

CIUDADES VALENCIA

LIBRERIA DE LAS UNIVERSIDADES DE VALENCIA
MURTO ESPERANZA DE SERRAVALLO 23001
DE LOS DELEGADOS DE LA ESCUELA

LIBRERIA
DE LAS
UNIVERSIDADES
DE VALENCIA

622



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

Universidad Nacional Autónoma de México

Facultad de Derecho

**Jubilaciones y Pensiones en el nuevo régimen
de Seguridad Social
de los Trabajadores del Estado.**

T E S I S

Que para obtener el Título de Licenciado en Derecho

presenta

Rafael L. Cárdenas Valencia

• *A mi Padre y hermanos, con
ferviente veneración a
su memoria.*

• *A mi Madre con entrañable amor,
por su infinita ternura e inagota-
bles esfuerzos para hacer de mí
un profesionalista.*

• *A mis hermanos mayores, con
gratitud y cariño.*

41123

- *A mis queridos maestros, que con bondad y paciencia me enseñaron el camino para realizar una meta.*

CAPITULO I

DE LA JUBILACION

- 1.—Concepto gramatical.
- 2.—Definiciones doctrinarias.
- 3.—Nuestro concepto.
- 4.—Derecho a la jubilación.
- 5.—Derecho del jubilado.
- 6.—Caracteres esenciales de la jubilación.

DE LA JUBILACION

1.—CONCEPTO GRAMATICAL.—El vocablo jubilación, de acuerdo con su acepción gramatical, deriva de la palabra latina iubilatio onis, que significa "acción y efecto de jubilar o jubilarse"; y jubilar (iubilare) eximir del servicio, por razones de ancianidad o imposibilidad física, a la persona que desempeña o ha desempeñado algún cargo civil, señalándole pensión vitalicia o recompensa de los servicios prestados. Este concepto de la jubilación, aunque da los elementos constitutivos del instituto, no permite caracterizarlo con precisión por cuanto ese derecho está necesariamente sujeto a un determinado régimen legal.

2.—DEFINICIONES DOCTRINARIAS.—La jubilación ha sido objeto de estudio de varios autores, sin embargo podemos afirmar que no existe uniformidad conceptual en la doctrina administrativa, sobre este instituto de previsión social. De las diversas definiciones que han sido elaboradas por eminentes juristas, citaremos en primer término la de RAFAEL BIELSA; "La Jubilación —según expresa el maestro argentino— consiste en la continuación por parte del Estado, de la remuneración correspondiente al funcionario que cesó en el ejercicio de sus funciones por inhabilidad o incapacidad física, habiéndose cumplido las condiciones legales" —y continúa diciendo— la jubilación desde el punto de vista jurídico puede considerarse como un accesorio del sueldo, por cuanto sus caracteres esenciales son la asignación fija, periódica y proporcional al sueldo ¹.

En nuestra opinión, la jubilación no debe ser considerada como un accesorio del sueldo, aunque conserve algunos de los caracteres de éste, puesto que tanto el sueldo como sus accesorios (sobre-sueldo, viáticos, gastos de representación, gratificaciones, etc.), son compensaciones que se dan al servidor público durante la prestación del servicio, en cambio la jubilación le es concedida en el momento en que deja de prestarlo, siempre que se encuentre en los supuestos que la Ley consigna y haya satisfecho los requisitos que ella misma señala. O dicho de otra manera, si observamos la relación de empleo público, en su desarrollo normal desde su creación hasta su extinción, y lo que respecta al tratamiento económico del trabajador público, encontramos

1 Bielsa Rafael, Derecho Administrativo, 5a. Ed. T. III, Pág. 156.

RIOU, la situación del empleado que sin llegar a cumplir el mínimo de tiempo de servicios —que la ley establece para jubilarse— causa baja en el empleo por cese o por renuncia y sólo se le concede una indemnización global equivalente a la suma de las cuotas, que por concepto de jubilación y otros, le fueron descontadas de su sueldo, más un mes o dos del último sueldo básico, de acuerdo con el número de años de servicios que hubiese prestado dicho trabajador. También nos parece inaceptable la definición de la jubilación como "sueldo diferido" porque el propio trabajador contribuye con las cuotas obligatorias que le son descontadas de su sueldo a la formación del Patrimonio del Instituto con cargo al cual son pagadas las jubilaciones (Art. 30 y 118 de la Ley del I.S.S.T.E.).

Por último, creemos conveniente citar la opinión del jurista español ROYO VILLANOVA, quien en su obra "Elementos de Derecho Administrativo", al referirse al carácter de la pensión afirma: "La pensión viene a ser una continuación del estipendio, por considerarse que el funcionario no resulta suficientemente retribuido con el sueldo y no ha podido asegurarse la subsistencia propia para la vejez, ni prevenir económicamente la contingencia de su muerte para proveer a las necesidades de la familia —y continúa diciendo— la pensión, pues es una prolongación del sueldo por suponerse que el trabajo del funcionario se retribuye en dos veces: con el sueldo activo y con el haber pasivo. Para suprimir éste habría que retribuir al funcionario de una vez, aumentándole el sueldo, y abandonando a su previsión el porvenir propio y el de su familia" ³.

Las mismas críticas que hicimos al analizar el concepto de jubilación como sueldo diferido, de HAURIUO, son válidas por lo que respecta a la tesis que acabamos de exponer, añadiendo solamente otra que Royo Villanova emplea el término pensión como la cantidad que abona el tesoro a las clases pasivas (jubilados y pensionados), sin hacer, a nuestro modo de ver, una clara distinción entre, los términos que caracterizan a los derechos de jubilación y pensión, pues en algunas ocasiones se expresa: "La pensión que cobra el empleado cuando su separación es definitiva se llama jubilación"; y luego al referirse al derecho a pensión dice: "para que los empleados civiles tengan derecho a pensión como jubilados es indispensable que, además de haber pa-

³ Royo Villanova Antonio, "Elementos de Derecho Administrativo", 24a. Ed. T. I. Págs. 163 y sigs.

inventor, o de un investigador científico, etc., esto no quiere decir que las jubilaciones establecidas por la ley sean acordadas por gracia del Estado o que constituyan un privilegio.

Basta citar algunos preceptos de nuestra ley del I.S.S.S.T.E. en vigor, para comprobar que es ella misma quien establece la jubilación como un derecho; así en el Art. 63 de dicho Ordenamiento categóricamente se expresa:

"El derecho a la jubilación y a la pensión por vejez, invalidez o muerte nace cuando el trabajador o sus familiares derechohabientes se encuentren en los supuestos consignados en esta Ley y satisfagan los requisitos que la misma señala..."

Y en su artículo 119 dice:

"Los trabajadores contribuyentes no adquieren derecho alguno ni individual ni colectivo al Patrimonio del Instituto, sino sólo a disfrutar de los servicios que esta Ley concede".

De las disposiciones legales que hemos reseñado se infiere pues, que la Ley consagra un verdadero derecho para el trabajador y sus familiares y bastaría para el caso la interpretación del citado artículo 119, según el cual, si bien el descuento no da derecho ni individual ni colectivo al empleado sobre el Patrimonio del Instituto, sí lo crea para obtener jubilación y pensión, así como también para gozar de los demás servicios establecidos en la propia Ley.

b).—Al trabajador público.—Este derecho es privativo de los trabajadores al servicio del Estado y, por ende, excluye a los demás trabajadores que no prestan sus servicios al mismo, como se deduce del Art. 1o. de la Ley a que nos estamos refiriendo, que dice:

"La presente Ley se aplicará a los trabajadores al servicio civil de la Federación, del Departamento del Distrito Federal, y de los Territorios Federales; a los trabajadores de los organismos públicos que por ley o por acuerdo del Ejecutivo Federal sean incorporados a su régimen; a los pensionistas de las entidades y organismos públicos, etc."

Y en su Art. 2o. aclara quiénes se consideran trabajadores al expresar:

"Para los efectos de esta Ley se entiende por trabajador a toda persona que habiendo cumplido 18 años, preste sus servicios a las entidades y organismos mencionados, mediante designación legal, siempre que sus cargos y sueldos estén consignados en los presupuestos respectivos."

c).—Para que separado de su empleo o función.—Se entiende desde luego, que para poder disfrutar del derecho de jubilación el trabajador debe estar separado del servicio, pues este derecho le ha sido concedido por la Ley para protegerlo en su vejez o inhabilitación, por eso se ha dicho que la jubilación es un instituto de previsión social. Todo lo anterior se desprende de lo establecido por los artículos 72 y 80 de la Ley, que expresan:

"Art. 80.—El derecho al pago de la pensión por vejez comenzará años o más de servicios e igual tiempo de contribución al Instituto, en los términos de esta ley, cualquiera que sea su edad.

La jubilación dará derecho al pago de una cantidad equivalente al 100% del sueldo regulador que se define en el artículo 79 y su percepción comenzará a partir del día siguiente a aquél en que el trabajador hubiera disfrutado el último sueldo por haber causado baja."

"Art. 72.—Tienen derecho a la jubilación los trabajadores con 30 a partir del día siguiente a aquél en que el trabajador hubiese percibido el último sueldo por haber causado baja."

d).—Por haber cumplido las condiciones y requisitos que ella misma establece.—Podemos sintetizar en dos puntos, las condiciones y requisitos que señala la Ley para poder disfrutar del derecho de jubilación:

Primero.—Por haber cumplido el trabajador cincuenta y cinco años de edad siempre que hubiere contribuido al Instituto durante quince años, como mínimo (Art. 73).

Segundo.—Por inhabilitación, que puede ser por causa del servicio o ajena al desempeño del cargo o empleo, pero sin culpa del trabajador; en el primer caso, no interesa el tiempo que el trabajador haya estado en funciones, en cambio en el segundo, sólo si hubiere prestado, por lo menos, quince años de servicios y contribuido al Instituto durante el mismo período.

e).—Continúe percibiendo durante su vida, una cantidad periódica de dinero.—Hemos usado en el concepto de jubilación propuesto, estas palabras, porque como ya se dijo en el punto tercero de este análisis, el trabajador con derecho de jubilación empieza a disfrutar de ésta en el momento que se retira voluntariamente o causa baja en el servicio, de donde se infiere que el jubilado no deja de percibir, en ningún momento durante su vida una cantidad periódica de dinero.

Dado el carácter que tiene la jubilación de renta alimentaria a la par que el sueldo, si ésta no se pagara en forma continua al momento en que deja de percibirse aquél, perdería tal carácter porque el trabajador se encontraría en situación precaria para subvenir sus necesidades vitales.

4.—DERECHO A LA JUBILACION.—El derecho a la jubilación nace con la relación de empleo público a partir del momento en que empiezan a efectuarse los descuentos del sueldo del trabajador, que la Ley ordena, para contribuir al Patrimonio con cargo al cual son pagadas dichas jubilaciones.

Como ya dijimos con antelación la jubilación es un derecho que nace ex lege, por consiguiente en ningún caso puede tener su origen en un contrato expreso o tácito entre el Estado y el servidor público. Esto se deduce por la naturaleza de orden público que tiene la relación de empleo, pues ella se encuentra regida exclusivamente por el Derecho Público.

El derecho a la jubilación sólo constituye una expectativa, que se perfecciona en el momento en que se cumplen los requisitos legales; edad, antigüedad en el servicio o incapacidad física, es decir, la expectativa de derecho que tiene el trabajador para jubilarse, se convierte en un derecho adquirido por él cuando ha cubierto todos los requisitos que consigna la propia Ley.

Si pensamos en la posible modificación de la legislación jubilatoria en cuanto a las condiciones requeridas para la adquisición de este derecho, surge la siguiente cuestión; ¿Qué Ley deberá aplicarse? ¿Será la Ley vigente en el momento de la constitución de la relación de empleo o la Ley en vigor en el momento de otorgar este derecho?

De acuerdo con la teoría de PETROZZIELLO —aceptada por nosotros— la relación de empleo público se constituye por un acto bilateral, pero creado el *vinculum iuris* aquella queda regulada hasta su extinción por actos unilaterales de la Administración Pública, y el trabajador durante el desarrollo de la misma queda sujeto a un status general, impersonal y objetivo. Esta bilateralidad de voluntades —expone su autor— se traduce en la realidad en un proceso que tiene dos momentos distintos: el primero está constituido por el acto unilateral de la Administración Pública: el nombramiento; el segundo, por el acto unilateral del individuo nombrado: la aceptación.⁵ Es evidente que la voluntad del particular, no puede ser subestimada como un mero accidente o condición para la constitución del *vinculum iuris*, toda vez que el acto unilateral del nombramiento carece de eficacia jurídica sin la aceptación del individuo nombrado.

Según la autorizada opinión de ROMANO, estos dos actos no se fusionan para dar lugar a un contrato, permanecen siendo actos unilaterales y distintos⁶ sin embargo, considera PETROZZIELLO que es preferible admitir que se trata de un acto único, constituido por dos elementos: declaración de voluntad del ente público; declaración de voluntad del individuo. La opinión de este autor tiene más consistencia jurídica. Los dos actos unilaterales ab initio se fusionan en el momento mismo de la aceptación, en un sólo acto de carácter bilateral.

En la tesis expuesta, el acto bilateral no implica la figura del contrato, aunque se denomine de derecho público. Como acertadamente nos señala JEZE "todo contrato es un acuerdo de voluntades; pero no todo acuerdo de voluntades es un contrato. El acuerdo de voluntades no es un contrato propiamente dicho, sino cuando: 1o.—El efecto jurídico querido es la creación de situaciones jurídicas individuales; 2o.—Las voluntades concordantes emanan de individuos que quieren producir cada uno efectos jurídicos propios y distintos."⁷

5 Petrozziello M. *Il Rapporto di Pubblico Impiego*. Págs. CIII y CIV.

6 Romano Santi, *Corso di Diritto amministrativo*, Padova 1932. T. I. Pág. 108.

7 Jéze, *Les Principes Généraux du Droit Administratif*. T. I. Pág. 42.

De lo anterior podemos concluir que, las condiciones exigidas —por la ley vigente en el momento de la constitución de empleo— para el derecho a la jubilación, pueden ser cambiadas a favor o en contra del trabajador público por una ley posterior. Esto se afirma, en virtud de que, no existe obstáculo de orden jurídico para la modificación del régimen jubilatorio cuando no afecta derechos adquiridos, es decir, si el derecho a la jubilación, como se ha dicho, es sólo un derecho en expectativa, no existe retroactividad en la aplicación de la Ley nueva que establezca condiciones distintas para adquirir ese derecho. Por otra parte, si el derecho a la jubilación no es un derecho adquirido y por lo tanto no está incorporado al patrimonio del trabajador, queda sujeto a la Ley en vigor en el momento en que la jubilación es concedida.

5.—DERECHO DEL JUBILADO.—Una vez concedida la jubilación por el órgano competente del Estado, o habiéndose reunido por el trabajador las condiciones establecidas por la Ley, se convierte el derecho a la jubilación de simple expectativa en un derecho adquirido, constituyéndose así el derecho del jubilado; éste es ya un derecho adquirido *ad vitam* e irrevocable, que se incorpora al patrimonio del trabajador en definitiva y solamente se suspende o extingue por las causas expresamente determinadas por la Ley.

“La concesión de la jubilación —según la opinión de SARRIA— es irrevocable, aunque tuviera errores suficientes para causar su nulidad. En este supuesto —dice— la administración pública no puede revocar per se el derecho a la jubilación, debe perseguir su anulación por las vías jurisdiccionales. Sólo puede corregir errores aritméticos o materiales, pero no de conceptos.” *. En principio podemos decir que estamos de acuerdo con la opinión de este autor, respecto a la irrevocabilidad del acto concesorio de la jubilación, a pesar de que la nueva Ley del I.S.S.T.E. en sus Arts. 110 frac. IV y 114, faculta expresamente a la Junta Directiva para revocar las jubilaciones y pensiones, nosotros pensamos que esto se debe a un descuido del propio legislador que empleó el término revocar debiendo haber empleado el término anular. Las razones que nos inducen a pensar de esta manera son las siguientes:

8 Sarria, Derecho Administrativo, 3a. Ed. T. I. Pág. 124. Córdoba 1946.

El Art. 110 de la Ley del I.S.S.S.T.E., que dice: "Corresponde a la Junta Directiva: Frac. IV.—Conceder, negar, suspender, modificar y **revocar** las jubilaciones y pensiones en los términos de esta Ley". Substituyó al Art. 119 de la anterior Ley de Pensiones Civiles vigente hasta el 31 de diciembre de 1959, que establecía: "Corresponde a la Junta Directiva: Frac. IV.—Conceder las pensiones; efectuar la revisión de las mismas en los términos de esta Ley, y vigilar que no se perciba pensión por persona que no tuviere derecho a ella o cuyo derecho hubiere caducado o prescrito."

Por otra parte el Art. 70 de la abrogada Ley de Pensiones Civiles establecía: "Cuando se descubriere que son falsos los hechos o documentos que hayan servido de base para conceder una pensión se procederá por la Junta Directiva a la respectiva revisión y se exigirá en su caso las responsabilidades correspondientes."

Por último el Art. 114 de la Ley del I.S.S.S.T.E. vigente, que dice: "Los acuerdos de la Junta Directiva por los cuales se concedan, nieguen, modifiquen, suspendan o **revoquen** las jubilaciones y pensiones a que esta Ley se refiere, serán revisados de oficio por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para que puedan ser ejecutados." Substituyó al Art. 131 de la Ley de Pensiones Civiles que establecía: "Los acuerdos de la Junta Directiva por los cuales se conceden modifiquen o **declaren insubsistentes** las pensiones, a que esta Ley se refiere, serán revisados de oficio por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para que puedan ser ejecutados."

Como es fácil observar a través de un somero examen de las disposiciones en cuestión, podemos afirmar que, la intención del Legislador Mexicano ha sido la de velar porque los derechos de jubilación y pensión sean ejercitados precisamente por las personas fijadas en la propia ley y que han cubierto los requisitos que ella misma establece, facultando al propio órgano que concede estos derechos (Junta Directiva) para anularlos en caso de error en cuanto a la persona o en el caso de ser falsos los hechos o documentos que sirvieron de base para conceder la jubilación o pensión. Sin embargo no podemos aceptar la revocación de estos derechos porque de ser así, se vendría por tierra la tesis que hemos venido sosteniendo de que el derecho del jubilado o del pensionista (que ha llenado todos los requisitos que la

Ley señala) constituyen verdaderos derechos adquiridos. Este criterio ha sido también sostenido por nuestra Suprema Corte de Justicia como lo demostraremos más adelante al exponer el problema relativo al contenido patrimonial de la jubilación y pensión.

Por otra parte desde un punto de vista teleológico jurídico, podemos afirmar que tampoco es aceptable la revocabilidad de la jubilación y pensión, puesto que, el fin primordial que se tuvo en consideración para instituir estos derechos de los trabajadores, fué el de asegurarlos económicamente, por decirlo así, en su vejez o inhabilitación y a sus deudos desde el preciso momento en que falleciere el trabajador ya que éste, por regla general constituye el sostén económico de la familia.

Aceptar la tesis de la revocación de las jubilaciones y pensiones establecidas por los artículos 110 Frac. IV y 114 de la Ley del I.S.S.S.T.E., sería tanto como hacer nugatorios, en cierto momento estos derechos, pues con ello se crearía un estado de inseguridad para los trabajadores, que es precisamente lo que trata de evitar el legislador en todos y cada uno de los lineamientos establecidos por la Ley del I.S.S.S.T.E., que es un ordenamiento eminentemente **protector** de la seguridad social de los trabajadores del Estado, como su propio nombre lo indica.

Nosotros apoyamos, la teoría argentina de que, la concesión de la jubilación o pensión por el órgano competente debe hacer cosa juzgada administrativa, es decir, que la fijeza de este acto debe ser permanente, y no estar sujeta a alteraciones nocivas para el trabajador, ya que como derechos de seguridad social, que tienen las características de renta alimentaria no pueden en ningún momento, ni so pretexto de interés público ser revocados por la autoridad concesoria, pues nosotros consideramos que estos derechos del trabajador como la percepción del sueldo son indispensables para la supervivencia del trabajador y sus familiares, así, con mayor razón del jubilado que por motivos de invalidez o vejez ha puesto todos sus esfuerzos en el trabajo y por tanto debe ser recompensado para asegurar una vejez fuera de zozobra e intranquilidad económica para él y sus familiares, pues de lo contrario, si aceptamos la revocación de la jubilación o pensión, dejamos al garete el destino de dichos derechos y consecuentemente el destino

del trabajador público, que ha dejado la mayor parte de su vida al servicio del Estado, en una situación de inseguridad que repugna a la más leve consideración de justicia social.

Por último, sostenemos el criterio de la irrevocabilidad de la jubilación y pensión, porque aunque la nulidad y revocación constituyen medios semejantes para eliminar un acto anterior del mundo jurídico, existen entre ambas instituciones una característica substancial que las distingue; en efecto mientras que la anulación está destinada a dejar sin efecto un acto inválido, o sea un acto que desde su origen tiene un vicio de legitimidad, la revocación sólo procede respecto de actos válidos, es decir, de actos que en su formación dejaron satisfechas todas las exigencias legales. Además y derivando de esa diferencia aparecen otras que se refieren a los motivos, a la naturaleza del acto y a sus efectos que completan tanto el concepto de la revocación como el de la anulación. Mientras que el motivo de la revocación es posterior a la emisión del acto y se refiere a consideraciones de oportunidad, o sea a la coincidencia del acto en momentos sucesivos con el interés público, la anulación deriva del vicio original de la ilegalidad que afectó el acto al nacer.

En tanto que el acto de revocación es un acto de naturaleza constitutiva, el de anulación lo es de naturaleza declarativa, y finalmente, y como consecuencia de ese diverso carácter mientras la revocación por regla general, sólo elimina a partir de ella los efectos del acto revocado, la anulación normalmente los elimina retroactivamente desde la fecha del acto anulado.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia argentina afirman el principio de la irrevocabilidad del derecho jubilatorio en sí mismo. Desde el momento en que la jubilación es acordada por el órgano administrativo competente, y en su caso, por sentencia judicial ejecutoriada, el derecho a la jubilación se ha convertido en un derecho adquirido.

Ninguna Ley posterior podría establecer nuevas condiciones de edad o de servicio, por ejemplo, con efecto retroactivo para el jubilado⁹. Este principio ha sido aceptado por nosotros, por lo que, enseña nos ocuparemos de los problemas que se presentan con relación al contenido patrimonial de la jubilación, es decir del monto de la

⁹ Goñi Moreno, J. Ma., *Las jubilaciones y Pensiones Civiles de la Nación*, op. cit. Pág. 91; Buenos Aires 1942.

misma ¿puede jurídicamente ser modificado por una ley nueva? Ya asentimos que lo irrevocable es el derecho del jubilado; lo discutible es ahora, la inmutabilidad del cuántum del beneficio.

Esta cuestión, muy controvertida por cierto, puede plantearse en los siguientes términos: ¿constituye o no un derecho adquirido el haber jubilatorio, esto es, la cuota mensual de la jubilación? ¿Es o no modificable por causas de interés general?

En opinión de SARRIA, la jubilación por ser un derecho patrimonial perfecto no puede ser desconocido ni cercenado por leyes posteriores a su adquisición, porque éstas no han de aplicarse retroactivamente, ya que no son de orden público. Las fluctuaciones económicas —agrega— pueden determinar, en una crisis, reducciones o suspensiones, pero ellas deben ser temporarias, nunca definitivas y los haberes no abonados quedar como créditos del jubilado contra la Institución. ¹⁰.

Nuestra Suprema Corte de Justicia ha sustentado las siguientes conclusiones, en su ejecutoria de 10 de abril de 1929, recaída en el juicio de amparo promovido por Perfecto Ticó, contra actos de la Secretaría de Hacienda, consistentes en que ésta redujo a \$4.00 diarios la jubilación de \$8.00 diarios que se le había otorgado al quejoso, por prestación de servicios durante más de 35 años:

"a).—La pensión constituye un complemento de la justa retribución debida a un servidor público.

b).—Se sostiene que el concepto jurídico de la pensión, es el de considerar a ésta como un derecho del servidor público, en el que existen dos fases fundamentales: cuando consiste en una mera expectativa y cuando constituye un derecho adquirido. "Es una simple expectativa, cuando el Estado no ha declarado expresa o individualmente el derecho o cuando el empleado o funcionario está en vías de llenar todas las condiciones que las leyes fijan para alcanzar la pensión. Es un derecho adquirido cuando ya lo ha declarado así el Estado, o cuando el empleado o funcionario ha llenado aquellas condiciones, aun cuando no concurra declaratoria concreta al caso individual; entonces, el Derecho entra, por lo mismo, en el patrimonio del jubilado, caracterizándose ya como un derecho individual".

10 Sarria, op. cit. Pág. 244.

c).—El acto de otorgamiento de una pensión es un acto administrativo y constituye un acto por el cual el Estado, como soberano, reconociendo el derecho del jubilado, se impone el cumplimiento de la obligación correlativa.

d).—Por último, se afirma que, aún en el supuesto no admitido de que se considere a la pensión como un acto de gracia del Estado, en el momento de otorgársela se ejecuta un acto administrativo, cuyos efectos son definir en favor del beneficiario una situación de derechos adquiridos. "Puesto que cualquier acto administrativo una vez que produce derechos civiles adquiere el carácter de irrevocable, precisamente por producir efectos de orden patrimonial".

La Tesis de que una vez otorgada una pensión ingresa al patrimonio el derecho a percibirla y no puede ser retirada sino por autoridad competente y de acuerdo con la Ley que fundó su otorgamiento, ha sido sostenida por diversas sentencias de la Suprema Corte de Justicia (S.J. de la F., Tomo XXV, Pág. 1890, páginas 511 y 1447, y Tomo XLII, Pág. 1962 y 3525).

Por todo lo expuesto concluimos que una vez otorgada la jubilación no puede disminuirse el monto de la misma por una Ley nueva, ya que se aplicaría retroactivamente en perjuicio del jubilado violándose así la garantía individual consagrada por el artículo 14 de nuestra Ley Máxima que establece: "A ninguna Ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna".

6.—CARACTERES ESENCIALES DE LA JUBILACION.—El contenido económico de la jubilación que tiende a asegurar una renta alimentaria al trabajador público fuera de actividad tiene consecuencias jurídicas que constituyen notas específicas de este Instituto. Nuestra Ley del I.S.S.S.T.E. protege el contenido patrimonial de la jubilación impidiendo su embargo total así como la suspensión de su goce sin causa jurídica. De acuerdo con las disposiciones de la Ley citada tenemos pues los siguientes caracteres esenciales de la jubilación:

a).—La jubilación es personal, es decir constituye un derecho personal, que no puede ser ejercido sino únicamente por el trabajador público. Ningún tercero puede ejercerlo bajo título alguno. El derecho a

percibir una jubilación nace a instancia del interesado, aunque el trabajador haya llenado los requisitos establecidos por la Ley (edad y tiempo de servicios) porque es esencialmente personal.

b).—La jubilación no es renunciable.—Esto se deduce del espíritu general de nuestra Ley del I. S. S. T. E. y del carácter proteccionista que élla tiene, para los servidores públicos. Se puede afirmar por otra parte, que la jubilación no es renunciable, porque ésta no nace de la voluntad del jubilado, sino directamente ex lege. De la interpretación a contrario sensu del artículo 95 de la propia Ley que dice:

"Al trabajador que sin tener derecho a pensión por vejez o invalidez, se separe definitivamente del servicio, se le otorgará, en sus respectivos casos, una indemnización global equivalente a:

I.—El monto total de las cuotas con que hubiese contribuido de acuerdo con la fracción II del artículo 15, si tuviese de uno a cuatro años de servicios;

II.—El monto total de las cuotas que hubiere enterado en los términos de la fracción II del artículo 15, más un mes de su último sueldo básico según lo define el artículo 14, si tuviese de cinco a nueve años de servicios;

III.—El monto total de las cuotas que hubiere pagado conforme al mismo precepto, más dos meses de su último sueldo básico, si hubiese permanecido en el servicio de diez a catorce años.

Si el trabajador falleciera sin tener derecho a las pensiones mencionadas, el Instituto entregará a sus familiares derechohabientes el importe de la indemnización global".

Podemos concluir, que el trabajador con derecho a jubilación que se separe definitivamente del servicio no podrá retirar los descuentos que se le hubieren efectuado, por lo tanto, el derecho de jubilación subsiste y no puede renunciarse.

c).—La jubilación es ad vitam.—La jubilación es vitalicia, sólo puede ser suspendida o extinguida por las causas que expresamente determina la Ley. Debe ser pagada desde el día en que el trabajador causa baja en el servicio hasta el día de su muerte. (Art. 80).

d).—La jubilación no puede ser objeto de cesión.—Dado el carácter de renta alimentaria que tiene la jubilación no se concibe que pueda ser cedida. La ley del I. S. S. S. T. E. vigente en su Artículo 70 establece: "Es nula toda enajenación, cesión o gravámen de las pensiones que esta Ley establece..."

e).—La jubilación no puede ser objeto de embargo total. El mismo Artículo 70 de la Ley del I. S. S. S. T. E. expresa: "que las pensiones devengadas o futuras serán inembargables, y sólo podrán ser afectadas para hacer efectiva la obligación de ministrar alimentos o por mandato judicial o para exigir el pago de adeudos con el Instituto con motivo de la aplicación de esta Ley". Esta limitación de embargo se fundamenta en la necesidad de asegurar los fines de amparo social que establece la propia Ley.

CAPITULO II

DE LA PENSION

- 1.—Concepto gramatical.
- 2.—Definición doctrinaria.
- 3.—Nuestro concepto.
- 4.—Derecho a la pensión.
- 5.—Pensiones de Derecho y
Pensiones Graciables.
- 6.—Analogías y diferencias de
orden jurídico legal entre
la Jubilación y la Pensión.

DE LA PENSION

Aunque los términos jubilación y pensión han sido siempre usados por nuestra Ley, doctrina y jurisprudencia como sinónimos, nosotros pretendemos en este trabajo separarlos y darles un significado propio que nos sirva para diferenciarlos entre sí, y con ello si es posible, allanar el estudio de la Ley de la Materia.

1.—CONCEPTO GRAMATICAL.—La palabra pensión proviene del latín pensio-onis que significa, cantidad anual que se asigna a una persona por méritos o servicios propios o extraños, o bien por pura gracia del que la concede. Es claro que esta acepción de la pensión que nos da el diccionario y que es la conocida y aceptada por la generalidad, resulta insuficiente para determinar su concepto jurídico, como tendremos oportunidad de comprobarlo durante el desarrollo del presente capítulo.

2.—DEFINICION DOCTRINARIA.—Es sin duda, BIELSA, en nuestro concepto, el tratadista que ha definido con mayor acierto este instituto al expresar: "La Pensión es un derecho pecunario que la Ley acuerda a determinados parientes, con calidad de herederos forzosos, del funcionario o empleado que haya tenido derecho a la jubilación" ¹¹ Es decir, es un derecho que nace para los herederos —expresamente determinados por la Ley— a la muerte del trabajador que haya tenido derecho de jubilación.

El maestro FRAGA en su obra de Derecho Administrativo se refiere a ciertas ventajas pecuniarias que con el nombre de pensiones se han establecido en la Ley en beneficio de los empleados y funcionarios que han dejado de serlo y eventualmente en favor de las personas que tienen determinados vínculos con quienes tuvieron aquella calidad —y continúa diciendo— las pensiones se otorgan en beneficio del empleado en los casos de que el derecho a ella se origine por vejez o por inhabilitación, y en favor de los deudos en el caso de que la causa sea el fallecimiento. Pero los deudos del funcionario pueden también tener derecho a pensión además del caso anterior, cuando los funcionarios con derecho a pensión fallecieran sin haberla solicitado o antes de haberla obtenido o comenzado a disfrutarla y en el caso de que

¹¹ Bielsa, op. cit. Pág. 182.

sean deudos de los trabajadores que hubieren pasado a ser pensionistas por vejez o inhabilitación en el servicio ¹². Como vemos también el maestro Fraga emplea los términos pensión y pensionista como sinónimos de jubilación y jubilado, sin embargo nosotros insistimos en que es más conveniente darles un significado propio, aunque son dos derechos que se encuentran íntimamente vinculados, de tal manera que no se concibe a la pensión sin la pre-existencia del derecho de jubilación. Anticipando algunos conceptos podemos afirmar que la pensión ha sido establecida por el legislador con los mismos fines de amparo social que la jubilación, extendiendo su esfera de protección a la familia del trabajador público, que al fallecer, queda en situación económica precaria.

Bajo la terminología, (derechos pasivos) —dice— García Oviedo, se comprenden las ventajas económicas que disfrutaban ciertas personas que ya no prestan servicios al Estado o que no los prestaron nunca, pero que se hayan ligados por razón de parentesco, con quienes fueron funcionarios públicos. . . . Los primeros se llaman jubilados o retirados, los segundos pensionistas o pensionados ¹³.

3.—NUESTRO CONCEPTO.—Siguiendo la definición que de la Pensión da BIELSA hemos elaborado el siguiente concepto que analizaremos conforme a lo dispuesto en nuestra propia Ley: La pensión es un derecho patrimonial que la Ley establece, en favor de determinados deudos del trabajador público, que fallece en estado de jubilado o con derecho a la jubilación.

Descomponiendo en sus elementos la definición propuesta tenemos:

1o.—La pensión es un derecho patrimonial. . . Se dice que este derecho es de carácter patrimonial porque es susceptible de apreciación en dinero, es decir, si la pensión consiste en el derecho que tienen ciertos deudos del trabajador público a percibir el pago de una suma periódica de dinero durante el tiempo que la Ley fija, es indudable que ésta se traduce en un derecho patrimonial o pecuniario para dichos deudos. Por otra parte, podemos afirmar que la pensión a la par que la jubilación y el sueldo, tiene un carácter esencialmente alimentario.

12 Gabino Fraga, *Derecho Administrativo*. 4a. Ed. Pág. 272.

13 García Oviedo, Carlos. *Instituciones de Derecho Administrativo*. Pág. 182. Sevilla 1927.

2o.—Que la ley establece. . . — La pensión como la jubilación es un derecho que nace por la Ley, esto se deduce de la interpretación del Art. 63 de la Ley de la Materia que categóricamente expresa:

“El derecho a la jubilación y a la pensión por vejez, invalidez o muerte nace cuando el trabajador o sus familiares derechohabientes se encuentren en los supuestos consignados en esta Ley y satisfagan los requisitos que la misma señala”.

3o.—En favor de determinados deudos del trabajador público. Se ha dicho en nuestra definición que el derecho a pensión sólo se concede a determinados deudos, porque la ley en forma limitativa establece las personas que han de disfrutar de este derecho. Lo anterior se desprende del texto del artículo 89 de la Ley que dice:

“El orden para gozar de las pensiones a que se refiere este capítulo será el siguiente:

I.—Esposa supérstite e hijos menores de 18 años ya sean legítimos, naturales, reconocidos o adoptivos;

II.—A falta de esposa legítima, la concubina, siempre que hubiere tenido hijos con ella el trabajador o pensionado, o vivido en su compañía durante los cinco años que precedieron a su muerte y ambos hayan estado libres de matrimonio durante el concubinato. Si al morir el trabajador tuviere varias concubinas ninguna tendrá derecho a pensión;

III.—El esposo supérstite siempre que a la muerte de la esposa trabajadora o pensionada fuese mayor de 55 años o esté incapacitado para trabajar y hubiere dependido económicamente de ella;

IV.—A falta de cónyuge, hijos o concubina, la pensión por muerte se entregará a los ascendientes en caso de que hubiesen dependido económicamente del trabajador o pensionado, durante los cinco años anteriores a su muerte.

La cantidad total a que tengan derecho los deudos señalados en cada una de las fracciones, se dividirá por partes iguales entre ellos. Cuando fuesen varios los beneficiarios de una pensión y alguno de ellos perdiese el derecho, la parte que corresponda será repartida proporcionalmente entre los restantes”.

40.—Que fallece en estado de jubilado o con derecho a la jubilación.—Tanto los deudos del trabajador jubilado como los del que fallece con derecho a la jubilación, tienen derecho a percibir pensión; y en este último caso, podemos afirmar, que nuestra Ley lleva aún más adelante su protección a los deudos del trabajador, puesto que, no sólo les concede la pensión en el caso en que éste al fallecer ya hubiere adquirido el derecho a la jubilación, o sea, después de haber cumplido como mínimo quince años de servicios y haber llegado a los 55 años de edad o haber sufrido inhabilitación, sino que la otorga además, a los deudos del trabajador que fallece por causas ajenas al servicio y sin que hubiere cumplido los 55 años de edad, con el único requisito que hubiere prestado servicios por más de quince años y contribuido al Instituto, por el mismo período; tanto este derecho como el derecho a pensión que tienen los deudos del trabajador jubilado está claramente establecido en el Artículo 88, que a la letra dice:

“La muerte del trabajador por causas ajenas al servicio, cualquiera que sea su edad, y siempre que hubiera contribuido al Instituto por más de quince años, así como la de un pensionado por vejez e invalidez, darán origen a las pensiones de viudez y de orfandad o pensiones a los ascendientes, en su caso, según lo previene esta ley. El derecho al pago de esta pensión se iniciará a partir del día siguiente de la muerte de la persona que haya originado la pensión”.

4.—DERECHO A LA PENSION.—Las ventajas económicas que surgen con motivo de la relación de empleo público no terminan, en la mayoría de los casos, con la extinción de ésta, pues como vimos anteriormente el derecho a la jubilación que se va gestando durante el desarrollo de dicha relación, se convierte en derecho a pensión para determinados parientes del trabajador que fallece en estado de jubilado o con derecho a la jubilación.

Podemos decir que el derecho a la pensión nace en el momento de la muerte del causante jubilado o con derecho a la jubilación. Surge ex lege y no por la voluntad del causante. Las disposiciones del Código Civil relativas a las sucesiones son inaplicables en cuanto al orden y alcance del derecho a percibir pensión, puesto que la Ley del I. S. S. S. T. E., en forma limitativa establece no sólo las personas sino el orden en que éstas pueden disfrutar de ese derecho, a diferencia de

lo que ocurre en la Legislación Civil, en donde el testador tiene absoluta libertad para designar a sus herederos, pudiendo ser no sólo sus parientes sino cualquier persona extraña.

Por las razones que acabamos de exponer, podemos concluir que la pensión es un derecho personal y no un derecho hereditario. La Ley no define su naturaleza jurídica, pero ella se infiere de la ratio juris que la informa.

El derecho a la pensión constituido para los deudos del trabajador público es otro de los medios de protección social que el Estado se ha visto obligado a prestar a sus servidores con el objeto de evitar que al fallecer éstos, sus deudos queden desamparados económicamente para satisfacer sus más imperiosas necesidades.

5.—PENSIONES DE DERECHO Y PENSIONES GRACIABLES.—Las pensiones de derecho son las que hemos venido estudiando en los incisos precedentes, es decir, aquellas cuyo otorgamiento se verifica de acuerdo con una Ley preestablecida (Ley del I.S.S.T.E.) en favor de los derecho-habientes del trabajador jubilado o con derecho a hacerlo, en cambio las pensiones graciables son las que como su nombre lo indica, se conceden por simple gracia o sea sin sujeción a preceptos.

Las pensiones graciables, a diferencia de lo que acontece con las pensiones de derecho, son otorgadas en ciertos casos, por el órgano competente del Estado (Poder Ejecutivo o Congreso de la Unión) en favor de la persona que ha prestado servicios extraordinarios a la Nación, y en algunos otros se abonan en favor de sus descendientes.

La concesión de las pensiones graciables, es como podemos darnos cuenta, por causas muy distintas a las que sirven de base a las pensiones de derecho, tales como: el haber prestado servicios eminentes a la Patria o a la humanidad, como es el caso de los héroes o beneméritos que ofrecieron su vida por la Patria en los campos de batalla, o bien, el de los científicos que se han sacrificado en los laboratorios de trabajo para descubrir una fórmula que preserve o alivie al hombre de las lacras de la enfermedad, o el de aquellos otros que sin sacrificar su vida plasmaron en nuestra Ley Suprema los más caros principios de Libertad y Justicia Social.

Como vía de ejemplo de pensión graciabie podemos señalar los siguientes decretos:

"Decreto que concede pensión vitalicia a los Diputados y empleados supervivientes del Congreso Constituyente de Querétaro de 1916-1917, Mayores de 55 años.—(2 de febrero de 1939).—Publicado en el Diario Oficial de la Federación de 4 de febrero de 1939.—Lázaro Cárdenas, Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, a sus habitantes, sabed:

Que el H. Congreso de la Unión se ha servido dirigirme el siguiente

D E C R E T O :

"El Congreso de los Estados Unidos Mexicanos, decreta:

ARTICULO PRIMERO.—Se concede una pensión vitalicia de diez pesos diarios, a los Diputados Supervivientes del Congreso Constituyente de Querétaro de 1916-1917, mayores de cincuenta y cinco años de edad, que carezcan de bienes de fortuna bastantes al sostenimiento decoroso de ellos y personas de su dependencia económica.

ARTICULO SEGUNDO.—Igual beneficio se otorga a los mismos Diputados supervivientes que, sin haber llegado a la edad expresada en el artículo anterior, se encuentren incapacitados a causa de enfermedad crónica o accidente y carezcan de recursos de donde obtener los medios necesarios para el sostenimiento decoroso de sus personas y el de aquellas de su dependencia económica.

ARTICULO TERCERO.—En las mismas condiciones establecidas por los dos artículos anteriores, se concede una pensión vitalicia de cinco pesos diarios, a los empleados supervivientes del Congreso Constituyente de Querétaro de 1916-1917 y de dos pesos diarios a los de la servidumbre del propio Congreso.

ARTICULO CUARTO.—El derecho al beneficio que concede esta Ley, deberá comprobarse ante un Juez de Distrito, quien resolverá en un término no mayor de treinta días en cada caso.

ARTICULO QUINTO.—La Tesorería de la Federación cubrirá íntegro y quincenalmente el importe de las pensiones a que se refiere esta Ley, la cual surtirá sus efectos desde la fecha de su promulgación”.

“Decreto que autoriza la entrega de la cantidad de \$5,000.00 a los Deudos de los Diputados que firmaron la Constitución de 1917.—(2 de febrero de 1939).—Publicado en el Diario Oficial de la Federación de 4 de febrero de 1939.—Lázaro Cárdenas, Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, a sus habitantes sabed:

Que el Congreso de la Unión se ha servido digirme el siguiente

D E C R E T O :

“El Congreso de los Estados Unidos Mexicanos, decreta:

ARTICULO PRIMERO.—La Tesorería General de la Nación, por conducto de la Tesorería de la Cámara de Diputados al Congreso Federal, entregará la cantidad de \$5,000.00 (Cinco mil pesos), a la viuda, hijos o ascendientes de los Diputados Constituyentes que habiendo firmado la Constitución de 1917, fallezcan o hayan fallecido con anterioridad a la vigencia de este decreto.

ARTICULO SEGUNDO.—La defunción de esos mismos Diputados Constituyentes, así como el parentesco de sus deudos, se comprobará por las actas del Registro Civil respectivas.

ARTICULO TERCERO.—La Cámara de Diputados, para dar cumplimiento al artículo primero de esta Ley, incluirá una partida de ampliación automática, en el Presupuesto de Egresos de cada ejercicio fiscal.

ARTICULO CUARTO.—Este decreto entrará en vigor desde el día de su promulgación”.

6.—ANALOGIAS Y DIFERENCIAS DE ORDEN JURIDICO Y LEGAL ENTRE LA JUBILACION Y LA PENSION.—Con el objeto de establecer una clara diferenciación entre los derechos de jubilación y pensión, en seguida expondremos los caracteres jurídicos que en común presentan, así como sus principales diferencias que nos han permitido estudiarlas individualmente como derechos distintos.

Sin lugar a duda, las analogías más importantes que tienen la jubilación y la pensión son las siguientes:

1o.—Tanto la jubilación como la pensión, en virtud de su carácter de renta alimentaria, constituyen derechos personales, puesto que ningún tercero fuera del trabajador público o de sus deudos, determinados por la Ley y en el orden prefijado, puede ejercerlos bajo título alguno. Estos derechos, como ya se ha expresado, nacen de la ley y solamente se otorgan a instancia del interesado. Por otra parte, se puede afirmar que la jubilación y la pensión son créditos establecidos por el estado en favor del trabajador en el primero de los casos y de sus deudos en el segundo.

2o.—Dado el carácter proteccionista que tiene la Ley de esta materia, tanto la jubilación como la pensión son derechos irrenunciables, porque han sido instituidos para salvaguardar al trabajador durante la vejez o inhabilitación, y a sus deudos en la viudedad, orfandad o imposibilidad económica.

3o.—La jubilación y la pensión son derechos inalienables, pues no es permitido por la Ley ni siquiera la cesión parcial o total de éstos, por el mismo carácter que tienen de renta alimentaria.

4o.—Tanto la jubilación como la pensión son derechos inembargables, pues la Ley sólo permite su embargo parcial en caso que se deban alimentos.

Por lo que respecta a las diferencias que existen entre jubilación y pensión, tenemos:

1a.—La jubilación es un derecho que la Ley otorga exclusivamente al trabajador, bajo las condiciones que ella misma establece, en cambio la pensión es un derecho privativo de sus deudos, pues no es concebible, por ejemplo, que se pueda decir que los deudos, del trabajador son jubilados, puesto que, como se dejó asentado en el Capítulo precedente es requisito sine qua non para adquirir el estado de jubilado el haber prestado servicios al Estado por el tiempo y bajo las condiciones que la propia Ley señala; por otra parte, nos parece incorrecto llamar pensionista al trabajador jubilado, pues con ello se le confunde con sus propios deudos.

2a.—La jubilación por regla general es un derecho que se otorga al trabajador *ad vitam*, es decir, por toda su vida, en cambio la pensión, salvo el caso de excepción en que la viuda no vuelva a contraer nupcias es un derecho temporal como es fácil comprobarlo si observamos lo que acontece con los hijos del trabajador fallecido, que sólo disfrutan de él hasta los 18 años de edad, o salvo el segundo caso de excepción o sea que sufran una incapacidad permanente, pues si lo es temporal este derecho se extingue al desaparecer aquella.

3a.—Las causas o motivos por los cuales se origina la jubilación también son distintos a los que determinan el nacimiento de la pensión, pues mientras que en el primer caso son la vejez o inhabilitación del trabajador, en el segundo es la muerte de éste lo que viene a determinar el derecho a pensión, para sus deudos.

Si tomamos en consideración la definición clásica del riesgo, que lo identifica como todo acontecimiento futuro y posible, que una vez realizado produce una perturbación, un daño, un siniestro, podemos decir, que los motivos que dan origen a la jubilación y pensión constituyen los riesgos que el Legislador quiso cubrir con el otorgamiento de esos derechos.

CAPITULO III

NATURALEZA JURIDICA DE LA JUBILACION Y PENSION

- 1.—Teorías del Servicio Público.
- 2.—Definición del Servicio Público.
- 3.—Análisis comparativo de los elementos esenciales del Servicio Público y los elementos esenciales de la Jubilación y Pensión.
- 4.—La Jubilación y Pensión como Servicios Públicos de Seguridad Social de los Trabajadores del Estado.

NATURALEZA JURIDICA DE LA JUBILACION Y PENSION

En este capítulo vamos a estudiar un tema que a pesar de haber sido tratado por otros autores, nos parece de suma importancia en la Tesis que nos ocupa, toda vez que, la naturaleza jurídica de la jubilación y pensión en nuestros concepto, no ha sido estudiada desde el punto de vista que ahora nos proponemos. Si bien es cierto que la jubilación y pensión constituyen derechos patrimoniales del trabajador y sus familiares, respectivamente, y que ambos derechos nacen o son otorgados por una Ley, como ya tuvimos oportunidad de demostrarlo en los capítulos anteriores, es necesario precisar ahora su naturaleza jurídica a la luz del Derecho Administrativo, es decir, desde el punto de vista del Estado, (lato sensu), que es el único encargado de administrarlos (por conducto de los Organismos respectivos) y hacerlos efectivos a sus servidores.

Si partimos de la base que el Estado (lato sensu) ha creado Establecimientos Públicos, como denomina la doctrina francesa a los organismos públicos descentralizados, como son el Instituto Mexicano del Seguro Social y el nuevo Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, con el objeto de prestar servicios públicos de carácter técnico como lo son todas las prestaciones de seguridad social entre las cuales figuran las jubilaciones y pensiones, que se encuentran consignadas en las Leyes que crearon dichos Establecimientos Públicos, podemos afirmar anticipadamente que la jubilación y pensión tienen la naturaleza jurídica de servicios públicos de seguridad social. Esta afirmación la podemos fundamentar estableciendo la analogía que existe entre la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado y la Ley del Seguro Social en cuyo Artículo 1o. ésta última, establece:

"El Seguro Social constituye un servicio público nacional, que se establece con carácter obligatorio en los términos de esta Ley y sus reglamentos".

El legislador mexicano para establecer el Seguro Social como un servicio público nacional se fundamentó —como puede verse en la Exposición de Motivos de la propia Ley— en la doctrina administrativa

y específicamente en la doctrina del servicio público, por esta misma razón, nosotros consideramos conveniente exponer algunas de las diversas teorías que en torno de esta figura, se han elaborado por los estudiosos del Derecho Administrativo, con el objeto de poder precisar si corresponde la noción del servicio público a la naturaleza jurídica de las jubilaciones y pensiones establecidas por la Ley del I.S.S.S.T.E. como lo hemos afirmado.

1.—TEORIAS DEL SERVICIO PUBLICO.—Para iniciar esta exposición, podemos clasificar de la siguiente manera las diversas teorías del servicio público:

A. Teorías que consideran como servicio público toda actividad del Estado cuyo cumplimiento debe ser asegurado, reglado y controlado por los gobernantes; B. Teorías que consideran como servicio público toda la actividad de la administración sujeta a un procedimiento de derecho público; C. Teorías que consideran como servicio público solamente una parte de la actividad de la administración.

A). Teorías que consideran como servicio público toda actividad del Estado cuyo cumplimiento debe ser asegurado, reglado y controlado por los Gobernantes.

"La escuela de Duguit —denominada realista— afirma que el servicio público es el fundamento esencial del derecho público. El Estado —dice— no es, como se ha pretendido hasta ahora, una potencia que manda, una soberanía: es una cooperación de servicios públicos organizados y controlados por los gobernantes... Esta noción de servicio público es capital, y alrededor de ella gravita todo el derecho público moderno¹⁴. Seguramente esta noción no es nueva. El mismo día en que bajo la acción de causas muy diversas... se produjo la distinción entre gobernantes y gobernados, la noción del servicio público nació en el espíritu de los hombres. En efecto, desde ese momento se ha comprendido que ciertas obligaciones se imponían a los gobernantes para con los gobernados y que la realización de esos deberes era a la vez la consecuencia y la justificación de su mayor fuerza. Tal es esencialmente la noción de servicio público¹⁵.

Según el eminente profesor de Burdeos, servicio público es toda actividad cuyo cumplimiento debe ser asegurado, reglado y controlado por los gobernantes, porque el cumplimiento de esa actividad es

14 Duguit. *Traité de Droit Constitutionnel*, op. cit. T. II. Pág. 59.

15 Duguit. *Las Transformaciones del Derecho Público*, op. cit., Págs. 93 y sigs.

indispensable a la realización y al desarrollo de la interdependencia social, y de tal naturaleza que no puede ser realizada completamente sino por la intervención de la fuerza gobernante. Esta actividad es de una importancia tal que no puede ser interrumpida un solo instante. El deber de los gobernantes consiste en emplear su poder en asegurar su cumplimiento de una manera absolutamente continua. La continuidad es uno de los caracteres esenciales del servicio público ¹⁶.

¿Cuáles son esas actividades cuyo cumplimiento es obligatorio para los gobernantes y que constituyen el objeto de los servicios públicos? No puede darse a esta pregunta —dice Duguit— una respuesta determinada. "Hay algo esencialmente variable, evolutivo, desde luego; es hasta difícil fijar el sentido general de esa evolución. Todo lo que puede decirse es que a medida que la civilización se desarrolla, el número de actividades capaces de servir de soporte a los servicios públicos aumenta, y por lo mismo aumenta el número de servicios públicos" ¹⁷.

No obstante esta indeterminación, debe afirmarse que hay tres actividades cuyo cumplimiento se ha pedido —expresa— a los gobernantes de todos los tiempos: la defensa de la colectividad y del territorio contra el enemigo exterior, el mantenimiento de la seguridad, del orden y de la tranquilidad en el territorio y en el interior de la colectividad; elementos constitutivos de los tres servicios públicos originarios: la guerra, la policía y la justicia. Hoy no bastan estos servicios ¹⁸. El Estado interviene en los servicios de enseñanza y de asistencia social, y por otra parte, la profunda transformación económica e industrial ha engendrado deberes nuevos para los gobernantes.

Si fuera necesario —agrega— un criterio formal para reconocer las actividades que deben servir de soporte a la organización de un servicio público, diríamos que se encuentra en el desorden social producido por la suspensión, aunque sea durante muy corto tiempo, de esta actividad ¹⁹. Y como la noción fundamental de todo servicio público es la de una obligación jurídica que se impone a los gobernantes de asegurar el cumplimiento sin solución de continuidad de una cierta actividad, que es de una importancia capital para la vida social, por cuanto no hay miembro alguno de la sociedad que no tenga necesidad de que esa actividad sea realizada, uno de los problemas más importantes es el

16 Duguit. *Traité de Droit Constitutionnel*, op. cit., T. II, Pág. 61.

17 Duguit. *Las Transformaciones del Derecho público*, op. cit., Pág. 110.

18 Duguit. *Las Transformaciones del Derecho Público*, op. cit., Págs. 111 y sigs.

19 Duguit. *Las Transformaciones del Derecho Público*, op. cit., Pág. 115.

de la determinación de las garantías dadas a los particulares para obtener el funcionamiento regular de los servicios públicos. Esas garantías se encuentran esencialmente en la ley del servicio, esto es, en la ley que determina el modo de funcionamiento de ese servicio, ley formal o reglamento ²⁰.

Los gobernantes --en este sistema-- tienen la obligación jurídica de asegurar el funcionamiento del servicio de acuerdo con la ley del mismo. "Todo acto realizado de conformidad con la ley del servicio es lícito. Si es un acto material no puede, en principio, causar responsabilidad. Si es un acto jurídico, produce un efecto de derecho que escapa a toda anulación. Por el contrario, si el acto, decisión u operación material, es contrario a la ley del servicio, dará lugar a una reparación o a una anulación. El particular que es víctima de un perjuicio podrá obtener una reparación, o provocar una anulación, por la jurisdicción competente, del acto jurídico contrario a la ley del servicio" ²¹.

La teoría de Duguit ha sido objeto de muy fundados reparos. No es posible aceptar que la noción de servicio público sea la consecuencia de la distinción entre gobernantes y gobernados y que la noción de soberanía sea substituida por la de servicio público, convirtiéndolo en el fundamento del derecho público. Por otra parte, como bien se ha anotado, la eliminación del concepto de personalidad del Estado --afirmada categóricamente en esta escuela-- no es la causa de la importancia indiscutida e indiscutible de la institución del servicio público en el derecho moderno. Esa importancia es extraña a la mentada diferenciación ²². La teoría de la personalidad del Estado, dominante en la doctrina y en la jurisprudencia, no están en oposición irreductible con la institución del servicio público.

Duguit considera que el Estado es una vasta federación de servicios públicos, y define la noción de esta institución como toda actividad cuyo cumplimiento debe ser asegurado, reglado y controlado por los gobernantes. No es exacto, como acertadamente lo señala el autor argentino Villogas Basavilbaso, que el servicio público sea toda actividad estatal, cualquiera fuese su naturaleza, aunque esté reglada en su funcionamiento. La amplitud de ese concepto no permite establecer diferencias jurídicas entre las funciones del Estado, que se manifiestan como actividad, de carácter general y abstracta, y el servicio público,

20 Duguit. *Traité de Droit Constitutionnel*, op. cit. T. II. Págs. 70 y sig.

21 Duguit. *Traité de Droit Constitutionnel*, op. cit., T. II. Pág. 71.

22 García Oviedo. *Instituciones de Derecho Administrativo*, op. cit., Pág. 170.

actividad particular y concreta. ¿Cómo entender a la función judicial y a la legislativa comprendidas en la noción del servicio público? ²³

En cuanto a que el Estado es una cooperación de servicios públicos organizados y controlados por los gobernantes, no es exacto, pues el máximo defecto de esta teoría radica en el desconocimiento de las realidades jurídicas, so pretexto de afirmar las realidades materiales, olvidándose que el Estado constituye un ser del mundo jurídico. El objeto de los conceptos jurídicos no consiste en exponer hechos, sino en explicar las relaciones jurídicas que de esos hechos derivan. Y es natural que esas relaciones tengan necesariamente un carácter abstracto. La personalidad del Estado es un concepto jurídico y si bien no es la expresión de una realidad absoluta, es la expresión de la realidad jurídica.

Por otra parte, es erróneo suponer que la trascendencia de la noción de servicio público tenga sus orígenes en el positivismo jurídico de Duguit, para quien el Estado es un hecho: la diferenciación de los gobernantes de los gobernados, y que lo lleva a la supresión de la personalidad estatal. Es imposible en la vida social determinar de una manera precisa cuándo la persona humana se encuentra en el status de gobernante y cuándo en el de gobernado. La trascendencia de la noción de servicio público —como institución del derecho— es función del intervencionismo del Estado en las más variadas actividades tendientes a satisfacer las crecientes necesidades colectivas.

La noción de servicio público es inconcebible si se la separa de la idea de fin, desde que servicio implica necesariamente una actividad para el cumplimiento de un fin. Como bien lo expresa García Oviedo, "en un orden lógico, la idea de finalidad va precedida y presidida por la idea de personalidad, sin la cual es aquél (el servicio) una mera entelequia. En la vida, los supremos intereses colectivos, tan diversos de la mera suma de los intereses individuales, aparecen personificados en el Estado, y al Estado pedimos el cumplimiento de sus fines" ²⁴.

B). Teorías que consideran como servicio público toda la actividad de la Administración Pública.

23 Fernández de Velasco Rocaredo. *Resumen de Derecho Administrativo y de la Ciencia de la Administración*. Madrid, 1930. T. I. Pág. 173.

24 García Oviedo. *Instituciones de Derecho Administrativo*, op. cit. Pág. 171. Sevilla, 1927.

Teoría de Jèze.—La administración para dar satisfacción a las necesidades de interés general emplea dos procedimientos: el procedimiento de derecho privado y el procedimiento de derecho público. El primero es el que usan los particulares cuando dan satisfacción a las necesidades de interés general, y supone esencialmente la igualdad de los intereses particulares cuando están en conflicto. Por el contrario, el procedimiento de derecho público se asienta sobre la idea de la desigualdad de esos intereses, debiendo, en caso de conflicto entre los mismos, prevalecer el interés colectivo sobre el interés individual²⁵.

En esta teoría, la idea de servicio público está íntimamente vinculada al procedimiento de derecho público. Según Jèze, todas las veces que se está en presencia de un servicio público se comprueba la existencia de reglas jurídicas especiales, de teorías jurídicas especiales, que tienen por objeto facilitar el funcionamiento regular y continuo del servicio público, dando lo más rápida y completamente posible satisfacción a las necesidades de interés general²⁶.

La noción de esta institución en este sistema está expuesta en los siguientes términos: "Decir que, en tal hipótesis, hay servicio público, significa que, para dar satisfacción regular y continua a tal categoría de necesidades de interés general, pueden los agentes públicos aplicar los procedimientos de derecho público, esto es, un régimen jurídico especial, y que la organización del servicio público puede ser modificada en todo instante por las leyes y reglamentos, sin que ningún obstáculo insuperable de orden jurídico pueda oponerse"²⁷.

En esta construcción —una de las más sistematizadas del derecho administrativo— la noción del servicio público está integrada por dos elementos esenciales: a) un régimen jurídico especial; b) una organización y funcionamiento modificables en todo momento por la ley o el reglamento. En suma, el servicio público es considerado como un procedimiento técnico, que tiene por objeto dar satisfacción regular y continua a necesidades de interés general, procedimiento que se caracteriza por la subordinación de los intereses privados al interés general²⁸.

Como la terminología en esta discutida materia se presta a confusiones, Jèze estima conveniente, para evitarlas, reservar la expresión servicio público a los casos en que, para la satisfacción de una deter-

25 Jèze. *Les Principes Généraux du Droit Administratif*. op. cit. T. II. Págs. 2 y sigts.

26 Jèze. *Les Principes Généraux du Droit Administratif*. op. cit. T. II. Pág. 2.

27 Jèze. *Les Principes Généraux du Droit Administratif*. op. cit. T. II. Pág. 2.

28 Jèze. *Les Principes Généraux du Droit Administratif*. op. cit. T. II. Pág. 15.

minada necesidad de interés general, se emplean los procedimientos de derecho público, y la expresión gestión administrativa, cuando para la satisfacción de una necesidad de interés general se usan los procedimientos de derecho privado ²⁹.

La cuestión capital en esta teoría radica en el criterio a seguir, en cada caso, para afirmar la existencia de un servicio público, esto es, ¿cuál es la autoridad competente para decidir en un caso dado si hay o no servicio público? En la doctrina de Duguit no aparece criterio alguno que permita dar solución a la pregunta, por cuanto dice que no es fácil dar una respuesta fija para saber cuáles son las actividades cuyo cumplimiento constituye una obligación para los gobernantes. En opinión de Jèze, es preciso únicamente indagar la intención de los gobernantes, en lo relacionado con la actividad administrativa considerada. De acuerdo con este criterio jurídico —no sociológico— constituyen servicios públicos, única y exclusivamente, aquellas necesidades de interés general que los gobernantes, en un determinado Estado y en una cierta época deciden satisfacer por el procedimiento de derecho público ³⁰.

Así, pues, el único elemento a considerar es el de la intención de los gobernantes; la opinión del jurista o del sociólogo que resuelve la dificultad es indiferente. Estos podrán decir con razón que, en su opinión, los gobernantes han incurrido en error, encontrando argumentos políticos, económicos o sociales que los lleven a afirmar que tal necesidad de interés general no debe ser satisfecha por el procedimiento de derecho público, pero el error de los gobernantes no es una cuestión jurídica. Lo que importa no son los juicios valorativos de los publicistas, sino únicamente la voluntad de los gobernantes ³¹.

El conocimiento de esta voluntad, por su propia naturaleza, no puede estar subordinado a un criterio inmutable; resultará de un conjunto de circunstancias, cada una de las cuales por sí sola es insuficiente, a cuyo efecto los tribunales tienen una amplia tarea de interpretación de esas circunstancias. Entre esas circunstancias pueden tener influencia en la determinación de servicio público las siguientes: el establecimiento de cargas especiales destinadas a asegurar el funcionamiento del servicio; la potestad de tributación o de imposición de ta-

29 Jèze. *Les Principes Généraux du Droit Administratif*. op. cit., T. II. Pág. 9.

30 Jèze. *Les Principes Généraux du Droit Administratif*. op. cit., T. II. Pág. 16.

31 Jèze. *Les Principes Généraux du Droit Administratif*. op. cit., T. II. Págs. 17 y sig.

sas; la creación de un monopolio de explotación; el acto legislativo o administrativo que lo crea; el régimen jurídico especial al que se encuentra sujeto, etc.

Así como en la teoría de Duguit, toda actividad del Estado constituye servicio público, y, en su consecuencia, debe ser considerado como tal toda necesidad colectiva o todo interés general, lo que implica una concepción objetiva y sociológica, en la teoría de Jèze —concepción jurídica y relativista— no toda actividad del Estado constituye servicio público, desde que para su existencia es indispensable que los gobernantes decidan realizar una actividad estatal mediante el procedimiento de derecho público. La noción de servicio público duguitiana extiende desmesuradamente el concepto de la institución "al incluir necesidades de orden general cuya satisfacción no ha sido siquiera objeto de preocupación por parte de los gobernantes"³².

No puede desconocerse el valimiento jurídico de la construcción en examen. Su análisis permite la deducción de los siguientes principios fundamentales: a) la organización y el funcionamiento del servicio público son susceptibles de ser modificados en todo momento: ningún obstáculo jurídico puede estar en oposición; b) sólo pueden ser considerados como servicios públicos los servicios realizados por el Estado o por los concesionarios y c) la existencia de dos procedimientos para la satisfacción de los intereses colectivos, uno de derecho privado y el otro de derecho público. En el primero la Administración actúa como un particular, según las normas de derecho privado; en el segundo como poder público, de acuerdo con las normas y los principios de derecho público.³³

Esta teoría ha merecido, no obstante la solidez de su construcción, observaciones críticas, fundadas en la noción de su autor sobre el derecho administrativo que es definido "como el conjunto de reglas relativas a los servicios públicos"³⁴. Esta definición significa que toda actividad de la Administración debe ser considerada como servicio público, y por ende la función administrativojurisdiccional y la contenciosoadministrativa, actividades que en la doctrina dominante no tienen

32 Meirelles Teixeira. *Estudos de Direito Administrativo*. op. cit., T. I. Pág. 107. Sao Paulo, 1949.

33 Jèze. *Le Fonctionnement des Services Publics*. Paris, 1923.

34 Jèze. *Les Principes Généraux du Droit Administratif*. op. cit., T. I. Pág. 1.

Como ya se tiene expresado, si todas las necesidades colectivas fuesen satisfechas mediante los servicios públicos, sería incuestionable ese criterio para la definición del derecho administrativo, pero existen necesidades colectivas que no son cumplidas por esta institución. El mismo Jèze admite que la Administración no satisface todas las necesidades de interés general, y como ajustadamente dice Bielsa, el servicio público, en el derecho administrativo, es casi todo, pero no todo ³⁵.

Además, como lo anota Gascón y Marín, hay en el derecho administrativo normas jurídicas inspiradas en el interés general que son estudiadas por esta disciplina, y no organizan ni regulan el funcionamiento de un servicio público, a no ser que a esta expresión se le dé una significación amplísima más análoga a la realización de un fin público ³⁶. En el mismo sentido se manifiesta García Oviedo: "Si se considera la noción de servicio público como el conjunto de elementos dispuestos para un fin, sería exagerado afirmar que el servicio es el único objeto de la función administrativa, pues no todas las actividades de la función administrativa constituyen servicios públicos" ³⁷.

La opinión dominante no admite que el derecho administrativo comprenda únicamente las reglas orgánicas de los servicios públicos. El instituto de la expropiación, por ejemplo, es empleado muchas veces para finalidades ajenas a la organización y funcionamiento de los servicios públicos; las obras públicas no siempre están vinculadas a los mismos; el dominio público puede no estar afectado al servicio público. Duguit se refiere al servicio público de la circulación de rutas, pero, según la ajustada observación de Waline, es difícil imaginar qué pueda entenderse por tal servicio ³⁸.

La aceptación in integrum de la teoría de Jèze excluye todas las reglamentaciones relacionadas con el poder de policía, desde que esta materia, cuyo contenido se refiere a las limitaciones a la libertad individual, no puede por su propia naturaleza ser entendida como un servicio público. Este interviene únicamente "para asegurar la sanción de las infracciones a las reglas de policía", interviene como un medio, no como un fin ³⁹.

Así, pues, la noción de Jèze sobre el servicio público que afirma: "las necesidades de los servicios públicos son la base de todas las teorías especiales del derecho público, principalmente las teorías cono-

35 Jèze. *Les Principes Généraux du Droit Administratif*. op. cit., T. II. Pág. 1.

36 Gascón y Marín. *Tratado de Derecho Administrativo*. op. cit., T. I. Pág. 58.

37 García Oviedo. *Instituciones de Derecho Administrativo*. op. cit., Pág. 172.

38 Waline, Manuel. *Elémentaire du Droit Administratif*. op. cit., Pág. 332.

39 Waline, Manuel. *Elémentaire du Droit Administratif*. op. cit., Pág. 333.

cidas bajo el nombre de trabajos públicos, expropiación, dominio público, tienen una base común: el servicio público —afirmación admitida por Duguit⁴⁰, es demasiado amplia y está en oposición con la doctrina dominante.”

Se ha dicho precedentemente que para Jèze constituyen servicios públicos aquellas necesidades de interés general que los gobernantes deciden satisfacer por el procedimiento del derecho público, aseveración que debe ser objeto de crítica. En efecto, si todos los intereses generales que por la voluntad única y exclusiva del Estado son satisfechos por el procedimiento de derecho público constituyen servicios públicos, habrá que convenir que si el Estado satisface los intereses generales de la justicia por el procedimiento del derecho público —que es el único que lo realiza— la justicia debería ser un servicio público, conclusión que está en pugna con el concepto admitido sin discrepancias por casi todos los juristas: la justicia es una función del Estado, no un servicio público⁴¹.

C). Teorías que consideran como servicio público una parte de la actividad de la administración pública.

Teoría de Bielsa.—El servicio público —expresa— no es una institución jurídica autónoma propiamente definida en la doctrina. Reconociendo las dificultades de toda definición, estima que hay una evidente utilidad en la limitación del concepto de servicio público. A estos efectos, parte de una idea fundamental: la de la diferenciación de la función pública del servicio público. En principio —dice— la función pública es lo abstracto y general, y el servicio público es lo concreto y particular; la función es un concepto institucional; el servicio actualiza y materializa la función⁴².

“El concepto de servicio público —en su opinión— debe restringirse a la actividad concreta mediante la cual se presta el servicio, generalmente de carácter económico o cultural, y no debe ser extendido ni a la jurisdicción, función pública intermitente y esencialmente jurídica, ni a la legislación, que es también una actividad pública intermitente y de substancia jurídica. El servicio público no es nunca abstracto; es actual, y por eso es continuo”⁴³.

40 Jèze. *Les Principes Généraux du Droit Administratif*. op. cit., Pág. XV.

41 Jèze. *Les Contrats Administratifs*. París, 1927. T. I. Pág. 60.

42 Bielsa. *Ciencia de la Administración*. op. cit., Pág. 59 y sig.

43 Bielsa. *Ciencia de la Administración*. op. cit., Pág. 60.

Según Bielsa, existe un concepto lato de servicio público —comprendivo de todos los servicios del público o para el público— que define en los términos siguientes: "toda actividad pública o privada, regulada por la ley (ley, decreto, ordenanza, siempre que el órgano que la regule sea competente) por la cual se satisfacen en forma más o menos continua necesidades colectivas." "Es éste el concepto genérico de servicio público, que no da a conocer los elementos para una definición jurídica; concepto, por otra parte, insuficiente, pues comprende servicios de interés público, y no precisamente servicios públicos. Hay servicios que aprovecha el público, y que se llaman de necesidad pública, que están librados a la industria y a la ejecución privadas. Estos no son servicios públicos para el derecho administrativo." 44.

El concepto lato de servicio público tiene dos formas específicas: la forma propia y la forma impropia. Son servicios públicos propios los que presta o debe prestar el Estado directamente o por concesionario; son servicios impropios aquellos que tienen de común con los propios el satisfacer en forma más o menos continua necesidades colectivas, pero no es el Estado quien los presta ni los concede, sino que tan sólo los reglamenta. Esta diferenciación —admitida por la doctrina— tiene un fundamento no sólo teórico, sino de una indiscutible utilidad práctica 45.

En la teoría en examen, el servicio público, como institución del derecho administrativo, se limita al servicio público propio, y es definido como "toda acción o prestación realizada por la administración pública activa, directa o indirectamente, para la satisfacción concreta de necesidades colectivas, y asegurada esa acción o prestación por el poder de policía" 46. De acuerdo con esta definición, los elementos constitutivos de la institución son los siguientes: a) acción o prestación; b) realización por la administración pública, directa o indirectamente; c) satisfacción concreta; d) necesidad colectiva, y e) poder de policía (poder público).

a) Acción o prestación.—Bielsa distingue la acción de la prestación. La acción —dice— puede no ser prestación. La policía por ejemplo, en sus funciones de organización y preparación (y en buena parte la policía preventiva) no realiza por eso sólo prestaciones. La prestación se realiza cuando la policía en defensa del orden público actúa contra

44 Bielsa. Derecho Administrativo. 4a. Ed. op. cit., T. I. Pág. 153.

45 Bielsa. Derecho Administrativo. 4a. Ed. op. cit., T. I. Pág. 154.

46 Bielsa. Derecho Administrativo. 4a. Ed. op. cit., T. I. Págs. 154 y sigts.

los transgresores, cuando protege una reunión; entonces la acción se convierte en cada caso o hecho en una prestación. Agrega, esta prestación puede ser uti universi o uti singuli según beneficie en forma directa e indivisible a la colectividad, o beneficie en manera diferencial y divisible a un individuo o a varios, indeterminados pero determinables ⁴⁷.

b) Realización por la administración pública, directa o indirectamente.—La prestación, para que el servicio sea servicio público, debe ser realizada directamente por la administración pública, o indirectamente por concesionario, bajo el control constante de la administración pública. Este elemento de carácter subjetivo excluye las prestaciones de los particulares, como acontece con los servicios públicos impropios, que están bajo la vigilancia, no el control, de la administración pública ⁴⁸.

c) Satisfacción concreta.—La satisfacción, esto es, el cumplimiento de la prestación debe ser concreto, no potencial; "no basta instituir el servicio de interés colectivo o autorizar su prestación por concesión; es necesario prestarlo efectivamente" ⁴⁹.

d) Necesidad colectiva.—En opinión de Bielsa, necesidad colectiva no es necesidad general. La primera tiene un carácter propio que lo distingue de la segunda. Esta última —la necesidad general— es una suma de elementos homogéneos y, aritméticamente, de cantidades positivas. En cambio, aquélla —la necesidad colectiva— es una suma de elementos heterogéneos y, algebraicamente, de cantidades positivas y negativas ⁵⁰. La necesidad colectiva es una necesidad respecto de la cual —dice— si bien hay intereses positivos y negativos, predominan los positivos, por cuya razón el Estado toma primero a su cargo la función, y luego crea el servicio público ⁵¹.

e) Poder de policía.—En esta teoría, el elemento poder de policía es indispensable, por cuanto "si se librara al interés de quienes lo prestan, se correría el riesgo de su interrupción o deficiente prestación ⁵². Aún más, como acertadamente lo asevera Bielsa, la noción de servicio público es inseparable de la idea de poder público. "Han de ser muy raros los casos en que pueda prescindirse de un poder de regulación, y como última ratio, de la potestad de coacción". ⁵³.

47 Bielsa. Derecho Administrativo. 4a. Ed. op. cit., T. I. Pág. 156.

48 Bielsa. Principios de Derecho Administrativo. op. cit., Pág. 42 y sig.

49 Bielsa. Derecho Administrativo. 4a. Ed. op. cit., T. I. Pág. 157.

50 Bielsa. Ciencia de la Administración. op. cit., Pág. 67.

51 Bielsa. Ciencia de la Administración. op. cit., Pág. 69.

52 Bielsa. Principios de Derecho Administrativo. 2a. Ed. op. cit., Pág. 44 y sig.

53 Bielsa. Ciencia de la Administración. op. cit., Pág. 65.

La definición dada por Bielsa ha sido seguida mutatis mutandi por Bullrich, quien dice servicio público es "toda acción o prestación indispensable para la convivencia social, realizada directa o indirectamente por la administración pública, de una manera imparcial, regular y continua, para la satisfacción concreta de las necesidades colectivas"⁵⁴.

En relación a la definición de Bielsa se han introducido dos variantes, que obedecen a la influencia de las doctrinas de la escuela realista. La primera se refiere a lo indispensable para la convivencia social de la acción o de la prestación (concepto de Duguit); la segunda, al modo de la realización de esa acción o prestación, que han de tener los caracteres de imparcialidad, regularidad y continuidad (concepto de Jèze).

Estas variantes han merecido ajustadas notas críticas de Bielsa⁵⁵; adiciones que, a juicio del autor, son superfluas. Si el servicio público debe satisfacer necesidades colectivas, si la acepción idiomática de la voz necesidad significa "todo aquello a lo cual es imposible substraerse, faltar o resistir", si lo indispensable, a su vez, es lo "que no se puede dispensar o excusar", va de suyo que lo necesario es más que lo indispensable y, por consiguiente, la nota de indispensable es superabundante. La locución necesidad colectiva contiene lo indispensable.

En lo relativo a la manera imparcial, regular y continua con que la administración pública, directa o indirectamente, debe realizar la acción o la prestación, esos caracteres no son esenciales para la definición, por cuanto sólo se refieren al funcionamiento del servicio, no a su existencia. El servicio puede ser parcial, irregular o discontinuo, pero no deja de ser servicio. Como bien lo afirma Bielsa, la imparcialidad, como elemento de la definición, no es necesaria, desde que el servicio es público; de lo contrario se referiría a categorías de personas. La regularidad y la continuidad son consejos para los que dirigen o prestan el servicio, pero no elementos de la definición. "Además, la continuidad está subordinada a la necesidad colectiva... depende de la naturaleza de la necesidad pública; hay servicios que son intermitentes"⁵⁶.

2.—DEFINICION DE SERVICIO PUBLICO.—La exposición de las teorías precedentes revela no solamente la imprecisión sobre la noción de servicio público, sino también los distintos criterios seguidos para defi-

54 Bullrich. El Régimen Legal de los Servicios Públicos en la Provincia de Buenos Aires. Buenos Aires 1939. Pág. 23.

55 Bielsa. Principios de Derecho Administrativo. 2a. Ed. op. cit., Págs. 42 y sig. n. 16.

56 Bielsa. Principios de Derecho Administrativo. 2a. Ed. op. cit., Pág. 44. n. 16.

nirlo. Desde el que afirma que el servicio público es toda actividad del Estado (Duguit) hasta el que niega toda noción de servicio público (Berthelemy), existen criterios intermedios: unos que lo consideran como toda la actividad de la administración pública (Jèze) y otros, como una parte de la actividad de la misma. Este último es el criterio dominante en la doctrina.

Nosotros aceptamos, tomando en consideración los elementos esenciales que integran la noción de servicio público, la siguiente definición, formulada por Villegas Basavilbaso en los siguientes términos: "Toda actividad directa o indirecta de la administración pública, cuyo objeto es la satisfacción de las necesidades colectivas por un procedimiento de derecho público" ⁵⁷.

3.—ANALISIS COMPARATIVO DE LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL SERVICIO PUBLICO Y LOS ELEMENTOS ESENCIALES DE LA JUBILACION Y PENSION.—Nos hemos adherido a este concepto del servicio público, porque el análisis que hace el propio autor de sus elementos esenciales nos permitirá analizar, como dijimos al iniciar este capítulo, si pueden ser consideradas las jubilaciones y pensiones, establecidas a través de la Ley del I.S.S.S.T.E., como un servicio público:

"A. Actividad directa o indirecta de la administración pública.—Este elemento del servicio público excluye las actividades de los particulares que satisfacen necesidades colectivas, salvo que la administración pública delegue en un particular esa actividad (concesionario). Como es sabido nada obsta jurídicamente para la delegatio, siempre que el orden constitucional no lo prohíba. Así pues, la actividad de la administración pública puede ser directa o indirecta; directa cuando el servicio es realizado por la misma administración pública, indirecta cuando es realizado el servicio por concesionario, bajo el control del Concedente".

Podemos afirmar dentro de este primer elemento que el I.S.S.S.T.E. constituye un organismo descentralizado de la administración pública y que realiza al conceder las jubilaciones o pensiones una actividad o atribución del Estado, de carácter técnico, por virtud de la cual se satisface la necesidad colectiva de proporcionar una cierta seguridad a los trabajadores al servicio del Estado.

57 Villegas Basavilbaso Benjamín. Derecho Administrativo. T. III. Pág. 49. Buenos Aires, 1951.

"B. Satisfacción de las necesidades colectivas.—Este elemento es capital es la razón de la existencia de los servicios públicos. Son las necesidades colectivas las que fundamentan la actividad de la administración pública. No debe confundirse necesidad colectiva con necesidad general o necesidad pública, porque el concepto de estas dos últimas resulta demasiado amplio e indeterminado".

Respecto a este elemento esencial del servicio público, se puede afirmar como lo hicimos en el inciso anterior, que a través de la jubilación y pensión se logra satisfacer una necesidad colectiva de seguridad para los trabajadores públicos y sus familiares.

"C. Procedimiento de derecho público.—Este elemento esencial.—La satisfacción de las necesidades colectivas debe ser asegurada por el poder público. Si las necesidades colectivas son cumplidas por el Procedimiento de derecho común, no hay servicio público; podrá en su caso, tratarse de una empresa reglamentada (servicio público impropio) o de un servicio administrativo si la propia administración pública lo realiza. Ese procedimiento de derecho público determina un régimen jurídico especial, caracterizado por la prevalencia del interés público sobre el interés individual, procedimiento que tiene por objeto asegurar el funcionamiento del servicio de una manera regular y continua. El signo distintivo del servicio público se encuentra más que en la naturaleza del servicio en sus reglas de gestión ⁵⁸.

En suma, de acuerdo con las enseñanzas de Jèze, ese régimen jurídico especial se diferencia de los procedimientos de derecho común. "Por la subordinación de los intereses privados al interés general; la organización del servicio es sin cesar modificable según las necesidades de interés general; ella es por lo tanto legal y reglamentaria" ⁵⁹.

Este elemento esencial del servicio público que acabamos de exponer lo tenemos también, sin lugar a duda, en la jubilación y pensión ya que ambos derechos están sujetos a un régimen jurídico especial y por ende, regulados por un procedimiento eminentemente de derecho público. Esta afirmación encuentra justificación plena al examinar algunas disposiciones de la Ley que creó el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, Organismo público descentralizado que tiene por función, entre otras, otorgar las jubilaciones y pensiones. (Art. 102 Frac. IV).

58 Larroque Pierre. *Los Usagers des Services Publics Industriels*. op. cit., Pág. 7.

59 Jèze, ob. cit., T. II. Pág. 15.

Así por lo que se refiere al control directo que ejerce el Estado, sobre las funciones y organización del Establecimiento Público de referencia, tenemos los siguientes artículos:

"Art. 101.—El Instituto tendrá personalidad jurídica para celebrar toda clase de actos y contratos, así como para defender sus derechos ante los Tribunales o fuera de ellos, y para ejercitar las acciones judiciales o gestiones extra-judiciales que le competan. El Instituto deberá obtener la autorización previa del Gobierno Federal, por conducto de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, para desistirse de las acciones intentadas o de los recursos interpuestos, así como para dejar de interponer los que las leyes le concedan, cuando se trate de asuntos que afecten al Erario Federal."

"Art. 103.—Los órganos de gobierno del Instituto serán:

I.—La Junta Directiva, y

II.—El Director General."

"Art. 104.—La Junta Directiva se compondrá de siete miembros: el primero designado directamente por el Presidente de la República con el cargo expreso de Director General del Instituto; tres más nombrados por conducto de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y otros tres designados por la Federación de Sindicatos de Trabajadores al Servicio del Estado. El Director General fungirá como Presidente de la Junta."

De las disposiciones precedentes se infiere la importancia y responsabilidad que reviste para el Estado el controlar y vigilar no sólo la organización, sino la administración y funcionamiento de estos servicios públicos, denominados jubilación y pensión, que junto a los demás servicios y prestaciones sociales consignadas por la Ley, y dada su naturaleza, constituyen un deber sagrado del propio Estado, que es el velar por su exacto cumplimiento.

Por otra parte si el Estado dejara en manos de particulares la prestación de estos servicios, dejaría de cumplir con una de sus más importantes funciones, que es nada menos que la de realizar la Seguridad Social como lo veremos en el siguiente capítulo.

Por lo que se refiere a los bienes que sirven de soporte a este régimen jurídico especial, podemos afirmar que dichos bienes se encuentran en una situación de privilegio. Así pues vemos que la Ley del I.S.S.S.T.E. en su Art. 120 establece:

"Los muebles e inmuebles pertenecientes al Instituto gozarán de las franquicias, prerrogativas y privilegios concedidos a los fondos y bienes de la Federación. Dichos bienes así como los actos y contratos que celebre el Instituto estarán igualmente exentos de toda clase de impuestos y derechos. El Instituto se considerará de acreditada solvencia y no estará obligado a constituir depósitos ni fianzas legales."

4.—LA JUBILACION Y PENSION COMO SERVICIOS PUBLICOS DE SEGURIDAD SOCIAL DE LOS TRABAJADORES DEL ESTADO.—Como hemos visto, por el análisis que hicimos en el inciso anterior, la jubilación y pensión estatuidas por la ley del I.S.S.S.T.E. contienen los mismos elementos esenciales del servicio público, de acuerdo con la definición aceptada por nosotros y expuesta por el ilustre maestro argentino Benjamín Villegas Basavilbaso, quien en forma sencilla pero clara resume los conceptos vertidos en las diversas teorías, que también expusimos sobre el servicio público. Por estas razones sólo nos resta concluir este capítulo con la afirmación de que la naturaleza jurídica de la jubilación y pensión, a la par que el Seguro Social, es de servicios públicos de seguridad social de los trabajadores del Estado.

CAPITULO IV

DE LA SEGURIDAD SOCIAL

- 1.—Antecedentes Históricos.—Declaración de México de los principios de la Seguridad Social Americana.
- 2.—Características de la Seguridad Social.
- 3.—Definiciones.
- 4.—Seguro Social.— Consideraciones generales.
- 5.—La jubilación y pensión como instrumentos del régimen de Seguridad Social de los Trabajadores del Estado.

DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Antes de concluir este trabajo en el que nos hemos propuesto el examen de las jubilaciones y pensiones dentro del nuevo régimen de seguridad social de los trabajadores del Estado, vamos a detenernos para efectuar un breve recorrido por ese novísimo campo de la Seguridad Social que en la actualidad ocupa no sólo la atención de los Estados Americanos, sino que constituye una preocupación mundial de todas las naciones.

Sin pretensiones de hacer un estudio completo de esta materia, nos limitaremos a exponer sólo aspectos generales que nos permitan tener una noción clara de lo que se conoce por Seguridad Social.

También consideramos conveniente presentar en este capítulo un concepto sobre la Previsión que guarda estrechos nexos con la Seguridad Social.

Así pues, "la Previsión es el conocimiento actual de todos los medios que pueden ponerse en práctica, para evitar o disminuir las consecuencias derivadas de los riesgos, que amenazan al hombre en el futuro."

Weigan tiene una bella frase: "La previsión es el barómetro de civilización de los pueblos; civilización en germen que como un sargado depósito está en manos de los educadores de la juventud."

Visto el concepto de previsión y con el objeo de seguir un orden lógico en el estudio de la Seguridad Social vamos a empezar con una breve síntesis de sus:

1.—ANTECEDENTES HISTORICOS.—Se afirma con razón justifica-da que la Seguridad Social tiene un origen esencialmente americano y se atribuye al gran Libertador Simón Bolívar el primer uso de este concepto. Al realizarse en el Siglo XIX las cruentas luchas por conseguir la Independencia de América, el prócer usó esta idea como anhelo supremo para garantizar la estabilidad política y económica de los nacientes Gobiernos democráticos del Hemisferio Occidental. En febrero

de 1819, en un discurso pronunciado en la Agostura hizo un pronóstico filosófico que 136 años después llegó a constituir una novedosa verdad, reconocida por todas las naciones.

"El sistema de Gobierno más perfecto es aquel que produce mayor suma de felicidad posible, mayor suma de seguridad social y mayor suma de estabilidad política."

Inspirado en estos caros antecedentes el uruguayo Tejera sostiene que la democracia, más que un sentido político es una concepción filosófica de la vida y debe ser el régimen de Gobierno de los pueblos basados en la libertad, en la tolerancia, en la justicia y en los principios fundamentales de la solidaridad humana. Que a pesar de los múltiples y variados caminos para llegar a la seguridad social, los pueblos no deben escatimar esfuerzos para conseguirla, pues así como el Siglo XIX fué de la Independencia de América, este es el Siglo de la Seguridad Social.

En el lapso comprendido entre las dos últimas Guerras Mundiales, se enfatizó el concepto de Seguridad Social, para significar la creación de un aparato o equipo médico social, que permitiera establecer condiciones propicias para la conservación de la salud y de la seguridad de la población mundial.

En agosto de 1935 al promulgarse la Ley Norteamericana de protección a los ancianos, menores, incapaces, ciegos y tarados, se usó con tanto acierto el concepto de Seguridad Social, que fué luego ampliamente difundido, al pasar a expresar ideas esenciales en el párrafo quinto de la Carta del Atlántico; en las Bases Constitutivas de la Organización Internacional del Trabajo; en las Declaraciones de Filadelfia y de Santiago de Chile; en la carta de garantías sociales de Bogotá y en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 10 de diciembre de 1948.

La segunda Conferencia de los Estados de América miembros de la O.I.T., celebrada en La Habana en 1939, hizo uso del término seguridad social y empieza desde entonces a observarse la tendencia de fusionar la Asistencia Pública y los Seguros Sociales, designándose a estas dos ramas de la previsión con la connotación general de Seguridad Social.

La O.I.T., publicó en 1942 una obra con el título "Hacia la Seguridad Social" pretendiendo significar con esta idea fundamental:

La seguridad de proteger a la sociedad a través de organismos apropiados, contra ciertos riesgos a los que siempre está expuesta. Estos riesgos son esencialmente contingencias contra las cuales el individuo de escasos recursos no puede hacer frente eficazmente por sus propios medios y necesita la colaboración estrecha de todos sus compañeros.

En septiembre de 1942 se celebró en Santiago de Chile la Primera Conferencia Interamericana de Seguridad Social, dándose a la Seguridad Social el sentido de que ésta debe significar:

"Una economía auténtica y racional de los recursos y valores humanos; que cada país debe crear, mantener y acrecentar el valor intelectual, moral y filosófico de sus generaciones activas, preparar el camino a las generaciones venideras y sostener a las generaciones eliminadas de la vida productiva."

La publicación del Plan "Beveridge" en 1942 se ha considerado como la aplicación práctica de la Carta del Atlántico y de las cuatro libertades de Franklin D. Roosevelt, liberación del temor, de la miseria y el aseguramiento de la libertad religiosa y de expresión. En este avanzado Plan se enfatizó la idea de que sólo garantizando a la población del mundo una seguridad permanente, sería posible liberarla de la necesidad, la enfermedad, la ignorancia, la suciedad y la desocupación.

La Declaración de Filadelfia define a la Seguridad Social como el aseguramiento de un determinado ingreso que sustituya a las retribuciones normales de trabajo, cuando éstas queden interrumpidas por paro, enfermedad o accidente; que permita retirarse del trabajo al llegar a determinada edad; que supla la pérdida de recursos para vivir, motivada por el fallecimiento de la persona que trabaja para proporcionarlos y que atienda a los gastos extraordinarios en circunstancias especiales tales como boda, parto y defunción.

En 1945 la Conferencia de Chapultepec sobre problemas de la guerra y de la paz, propuso un amplio plan de cooperación internacional para lograr un mínimo de Seguridad Social.

La segunda reunión de la Conferencia Interamericana de Seguridad Social, celebrada en Río de Janeiro en 1947, reafirmó la necesidad de intensificar los planes de cooperación internacional.

La Comisión de Correspondencia para la Seguridad Social, reunida en Montreal en 1948, acordó definir a la Seguridad Social como la liberación de la necesidad, la garantía de los medios de existencia para que en todas las circunstancias el asegurado disponga de los recursos necesarios para asumir la subsistencia de él y de las personas a su cargo. El 10 de diciembre de 1948 las Naciones Unidas aprobaron la Declaración Universal de los Derechos del Hombre dando a la Seguridad Social la función siguiente:

"Toda persona tiene derecho a la Seguridad en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de medios de subsistencia por circunstancias independientes a su voluntad."

La Seguridad Social tiene una connotación universal, en sus propósitos de liberar de la necesidad a los pueblos, y a esta fórmula tienden a evolucionar los regímenes de Seguro Social obligatorio ampliando su campo de aplicación, las prestaciones y los sujetos a este régimen.

La Seguridad Social evoluciona incesantemente, pero no substituirá a los Seguros Sociales por saltos, sino lenta y gradualmente, en la medida en que también vayan cambiando y lo permitan las condiciones socio-económicas del cuadro social existente. Sobre esta evolución opina el señor Wildman:

"La Seguridad Social es la vida; y los aspectos sociales, económicos y políticos de la vida cambian constantemente, según las necesidades de las naciones."

La Seguridad Social de nuestro tiempo significa ya un Plan General convenido por todos los pueblos y enarbolado por los Gobiernos democráticos, para garantizar la liberación de la miseria y el temor a la indigencia, mediante el suministro de un ingreso permanente, capaz de satisfacer necesidades vitales como alimentación, casa, vestidos

y servicios de salud y asistencia médica adecuada. Así, se entrelaza en la Economía Nacional como un instrumento eficaz de la política económica y social de las democracias modernas.

El señor Doctor Julio Bustos, distinguido experto chileno en esta materia sostiene:

"La Seguridad Social presenta dos características fundamentales, una en extensión en el sentido de que debe abarcar a la totalidad de la población y otra de mejoramiento en el sentido de cubrir todos los riesgos y proporcionar prestaciones substanciales, eficaces y suficientes para el mantenimiento del nivel de vida, alcanzado durante el período de actividad."

El señor Doctor Goñi Moreno, en la Tercera Reunión Internacional de Seguridad Social, enfatiza que habiendo países cuyas doctrinas aparecen como irreductibles posiciones del presente, aceptan coincidentemente la conveniencia de los ideales de la Seguridad Social.

DECLARACION DE MEXICO DE LOS PRINCIPIOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL AMERICANA.—Para concluir la exposición, sobre los antecedentes históricos de la Seguridad Social, consideramos de vital interés, transcribir la Declaración de Principios de la Seguridad Social Americana, presentada por el Delegado de México, señor Lic. Benito Coquet ante la Asamblea General de la VI Reunión de la Conferencia Interamericana de Seguridad Social, celebrada en la Ciudad de México en septiembre de 1960.

Dada la importancia que entraña este documento y por lo trascendente que es no sólo para nuestro país sino para todos y cada uno de los Estados de América, hemos decidido incluirlo en este capítulo.

"Reconoce que desde la constitución de la Conferencia, en Santiago de Chile en 1942, el desarrollo de la seguridad social en América ha realizado importantes progresos que permiten, con mayores experiencias, definir los principios que unen la acción de los gobiernos e instituciones que a ella pertenecen, por lo tanto:

A).—Considera que no obstante el fortalecimiento de la seguridad social en América todavía existen difíciles y persistentes problemas que obstaculizan la lucha por superar la miseria, la insalubridad, la enfermedad, el desamparo, la ignorancia, la inestabilidad del trabajo, la insuficiencia del empleo, la inequitativa distribución del ingreso nacional, las deficiencias del desarrollo económico y las desigualdades en la relación del intercambio internacional.

B).—Estima que los esfuerzos crecientes, cada vez más positivos, para fortalecer el desarrollo económico, elevar los niveles de vida, ampliar y mejorar los sistemas educativos, garantizar los derechos de los trabajadores, elevar el poder adquisitivo de sus salarios, la cuantía de sus percepciones, la conveniente utilización de los recursos naturales, la creciente industrialización, el aumento de la producción y de la productividad, las medidas de carácter integral que se aplican para solucionar las severas limitaciones de la vida en el campo, la extensión de los mercados internos y externos y el fortalecimiento de las instituciones democráticas, permiten expresar que ha llegado la hora de impulsar, en forma más activa, los sistemas generales de seguridad social que garanticen un bienestar cada vez más creciente en beneficio de los pueblos americanos.

C).—Renueva su determinación de contribuir, en la medida de sus posibilidades, a realizar los propósitos que, fundamentalmente, han quedado manifiestos en los principios aprobados en las diversas reuniones de la Organización Internacional del Trabajo, los que constan en la Carta de las Naciones Unidas, en la Carta de la Organización Mundial de la Salud, en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en las Conferencias Regionales de los Estados de América miembros de la Organización Internacional del Trabajo, en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, en las de la Asociación Internacional de la Seguridad Social y en los de esta propia Conferencia, a fin de que ellos inspiren la noble tarea de la seguridad social americana.

D).—Reafirma que la decisión de los pueblos americanos es la de alcanzar una vida digna, libre, soberana, creada y fortalecida por el valor del propio esfuerzo, en cada hombre, en cada pueblo y en cada

nación, unida al poder de la solidaridad que debe traducirse en una más amplia cooperación, para transformar las actuales necesidades en nuevos frutos de bienestar individual y colectivo.

E).—Reconoce que el trabajo de cada hombre debe ser garantizado para que el producto legítimo de sus esfuerzos sea un factor de armonía, de paz social dentro de una justicia social, que asegure, a los pueblos americanos un disfrute cada vez más efectivo, más real y más operante, de los bienes materiales, morales y culturales que ha creado la civilización para su beneficio.

F).—Siente anhelosamente que las circunstancias infrahumanas de existencia deben ser superadas en el plazo más perentorio; que la prosperidad debe ser compartida; que las situaciones de privilegio deben ceder el paso a una más creciente generalización de un auténtico goce de las libertades y de los derechos y de un pleno cumplimiento de los deberes y de las obligaciones individuales y colectivas, para que los pueblos americanos, en su conjunto, constituyan un ejemplo de lo que puede ser realizado cuando se tiene la convicción de que la pobreza, donde quiera que exista, constituye un peligro para la libertad de todos los hombres.

G).—Alienta nuevas y firmes ambiciones para procurar que la seguridad social cuente con más poderosos medios para ensanchar sus sistemas de acción y de protección y para lograr el acceso a un nivel satisfactorio de existencia de sectores más numerosos de la población americana, en las ciudades y en los campos, antes los riesgos del desempleo, de la enfermedad, de la invalidez, de la vejez y de la muerte.

H).—No desestima las dificultades de orden económico y los problemas técnicos que se presentan a los sistemas de seguridad social para incrementar sus beneficios, ampliar sus prestaciones, amparar a mayor número de personas, pero admite que el fin que alienta sus trabajos es acercar la fecha en que pueda ofrecerse una seguridad integral, para un disfrute total de los pueblos americanos y, a esa lucha, ofrece consagrar sus esfuerzos más generosos y más efectivos.

I).—Espera que será cada vez más factible, en la medida en que lo permitan las circunstancias propias de cada nación y de cada pueblo ampliar la protección comprendida en el marco tradicional de los seguros clásicos, para hacer más importantes las prestaciones sociales en beneficio de la infancia, de la juventud, de las mujeres y de los hombres, que aumenten los resultados de una preparación más eficaz, de una capacidad más consistente, de una labor más útil en el sentido individual, familiar y colectivo, a fin de prevenir los riesgos antes de que estos acontezcan, por un fortalecimiento de las condiciones generales y de los medios para luchar venturosamente por la vida.

J).—Reitera que las instituciones democráticas constituyen la más fiel expresión del carácter de los pueblos americanos. La lucha que han sostenido por su independencia y por su libertad las ha fortalecido. Ellas recogen las auténticas necesidades colectivas y respetando a la dignidad de cada persona, se esfuerzan, cotidianamente, por resolverlas. A la antigua expresión de democracia política se han unido otras realidades que integran el término: la democracia económica, la democracia cultural y la democracia en el disfrute de la seguridad social.

K).—Señala que los pueblos, las naciones y los gobiernos continúan esforzándose en realizar los principios de una justicia social y que, para lograrlo, deben estimularse todos los esfuerzos que tienden a abolir, entre otras causas de inseguridad, el estado de temor ante una nueva conflagración, bajo el supuesto imprescindible de que los caminos hacia la paz se verán más despejados en la medida en que se afirme la solución pacífica de los conflictos, y se ensanchen las vías de la cooperación internacional, respetando el derecho, la soberanía y la independencia de los pueblos.

"Con tales consideraciones, la Conferencia

DECLARA

"Que en la medida propia de la esfera de acción de los gobiernos, de las facultades que les conceden sus constituciones políticas y de la competencia de las instituciones, la seguridad social implica:

"1.—Garantizar que cada ser humano contará con los medios suficientes para satisfacer sus necesidades en un nivel adecuado a su dignidad.

2.—Permitir el disfrute de los bienes materiales, morales, culturales y sociales que la civilización ha creado para beneficio del hombre.

3.—Establecer las condiciones necesarias para que cada persona y cada pueblo pueda vivir sin temor, sin amenazas y sin recelos.

4.—Enseñar que nada se consigue sin el esfuerzo propio y que es antisocial la falta de cumplimiento de los deberes y obligaciones que justifican el goce de las garantías y de los derechos.

5.—Permitir que cada hombre pueda perfeccionar su propia capacidad, el rendimiento de sus esfuerzos, la utilidad de sus tareas, para obtener un sano bienestar en beneficio de su familia, de su comunidad y de su nación.

6.—Fortalecer el ejercicio real de las libertades mediante un combate sistemático en contra de la miseria, de la ignorancia, de la insalubridad, de la necesidad, del abandono y del desamparo.

7.—Dar facilidades para que las grandes mayorías disfruten de una sana alimentación, de una habitación digna, de una indumentaria propia.

8.—Crear las condiciones indispensables para estimular la solidaridad entre los hombres y entre los pueblos a fin de convertirla en el instrumento más eficaz de la seguridad social.

9.—Advertir que la prosperidad debe ser indivisible y comúnmente compartida como un único medio de vigorizar la democracia política, la democracia económica, y el disfrute de la seguridad social.

10.—Contribuir para que la distribución del ingreso nacional sea cada vez más equitativa, según la capacidad de las personas, su responsabilidad individual y social y su aportación al bienestar colectivo y para que su redistribución se realice inspirada en la satisfacción general.

11.—Promover el constante ascenso de los niveles de vida de la población, la consolidación del patrimonio económico, social y cultural de cada pueblo.

12.—Asegurar a cada persona la oportunidad de un sitio en el campo de la producción, con retribución adecuada a sus necesidades individuales y familiares.

13.—Auspicar y promover el conocimiento y el goce de los valores culturales y de una sana recreación.

14.—Constituir un amparo eficaz contra los riesgos, previniéndose en la medida de lo posible y luchar con los mejores recursos contra la enfermedad, la invalidez, el desempleo y el subempleo; proteger la maternidad, el estado familiar, el curso de la vejez y las necesidades creadas por la muerte.

15.—Iniciar, desarrollar y ampliar las prestaciones familiares y sociales en favor del progreso individual, familiar y del de la comunidad de que se forme parte.

16.—Estimular la conciencia de cooperación, de ayuda mutua, de solidaridad para las tareas que exige el desarrollo de las comunidades y de los pueblos y enfatizar la acción para transformar la vida del campo, hacer el trabajo del campesino más remunerador, atenderlo en las contingencias de su trabajo, en sus enfermedades y en los riesgos de la subocupación, de la desocupación, de la vejez y de la muerte.

17.—En consecuencia, ampliar en la medida en que lo permitan las circunstancias políticas, económicas y jurídicas el radio de acción de los seguros sociales hacia una concepción integral de la seguridad general, alentando los nuevos factores de bienestar que sea dable realizar, en un ambiente de paz social, que permita avances constantes a un fortalecimiento de la justicia social, destino último de esta Declaración."

2.—CARACTERISTICAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL.—De acuerdo con lo anteriormente expuesto podemos afirmar que las principales características de la seguridad social son las siguientes:

a).—Este novísimo régimen de previsión, tiende hacia la universalización, es decir, abarcando todos los riesgos y protegiendo a toda la población en cualquier circunscripción territorial en que se encuentre eliminado el viejo concepto de población económicamente débil o trabajadora y el de circunscripciones territoriales limitadas.

b).—El régimen tiende a la integridad cuidando a la salud, de los medios económicos de subsistencia, de la rehabilitación general y de la ocupación. La seguridad social cuidará de otorgar las prestaciones sobre la base de proteger la incapacidad de ganancia por falta de trabajo o imposibilidad para trabajar y velará por la supervivencia de los miembros de la familia. El objetivo es proteger los recursos humanos contra la destrucción y el desgaste, preservando a los asegurados y a sus beneficiarios de la miseria, la angustia y el sufrimiento, provocados por circunstancias ajenas a su voluntad.

c).—Promueve el principio de la solidaridad nacional, con la creación y redistribución de la riqueza, dando a cada uno en la medida de sus fuerzas y recibiendo en función prudente de sus necesidades. En la contribución para los riesgos totales, los que tienen más pagan más y reciben menos, mientras que los que tienen menos pagan menos y reciben más con la aplicación del principio de solidaridad del régimen.

d).—Pretende organizar la administración con unidad técnica y administrativa que reduzca los costos, simplifique el trámite, elimine el lucro y garantice el derecho de protección integral. Planeando las instituciones sobre bases de servicio público, administración descentralizada, autónoma con patrimonio propio y administración tripartita sin fines de lucro.

e).—Promover el principio de protección general, sin distinción de razas, sexos, credos o nacionalidades, para alcanzar y consolidar la internacionalidad del sistema de Seguridad Social, y

f).—Consagrar en el orden político el principio intervencionista del Estado: en el orden jurídico significa el triunfo de la doctrina alemana de 1883 de predominio de los principios del derecho público sobre el derecho privado; en el orden social es la realización de un importantísimo avance en el mejoramiento de las clases sociales y en el orden económico ha consagrado el principio de la solidaridad social, como medio de obtener una más justa y equitativa distribución de la riqueza nacional.

3.—DEFINICIONES DOCTRINARIAS.—En torno a la seguridad social han sido elaboradas varias definiciones de las cuales hemos escogido las siguientes:

En los Estados Unidos, Abraham Epstein y Arthur J. Altmeyer se considera que han dado la mejor definición sobre Seguridad Social expresando: "Es el deseo universal de todos los seres humanos, por una vida mejor, comprendiendo la liberación de la miseria, la salud, la educación, las condiciones decorosas de vida y principalmente el trabajo adecuado y seguro."

En México, tomando en consideración las ideas que han servido para determinar la Seguridad Social el Ing. Miguel García Cruz ha estructurado una definición, a nuestro juicio, más completa ya que en ella se procura resumir la antología del pensamiento consagrada en más de cien exposiciones que han sido elaboradas. Esta síntesis expresa:

"La Seguridad Social es un derecho público, de observancia obligatoria y aplicación universal, para el logro solidario de una economía auténtica y racional de los recursos y valores humanos, que asegura a toda la población una vida mejor, con ingresos o medios económicos suficientes para una subsistencia decorosa, libre de miseria, temor, enfermedad, ignorancia y desocupación, con el fin de que en todos los países se establezca, mantenga y acreciente el valor intelectual, moral y filosófico de su población activa, se prepare el camino a las generaciones venideras y se sostenga a los incapacitados eliminados de la vida productiva" ¹⁰⁰.

4.—SEGURO SOCIAL.—Consideraciones Generales.—Habiendo expuesto ya, los antecedentes, principios, características y definiciones de la Seguridad Social, vamos a ocuparnos ahora de hacer algunas consideraciones generales acerca del Seguro Social, cuyo sistema fué sin duda tomado en cuenta por nuestro legislador para crear el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado.

A).—El Seguro Social es una técnica aceptada universalmente para disminuir las consecuencias económicas derivadas de los siniestros y evitar en parte, la pobreza y el desamparo general de la población.

El Seguro Social es un sistema colectivo de protección, establecido por el Estado para atender a las necesidades originadas por la pérdida, disminución o insuficiencia de salario, de ciertas clases sociales.

B).—El Seguro se basa en el principio de que, si individualmente no es posible calcular un siniestro, sí es factible cuando se trate de un conjunto o de un grupo, ya que los accidentes de vida ocurren con bastante regularidad y son susceptibles de preverse o medirse con cierta exactitud.

Ejemplificando, si no es posible decir individualmente qué persona morirá, enfermará o se accidentará dentro de los próximos diez años, sí en cambio, puede estimarse la proporción de que un grupo determinado se accidente, se invalide, se enferme, muera, o tenga un niño durante el mismo período.

Dice Arthur Birnie: La posibilidad de predecir y medir los acontecimientos con relación a los grupos, permite considerar en un gran número de personas, los riesgos a que están expuestos los individuos, cada uno de los cuales soporta sólo una pequeña proporción de la pérdida que cae sobre unos cuantos al principio.

C).—El trabajador asalariado se procura los recursos para su subsistencia y la de sus familiares, del ejercicio regular de una actividad profesional y al servicio de un patrón; pero cualquier cesación o interrupción del trabajo, ya sea provocada por accidente, enfermedad, vejez, invalidez, muerte prematura, o por paro, destruye esa base económica de la familia obrera y provoca privaciones caracterizadas por el hambre y la miseria.

Un sistema de trabajo humano, que tenga como principio la justicia social, exige la organización de un sistema de previsión eficaz para los trabajadores, que disminuya las consecuencias derivadas de la realización de los riesgos profesionales y sociales más importantes.

El progreso de las naciones, impone al Estado como preocupación de primer orden y podría decirse que es signo definitivo de la época, la organización de un sistema eficaz de Seguro Social que robustezca la suposición política ante los sectores populares.

La importancia que revisten los problemas demográficos y económicos, ha superado la época de las soluciones aisladas, parciales e incongruentes y demandan una atención general completa, donde sea

posible que el Estado realice esta tarea con los esfuerzos mancomunados de todo el pueblo, al margen de ese liberalismo económico decadente que no ha permitido soluciones integrales en beneficio de las economías nacionales.

D).—Para conseguir la superación cualitativa y cuantitativa de la población se requiere, entre otras cosas, dos condiciones básicas:

1a.—Eleva a su máximo el índice de salud del pueblo, y

2a.—Garantizarle un bienestar económico que le permita satisfacer, cuando menos, las necesidades fundamentales del jefe de familia y personas a su costa.

La realización del primer objetivo requiere el establecimiento de un equipo médico-social eficaz, que impida la propagación de epidemias, la atención médica adecuada y suficiente al niño, a la madre y al jefe de familia, a los ascendientes, creándoles además un ambiente que les permita la conservación permanente de la salud.

Para conseguir el segundo objetivo, es preciso realizar una justa distribución de la riqueza, garantizando permanentemente ingresos adecuados a los trabajadores, mediante la continuidad de trabajo, al margen de la desocupación y la carencia de ingresos por pérdida involuntaria de la capacidad de ganancia.

Sólo así, es posible combatir la inseguridad y la intranquilidad, creando un ambiente de confianza, optimismo y esperanza en el porvenir, que consolide, los regímenes políticos y económicos de los Estados.

E).—El Seguro Social, garantiza a los trabajadores sólo un mínimo de bienestar económico compatible siempre y en función de las modificaciones que va imprimiendo la dinámica del progreso económico, pues para que pueda cumplir su alta misión, debe ser un plan elástico, flexible, adaptado a la realidad económica.

Una experiencia de 73 años demuestra que el Seguro Social es un medio adecuado, para procurar a los trabajadores el grado de seguridad a que justamente tienen derecho.

Las legislaciones de seguridad que rigen en diversos países, comprenden medidas especiales que cubren los riesgos de accidentes de trabajo, enfermedades profesionales, maternidad, vejez, invalidez, cesantía y muerte.

F).—Los fines fundamentales del Seguro Social son:

1o.—Prevenir la pérdida prematura de la capacidad de trabajo.

2o.—Cesar o atenuar la incapacidad de trabajo, ya suministrando al trabajador medios de subsistencia o rehabilitándolo para que vuelva a su actividad profesional, y

3o.—Compensar, mediante el otorgamiento de prestaciones en metálico el perjuicio económico, resultante de la interrupción o cesación de su actividad profesional.

Para los fines del Seguro, la familia es la unidad y debe establecerse un régimen de protección adecuado a la contingencia de sus miembros, que rija en todas las épocas para auxiliar a los trabajadores y a sus familiares en las horas de adversidad.

En la trigésima cuarta Reunión de la Conferencia Interamericana de Trabajo celebrada en Ginebra en el año de 1951, se aprobaron como riesgos de la Seguridad Social, entre otras, las nuevas ramas siguientes:

1.—Prestaciones médicas.

2.—Subsidios de enfermedad.

3.—Subsidios de desempleo.

4.—Pensiones o subsidios de vejez.

5.—En caso de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales: Prestaciones Médicas, Subsidios de Enfermedad, Pensiones o Subsidios de Invalidez y Pensiones o Subsidios a los supervivientes.

6.—Asignaciones familiares.

7.—Prestaciones Médicas en caso de Maternidad y Subsidios de Maternidad.

8.—Pensiones o subsidios de invalidez, y

9.—Pensiones o subsidios a los supervivientes.

G).—Las definiciones que se han dado al seguro social son numerosas, a continuación se exponen con especificación de autores las más importantes:

González Roth.—Los seguros sociales son organizados por los Estados, generalmente con su apoyo económico, en favor de los trabajadores, con la finalidad de neutralizar las consecuencias económicas que a los mismos o a sus derechohabientes ha de producir la pérdida del salario por la imposibilidad de aplicar la actividad de aquellos trabajos remunerados, imposibilidad motivada, ya por causas que se derivan directamente de la organización o el ejercicio de la industria agrícola, manufacturera o comercial; ya por causas fisiológicas extraprofesionales: enfermedad, invalidez, vejez y muerte.

J. Ondegeos.—El Seguro Social comprende la totalidad de medidas tomadas para impedir que el obrero y su familia que se encuentren en la imposibilidad de ganar su vida trabajando, caigan en el pauperismo.

López Núñez.—El Seguro Social es el que se propone cubrir los riesgos especiales de la vida del trabajador.

García Oviedo.—El Seguro Social es el que garantiza contra las consecuencias económicas de los riesgos que pueden disminuir o extinguir la capacidad del hombre para el trabajo.

González Posada.—El Seguro Social es una institución paternalista que implica un esfuerzo por parte del Estado para venir en ayuda del trabajador y proporcionarle lo que individualmente no puede procurarse.

La Ley Mexicana del Seguro Social establece los seguros de los riesgos de: Accidentes del trabajo y Enfermedades Profesionales; Enfermedades no profesionales y Maternidad, Invalidez, Vejez y Muerte;

Cesantía involuntaria en edad avanzada. Estos riesgos son los que causan mayores estragos entre los trabajadores, pues es enorme el volumen de víctimas que revela la estadística y los perjuicios que causan en los sectores pobres de la población, siendo por tanto hondas sus repercusiones en el conglomerado social. La seguridad colectiva requiere que el seguro abarque los riesgos más importantes y enfoque su acción sobre todo el campo donde se realizan estos riesgos, extendiendo su protección no sólo a los riesgos antes señalados, sino también sobre aquellas emergencias, tales como la enfermedad de la esposa o hijos y gastos de nacimiento y funerales.

La función principal del Seguro Social ha sido eliminar la indigencia de los sectores económicamente débiles, protegiéndolos contra los riesgos ostensibles que los amenazan.

El cumplimiento de esta finalidad implica que el seguro extienda sus beneficios no sólo al trabajador, sino a todos sus económicamente dependientes.

5.—LA JUBILACION Y PENSION COMO INSTRUMENTOS DEL REGIMEN DE SEGURIDAD SOCIAL DE LOS TRABAJADORES DEL ESTADO.—Para concluir este capítulo sobre seguridad social sólo nos falta señalar la importante función que desempeñan la jubilación y pensión como instrumentos del sistema creado por la Ley del I. S. S. S. T. E.

Para poder lograr nuestro objetivo vamos a enumerar las diversas prestaciones o instrumentos que en conjunto forman el régimen de seguridad social de los trabajadores del Estado, para lo cual transcribiremos el Art. 3o. de la Ley del I. S. S. S. T. E. que categóricamente expresa:

"Se establecen con el carácter de obligatorias las siguientes prestaciones:

- I.—Seguro de Enfermedades no profesionales y maternidad;
- II.—Seguro de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales;

III.—Servicios de reeducación y readaptación de inválidos;

IV.—Servicios que eleven los niveles de vida del servidor público y de su familia;

V.—Promociones que mejoren la preparación técnica y cultural y que activen las formas de sociabilidad del trabajador y de su familia;

VI.—Créditos para la adquisición en propiedad, de casas o terrenos para la construcción de las mismas, destinados a la habitación familiar del trabajador;

VII.—Arrendamiento de habitaciones económicas pertenecientes al Instituto.

VIII.—Préstamos hipotecarios.

IX.—Préstamos a corto plazo.

X.—Jubilación.

XI.—Seguro de vejez.

XII.—Seguro de Invalidez.

XIII.—Seguro por causa de muerte.

XIV.—Indemnización global".

En nuestro concepto en las fracciones XI, XII y XIII del artículo citado debió el legislador haber empleado con mayor propiedad las frases Jubilación por Vejez, Jubilación por Invalidez y Pensión por causa de muerte, respectivamente, pues con el término seguro se pierde precisión en los conceptos.

Como es fácil observar a través de las prestaciones establecidas en el artículo precedente el régimen de seguridad social de los trabajadores del Estado es muy semejante al instituído por la Ley del Seguro Social, pues ambos sistemas tienen por finalidad la de proteger

y asegurar a los trabajadores y sus familiares contra los riesgos que los amenazan no sólo con motivo de la prestación del servicio sino en general contra todos los riesgos que presenta la vida diaria.

La jubilación y pensión dentro de este régimen desempeñan un importantísimo papel como instrumento de protección de los trabajadores durante la vejez o inhabilitación (jubilación) y de sus familiares al fallecer éste, durante la hofandad, viudedad o incapacidad económica (pensión).

CAPITULO V

ANALISIS DE LOS PRECEPTOS DE LA LEY DEL I.S.S.S.T.E.
QUE REGULAN LAS JUBILACIONES Y PENSIONES.

ANÁLISIS DE LOS PRECEPTOS DE LA LEY DEL I. S. S. S. T. E. QUE REGULAN LAS JUBILACIONES Y PENSIONES.—Los artículos que analizaremos en el presente capítulo se refieren exclusivamente a jubilaciones y pensiones y están consignados en las cinco secciones del Capítulo Octavo de la Ley del I. S. S. S. T. E.

Con el objeto de que la exposición no resulte demasiado larga y tediosa nos limitaremos a expresar ciertos comentarios generales, señalando en cada caso los números de los artículos que queden comprendidos, y sólo cuando la importancia o trascendencia de alguna disposición lo requiera haremos el comentario específico correspondiente.

La primera observación que conforme a los lineamientos generales de esta tesis, resalta, consiste en la terminología empleada por el legislador al referirse a los conceptos de jubilación y pensión; ya quedó de manifiesto en el último inciso del Capítulo II, el concepto y diferencias de estos derechos y del texto de la Ley en estudio se desprende que no corresponde la concepción jurídica formal con la acepción que a tales términos se les da en dicha Ley. Esta afirmación se justifica al examinar el propio encabezado del Capítulo Octavo en cuestión, que textualmente dice:

“De la Jubilación y de las Pensiones por Vejez, Invalidez y Muerte”.

A nuestro juicio, este encabezado podría cambiarse empleando con mayor propiedad los conceptos y quedar en la forma siguiente:

De las Jubilaciones y Pensión.

Jubilación por Servicios, Vejez o Invalidez y Pensión por Muerte.

Hemos agregado el concepto de Jubilación por servicios, porque como veremos más adelante en la Ley del I. S. S. S. T. E. el legislador ha creado esta nueva modalidad al conceder jubilación al trabajador que ha prestado 30 años de servicios sin limitación de edad.

La observación que hemos hecho respecto al empleo técnico que debe darse a los conceptos de jubilación y pensión es aplicable a los artículos 63 al 71 en particular, y en general a todo el Capítulo en exá-

men, si insistimos en esta cuestión es debido a que con ello se obtiene mayor claridad en los artículos y se evitan posibles confusiones según puede verse en el artículo que a continuación analizamos.

"Art. 66.—Es incompatible la percepción de una pensión otorgada por el Instituto con la percepción de cualquier otra pensión concedida por el propio Instituto y por las entidades y organismos públicos a que se refiere el artículo 10. de esta ley y que estén incorporados al régimen de la misma. Es igualmente incompatible la percepción de una pensión con el desempeño de cualquier cargo, empleo o comisión remunerados por tales entidades y organismos públicos, siempre que tales cargos y empleos impliquen la incorporación al régimen de esta ley. Los interesados podrán gozar nuevamente de la pensión, cuando desaparezca la incompatibilidad.

El infractor a la disposición antes expresada, estará obligado a reintegrar las cantidades percibidas indebidamente en el plazo que le será fijado por el Instituto pero que nunca será menor al tiempo en que las hubiere recibido. Desaparecida la incompatibilidad y reintegradas las cantidades indebidamente recibidas, el pensionista puede volver a disfrutar de la pensión otorgada. Si no hiciese el reintegro en los términos de este artículo, perderá todo derecho a la pensión.

Los pensionistas quedan obligados a dar aviso inmediato al Instituto cuando acepten cualquiera de los empleos, cargos o comisiones a que se ha hecho referencia; igualmente, quedan obligados a dar aviso en caso de otorgamiento de alguna otra pensión. En todo caso, el Instituto ordenará la suspensión de la pensión otorgada".

Nos hemos permitido transcribir este artículo porque consideramos que amerita un comentario especial.

En primer lugar podemos afirmar que nos parece incorrecta la incompatibilidad tan general que establece este precepto, pues al emplear el término pensión está abarcando, sin duda, a las jubilaciones y a la pensión propiamente dicha, situación que no solamente es injusta sino contraria a los fines de amparo social consagrados por esta Ley.

En nuestro concepto, no debe existir incompatibilidad entre la percepción simultánea de pensión y sueldo, de dos pensiones o de jubilación y pensión. Solamente es de aceptarse la incompatibilidad entre la percepción de jubilación y sueldo.

Las razones que nos inducen a emitir esta opinión se darán a conocer a través de los siguientes ejemplos que pueden existir, o mejor dicho resultan de la vida diaria.

1o.—Consideremos un matrimonio de burócratas, como hay muchos, que por razón de sus necesidades laboran ambos cónyuges en una misma dependencia oficial, es evidente que los ingresos así obtenidos son indispensables para el sostenimiento propio y de sus familiares. Pues bien, fallece el trabajador, habiendo cumplido con los requisitos que la Ley del I. S. S. S. T. E. establece para concederle jubilación, que, en este caso, se convierte en derecho de pensión para sus deudos. Ante esta situación la viuda pretende hacer uso de este derecho y le es negado por la Junta Directiva porque de acuerdo con el artículo 66, argumenta, es incompatible la percepción de la pensión con el sueldo que en la actualidad devenga. Entonces la viuda no tiene otro camino que el de renunciar al empleo con la pérdida consecuente del sueldo, o bien olvidarse de la pensión que por derecho le corresponde a causa de la muerte de su esposo. Como vemos en ambos casos pierde uno de los ingresos, que legítimamente le corresponden, en perjuicio propio y de los suyos.

2o.—Ejemplo: Consideremos nuevamente otro matrimonio de servidores públicos con seis hijos menores de 18 años, el esposo trabaja en un organismo público descentralizado (I.S.S.S.T.E.) y la señora trabaja en la Secretaría de Hacienda y Crédito Público; por azares del destino fallecen ambos en un accidente (habiendo cumplido previamente con los requisitos establecidos por la Ley, para obtener la jubilación, que en este caso también se convierte en derecho de pensión para sus deudos). Pues bien, ante esta situación los hijos, a través del tutor, sólo pueden percibir, de acuerdo con el artículo 66 que venimos analizando, una sola pensión que puede ser la que les corresponde por el fallecimiento del padre, o bien la que resulta como consecuencia del deceso de la madre; pero ya sea en uno u otro caso pierden un renglón de ingresos, que puede causar vitales perjuicios a esos desafortunados huérfanos.

3o.—Por último consideremos un tercer matrimonio de burócratas con varios hijos menores, la esposa de 45 años de edad, se encuentra percibiendo del I.S.S.S.T.E. una jubilación por invalidez y el esposo trabaja en la Secretaría de Industria y Comercio; pues bien ocurre el fallecimiento del esposo (habiendo prestado servicios por 30 años y contribuido por el mismo período al Patrimonio del I.S.S.S.T.E.) consecuencia lógica de esta situación, sería que su viuda percibiera una pensión por la muerte del trabajador. Pero resulta nuevamente nugatorio en este ejemplo, el derecho de pensión que consagra la Ley para esta pobre inválida, pues se vuelve a ver en una disyuntiva, o renuncia a la jubilación o pierde el derecho de pensión.

Como es fácil observar a través de los ejemplos expuestos la incompatibilidad tan genérica establecida por el artículo 66 en examen, no sólo resulta injusta, como lo expresamos anteriormente, sino que revela una incongruencia con las demás disposiciones del propio ordenamiento.

Por otra parte si el legislador estableció como ya lo dijimos en otras ocasiones los derechos de jubilación y pensión para proteger, al trabajador durante la vejez e invalidez, y a sus familiares en la hordandad, viudez o incapacidad, no nos explicamos la razón de la existencia de las incompatibilidades apuntadas.

Para terminar este análisis diremos que en cambio, por lo que respecta a la incompatibilidad que se establezca entre la jubilación y el desempeño de un cargo, comisión o empleo que impliquen incorporación a la Ley del I.S.S.S.T.E., es plenamente justificable y son obvias las razones que nos hacen pensar de esta manera; pues si por una parte, el Estado protege a través de este magnífico ordenamiento que se llama Ley del I.S.S.S.T.E., a los trabajadores que le sirven, tomando en consideración el sueldo o sueldos que perciben para jubilarlos cuando se considera que, por la edad, desgaste físico por los años de servicios o invalidez ya no le son útiles y ameritan descanso. Sería un contrasentido que el propio Estado admitiera pagar un sueldo, que implica aptitud para el servicio, al mismo trabajador que jubiló por no considerarlo útil para dicho servicio.

Por todo lo anteriormente expuesto se propone la modificación del artículo 66 para quedar como sigue:

Art. 66.—Es incompatible la percepción de una jubilación otorgada por el Instituto, con el desempeño de cualquier cargo, empleo o comisión remunerados por el propio Instituto o las entidades y organismos públicos a que se refiere el artículo 1o. de esta Ley, siempre que tales cargos, empleos o comisiones impliquen la incorporación al régimen de la misma.

El infractor de esta disposición, estará obligado a reintegrar las cantidades percibidas indebidamente en el plazo que le será fijado por el Instituto pero que nunca será menor al tiempo en que las hubiere recibido. Desaparecida la incompatibilidad y reintegradas las cantidades indebidamente recibidas, el jubilado puede volver a disfrutar de la jubilación otorgada. Si no hiciere el reintegro en los términos de este artículo, perderá todo derecho a la jubilación.

Los jubilados quedan obligados a dar aviso inmediato al Instituto cuando acepten cualquiera de los empleos, cargos o comisiones a que se ha hecho referencia, a fin de que les sea suspendida por orden del Instituto la jubilación otorgada.

SECCION 2a.

JUBILACION

“Artículo 72.—Tienen derecho a la jubilación los trabajadores con 30 años o más de servicios e igual tiempo de contribución al Instituto, en los términos de esta Ley, cualquiera que sea su edad.

La jubilación dará derecho al pago de una cantidad equivalente al 100% del sueldo regulador que se define en el artículo 79 y su percepción comenzará a partir del día siguiente a aquél en que el trabajador hubiere disfrutado el último sueldo por haber causado baja.”

Consideramos necesario transcribir este precepto porque, a nuestro juicio, amerita un comentario especial.

Debemos hacer notar que al establecer el legislador este artículo en la Ley del I.S.S.S.T.E. ha logrado aumentar los beneficios del trabajador público en este importantísimo renglón de las jubilaciones y pensiones. En esta nueva figura el legislador ha prescindido del requisito edad que contienen, sin lugar a duda, todos los ordenamientos análogos no sólo de México sino de todos los países del mundo, ya que en cada uno de ellos se establece un mínimo de edad para obtener la jubilación, esta edad fluctúa entre los 55 y los 70 años.

Por esta razón podemos afirmar que México es el primero de los Estados, a través de su Ley del I.S.S.S.T.E., que concede la jubilación sin límite de edad, es decir, que para otorgar este beneficio sólo requiere un mínimo de tiempo de servicios que fija en 30 años con la contribución respectiva. De lo anterior se desprende que podrá jubilarse un empleado aún menor de 50 años, por lo que, ello representa un adelanto sin precedente en este renglón de la Seguridad Social.

"Artículo 78.—La pensión total por vejez que se conceda con cargo al Instituto, en ningún caso podrá ser inferior a \$12.00 diarios ni exceder del 100% del sueldo regulador a que se refiere el artículo siguiente, aún en el caso de la aplicación concomitante de otras leyes."

Este artículo requiere, a nuestro juicio, el siguiente comentario:

Si bien es cierto, que nuestro legislador aumentó a \$12.00 en esta nueva Ley la cuota mínima de la jubilación por vejez, de \$6.00 que establecía la abrogada Ley de Pensiones Civiles, también resulta que dicha cuota es no sólo inadecuada sino insuficiente. Esta afirmación encuentra apoyo si consideramos que la jubilación tiene, como ya se dijo, un carácter eminentemente de renta alimentaria a la par que el sueldo, por lo que no es congruente que en este sistema tan adelantado de la Seguridad Social, se establezca una cuota jubilatoria inferior al salario mínimo establecido por la Ley Federal del Trabajo.

Por las razones apuntadas proponemos la modificación del artículo en examen para quedar como sigue:

Artículo 78.—La jubilación total por vejez que se conceda con cargo al Instituto, en ningún caso podrá ser inferior al salario mínimo

que rija en el momento de dicha concesión, ni exceder del 100% del sueldo regulador a que se refiere el artículo siguiente, aún en el caso de la aplicación concomitante de otras leyes.

“Artículo 79.—Para calcular el monto de la pensión a que tengan derecho los trabajadores, se tomarán en cuenta exclusivamente el sueldo o sueldos percibidos y, a partir del 1o. de octubre de 1925, sólo se considerarán aquellos sobre los cuales se hubiese cubierto las aportaciones correspondientes.

Asimismo, para calcular el monto de las cantidades que correspondan por jubilación o por pensión en los términos de los artículos 72 y 77 respectivamente, se tomará el promedio de los sueldos disfrutados en los cinco años inmediatos anteriores a la fecha del acuerdo por el que se conceda. Dicho promedio se denominará sueldo regulador.”

Este artículo requiere, a nuestro juicio, el siguiente comentario.

En primer lugar nos parece incorrecto que se empleen en este precepto los términos pensión y luego jubilación, pues de acuerdo con las observaciones anteriores la jubilación es un derecho privativo de los trabajadores, y tanto en la primera como en la segunda parte del artículo en examen el legislador se está refiriendo a derechos del trabajador y no de sus deudos. Por lo que nosotros pensamos que podría reducirse el texto de este artículo de la manera siguiente:

Artículo 79.—Para calcular el monto de la jubilación a que tenga derecho el trabajador, se tomará el promedio del sueldo o sueldos que hubiese disfrutado durante los cinco años inmediatos anteriores a la fecha del acuerdo por el que se le conceda. Dicho promedio se denominará cuota reguladora.

Para los efectos de este artículo sólo se considerarán a partir del 1o. de octubre de 1925, los sueldos sobre los cuales se hubiesen cubierto las aportaciones correspondientes.

Debemos hacer notar que en la redacción propuesta hemos empleado los términos, cuota reguladora, en lugar de sueldo regulador, porque a nuestro juicio, resultan más apropiados, ya que, de acuerdo con

su acepción idiomática la palabra cuota significa: "parte o porción determinada", y en el caso de la fijación del monto de una jubilación el fin que se persigue es precisamente el de establecer la parte o porción que corresponde al trabajador, del promedio del sueldo o sueldos que ha disfrutado durante los últimos cinco años.

Por último y para terminar este capítulo vamos a transcribir el artículo 136 que, en nuestra opinión, es el que mayor importancia y trascendencia reviste dentro del renglón de las jubilaciones y pensiones establecidas por el nuevo régimen de Seguridad Social de los trabajadores del Estado.

"Artículo 136.—Cada seis años se hará una revisión de las cuantías de las jubilaciones y pensiones para mejorarlas en caso de aumento en el costo de la vida de acuerdo con los índices elaborados por el Banco de México, en proporción que no exceda del coeficiente de incremento que se observe en los mismos, y siempre que los dictámenes actuariales lo determinen, basados en la valuación que se haga sexenalmente de las reservas del Instituto por el Banco Nacional Hipotecario Urbano y de Obras Públicas en lo que se refiere a sus inversiones en inmuebles y por la Nacional Financiera en lo que respecta a los demás activos."

Como es fácil observar este artículo establece por primera vez en la historia de la legislación mexicana el concepto de la jubilación y pensión móvil, es decir que las cuotas que se perciban por estos conceptos se irán elevando a medida que aumente el costo de la vida. Por esta razón debemos apuntar que no sólo es plausible la medida tomada por nuestro legislador en este sentido, sino digna de reconocimiento por toda la burocracia; ya que con esta nueva disposición se acaba, con la penuria de esos valiosos trabajadores jubilados, que habiendo prestado sus mejores años al servicio del Estado constantemente se veían lacerados por el alza de las subsistencias, y también se evita el infortunio de las desvalidas viudas y huérfanos que después de soportar la pérdida irreparable de sus más queridos seres tenían que llevar a costas el peso de la escasez y la miseria.

Por otra parte podemos afirmar, que con este artículo, nuestro legislador ha sabido dar el verdadero sentido que estos derechos tienen en el nuevo régimen de Seguridad Social.

CONCLUSIONES

1a.—La jubilación es un derecho que la Ley otorga al trabajador público para que separado de su empleo o función, por haber cumplido las condiciones y requisitos que ella misma establece, continúe percibiendo durante su vida una cantidad periódica de dinero.

2a.—La pensión es un derecho que la Ley establece en favor de determinados deudos del trabajador que fallece en estado de jubilado, con derecho a la jubilación, o bien cuando fallece a causa o como consecuencia de un riesgo profesional, o por causas ajenas al servicio siempre que hubiese contribuido al Patrimonio del Instituto durante 15 años como mínimo.

3a.—Tanto la jubilación como la pensión constituyen derechos patrimoniales puesto que son susceptibles de apreciación pecuniaria, pero tal carácter se encuentra limitado y protegido por la Ley a través de ciertas disposiciones que establecen, la imprescriptibilidad, inembargabilidad e inalienabilidad de ambos derechos. Sin embargo estas notas comunes que presentan la jubilación y pensión no deben servir para que se les confunda, pues, como dejamos asentado en los Capítulos I y II de esta tesis, las causas que originan una y otra, son totalmente distintas, ya que, para obtener el derecho a la jubilación es requisito sine qua non el haber prestado servicios al Estado, es decir, haber tenido el carácter de trabajador. En cambio la pensión se origina en el momento en que el trabajador muere, es decir, que a partir de la muerte del trabajador nace el derecho de pensión para sus deudos, expresamente determinados por la Ley.

4a.—Por seguir conservando una inveterada tradición, nuestro legislador al elaborar la nueva Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, ha vuelto a emplear en órfma inexacta, a nuestro juicio, el término pensión ya que con éste designa lo mismo a la jubilación que a la pensión.

5a.—Hemos dicho que es inexacta la aplicación del término pensión dándole una connotación genérica, en primer lugar, por las razones expuestas en la conclusión anterior, y por otra parte, porque conside-

ramos que de no darse a los conceptos de jubilación y pensión el significado propio que a cada una corresponde, se hace menos fácil la aplicación de la Ley, causándose en algunas ocasiones confusiones que no sólo afectan la forma sino el fondo de las disposiciones, según tuvimos oportunidad de demostrarlo al hacer el análisis, en nuestro Capítulo V, del Artículo 66 que establece la incompatibilidad.

6a.—La naturaleza jurídica de la jubilación y pensión, vista a la luz del Derecho Administrativo, es la de un servicio público de Seguridad Social, puesto que reúne los tres elementos esenciales de esta figura jurídica, que son: la actividad directa o indirecta de la administración pública; cuyo objeto es la satisfacción de necesidades colectivas; por un procedimiento o régimen de derecho público. Se afirma que la jubilación y pensión son servicios públicos de Seguridad Social, porque dichos servicios forman parte de un sistema o régimen de Seguridad Social que es el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado.

7a.—La jubilación y pensión constituyen valiosísimos instrumentos de la Ley del I.S.S.S.T.E. pues a través de ellos el Estado Mexicano ha logrado proteger en forma efectiva no sólo a los trabajadores que le prestan sus servicios sino además a los familiares que dependen de éstos, librándolos para siempre de las funestas consecuencias que producen, el agotamiento, la vejez, la invalidez y la orfandad, viudedad e incapacidad.

8a.—Por último, pensamos que pudieran ser útiles las modificaciones que hemos propuesto en el Capítulo V de esta tesis, pues todo nuestro empeño ha sido con el propósito de colaborar, con nuestra modesta aportación al engrandecimiento de esa magnífica Ley del I.S.S.S.T.E. que constituye el mejor y más efectivo régimen de Seguridad Social, anhelado hace muchos años por los trabajadores que servimos al Estado.

BIBLIOGRAFIA

- BIELSA, RAFAEL:** Ciencia de la Administración. Rosario, 1937.
Derecho Administrativo. 4a. ed. Buenos Aires, 1947.
Principios de Derecho Administrativo. 2a. ed. Buenos Aires, 1949.
- BULLRICH, RODOLFO:** El Régimen Legal de los Servicios Públicos en la Provincia de Buenos Aires. Buenos Aires, 1939.
- DUGUIT, LEON:** Las Transformaciones del Derecho Público, trad. esp. Madrid. s/d.
Traité de Droit Constitutionnel. 3a. ed. Paris, 1927-1930, t. II.
- FERNANDEZ DE VELASCO, RECARDO:** Resumen de Derecho Administrativo y de la Ciencia de la Administración. Madrid, 1930.
- FRAGA, GABINO:** Derecho Administrativo, 4a. ed.
- GARCIA CRUZ, MIGUEL:** La Seguridad Social. México, 1955.
- GARCIA OVIEDO, CARLOS:** Instituciones de Derecho Administrativo. Sevilla, 1927.
- GASCON Y MARIN, JOSE:** Tratado de Derecho Administrativo. Madrid, 1928.
- GOÑI MORENO, JOSE MARIA:** Las Jubilaciones y Pensiones Civiles de la Nación. Buenos Aires, 1942.
- HAORIOU, MAURICE:** Précis de Droit Administratif. 11a. ed. Paris, 1927.

- JEZE, GASTON: Le Fonctionnement des Services Publics.
Paris, 1923.
Les Contrats Administratifs. Paris, 1927.
t. I.
Les Principes Généraux du Droit Administratif. 3a. ed. Paris, 1925-1926. t. II.
- LARROQUE, PIERRE: Les Usagers des Services Publics Industriels. Paris, 1933.
- MEIRELLES TEIXEIRA, J. M.: Estudos de Direito Administrativo. Sao Paulo. 1949. t. I.
- PETROZZIELLO, M.: Il Rapporto di Pubblico Impiego Milano, 1935.
- ROMANO, SANTI: Corso di Diritto Amministrativo. Padova, 1932. t. I.
- ROYO VILLANOVA, ANTONIO: Elementos de Derecho Administrativo. 24a. ed. 1953. t. I.
- SARRIA, FELIX: Derecho Administrativo. 3a. ed. Córdoba, 1946. t. I.
- SERRA ROJAS, ANDRES: Derecho Administrativo. México, 1959.
- VILLEGAS BASAVILBASO, BENJAMIN: Derecho Administrativo. t. III. Buenos Aires, 1951.
- WALINE, MANUEL: Elémentaire de Droit Administratif. Paris, 1936.

INDICE

JUBILACIONES Y PENSIONES EN EL NUEVO REGIMEN DE SEGURIDAD SOCIAL DE LOS TRABAJADORES DEL ESTADO

MATERIA	Págs.
CAPITULO I	
DE LA JUBILACION:	
Concepto gramatical	9
Definiciones doctrinarias	9 a 12
Nuestro concepto	12
Derecho a la jubilación	15
Derecho del Jubilado	17
Caracteres esenciales de la jubilación	22
CAPITULO II	
DE LA PENSION:	
Concepto gramatical	27
Definición doctrinaria	27
Nuestro concepto	28
Derecho a la pensión	30
Pensiones de derechos y Pensiones Graciables	31
Analogías y Diferencias de orden jurídico legal entre la jubilación y la pensión	33

CAPITULO III

NATURALEZA JURIDICA DE LA JUBILACION Y PENSION

Teorías del servicio público	40
Definición del servicio público	51
Análisis de los elementos esenciales del servicio público y los elementos esenciales de la jubilación y pensión	52
La jubilación y pensión como servicios públicos de seguridad social de los trabajadores del Estado	55

CAPITULO IV

DE LA SEGURIDAD SOCIAL:

Antecedentes históricos	59
Declaración de México de los principios de la Seguridad So- cial Americana	63
Características de la Seguridad Social	68
Definiciones	69
Seguro Social. - Consideraciones generales	70
La jubilación y pensión como instrumentos del régimen de Se- guridad Social de los Trabajadores del Estado	75

CAPITULO V

ANALISIS DE LOS PRECEPTOS DE LA LEY DEL I.S.S.S.T.E. QUE REGULAN LAS JUBILACIONES Y PENSIONES	81
CONCLUSIONES	89