en la administración pública, que ahora su expectativa de vida ha aumentado y que en consecuencia debe trabajar más años para poder contar con una pensión de retiro, cesantía en edad avanzada y vejez.

Por equidad deberíamos preguntarnos si le podemos decir a un trabajador que debe aumentar el monto de sus cotizaciones para recibir una pensión de retiro, cesantía en edad avanzada y vejez, porque lo que había aportado no es suficiente. Quién le garantiza, como ha sucedido en otros países, que su contribución no vuelva a aumentar.

Por equidad deberíamos preguntarnos si le podemos decir a un trabajador que ahora debe pagar cuotas superiores, trabajar más años y contar con una mayor edad para el retiro, cuando, dentro de la misma administración pública, un servidor público —Ministro, secretario de Estado o diputado— recibe en

un mes, más de lo que un trabajador podría recibir a lo largo de su vida.

La Corte no tomó en cuenta la equidad, como sí lo ha hecho en otros casos, por ejemplo en la contradicción de tesis referente a la indemnización de un cónyuge en un divorcio (24/2004-PS). En este caso, la Corte razonó en función de equidad y dejó de lado la irretroactividad de la ley para que el juez "... a la luz del caso concreto, pueda considerar necesaria para paliar la inequidad que puede producirse cuando se liquida el régimen de separación de bienes".⁴⁵ Quizás la equidad debió ser considerada por la Corte al analizar la constitucionalidad de la nueva Ley del ISSSTE.

⁴⁵ DIVORCIO. LA INDEMNIZACIÓN ESTABLECIDA EN EL ARTÍCULO 289 BIS DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, VIGENTE A PARTIR DEL 1.º DE JUNIO DE 2000, PUEDE RECLAMARSE EN TODAS LAS DEMANDAS DE DIVORCIO PRESENTADAS A PARTIR DE SU ENTRADA EN VIGOR, CON INDEPENDENCIA DE QUE EL MATRIMONIO SE HUBIERA CELEBRADO CON ANTERIORIDAD A ESA FECHA. La aplicación del citado artículo, que prevé que los cónyuges pueden demandar del otro, bajo ciertas condiciones, una indemnización de hasta el 50% del valor de los bienes que el cónyuge que trabaja fuera del hogar hubiere adquirido durante el matrimonio, no plantea problema alguno desde la perspectiva de la garantía de irretroactividad de la ley contenida en el artículo 14 de la Constitución Federal, cuando la misma se reclama en demandas de divorcio presentadas a partir de la entrada en vigor del mencionado precepto legal, con independencia de que el matrimonio se haya celebrado con anterioridad a esa fecha. El artículo en cuestión constituye una norma de liquidación de un régimen económico matrimonial que se aplica exclusivamente a las liquidaciones realizadas después de su entrada en vigor y, aunque modifica la regulación del régimen de separación de bienes, no afecta derechos adquiridos de los que se casaron bajo el mismo. Ello es así porque, aunque dicho régimen reconoce a los cónyuges la propiedad y la administración de los bienes que, respectivamente, les pertenecen, con sus frutos y acciones, no les confiere un derecho subjetivo definitivo e inamovable a que sus masas patrimoniales se mantengan intactas en el futuro, sino que constituye un esquema en el que los derechos de propiedad son necesariamente modulados por la necesidad de atender a los fines básicos e indispensables de la institución patrimonial, la cual vincula inseparablemente el interés privado con el público. Tampoco puede considerarse una sanción cuya imposición retroactiva prohíba la Constitución, sino que se trata de una compensación que el Juez, a la luz del caso concreto, pueda considerar necesaria para paliar la inequidad que puede producirse cuando se liquida el régimen de separación de bienes. El artículo citado responde al hecho de que, cuando un cónyuge se dedica preponderante o exclusivamente a cumplir con sus cargas familiares mediante el trabajo en el hogar, ello le impide dedicar su trabajo a obtener ingresos propios por otras vías, así como obtener la compensación económica que le correspondería si desarrollara su actividad en el mercado laboral; por eso la ley entiende que su actividad le puede perjudicar en una medida que parezca desproporcionada al momento de disolver el régimen de separación de bienes. Ejecutorias de 1.ª Sala, 1 de diciembre de 2004 (caso sentencia ejecutoria de Primera Sala, contradicción de tesis 24/2004-PS).