



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES "ACATLÁN"



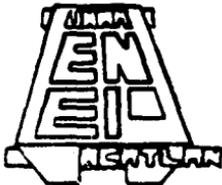
ANÁLISIS JURÍDICO DE LOS SISTEMAS DE REGULACIÓN Y VIGILANCIA DEL SISTEMA DE AHORRO PARA EL RETIRO

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:
DAVID PALOMINO HERNÁNDEZ

ASESOR: LIC. ALFREDO VALDEZ ESTEVEZ



MÉXICO, D.F.

AGOSTO, 2002

TESIS CON FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México



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.

PAGINACIÓN

DISCONTINUA

Si se llevasen el miedo,
y nos dejasen lo bailado
para enfrentar el presente...

Si se llegase entrenado
y con ánimo suficiente...
Y después de darlo todo

— en justa correspondencia —
todo estuviese pagado
y el carné de jubilado
abriese todas las puertas...

Quizá llegar a viejo
Sería mas llevadero,
Más confortable,
Más duradero.

Si el ayer no se olvidase tan aprisa...

Si tuviesen más cuidado en donde pisan...

Si se viviese entre amigos
que al menos de vez en cuando
pasasen una pelota...

Si el cansancio y la derrota
no supiesen tan amargo...

Si fuesen poniendo luces
en el camino, a medida
que el corazón se acobarda...
y los ángeles de la guarda
diesen señales de vida...

Quizá llegar a viejo
Sería mas razonable,
más apacible,
más transitable.

¡Ay, si la veteranía fuese un grado...!
Si no se llegase huérfano a ese trago...

Si tuviese más ventajas
y menos inconvenientes...
Si el alma se apasionase,
el cuerpo se alborotase,
y las piernas respondiesen...

Y del pedazo de cielo
reservado para cuando
toca entregar el equipo,
repartiesen anticipos
a los más necesitados...

Quizá llegar a viejo
sería todo un progreso,
un buen remate,
un final con beso.

En lugar de arrinconarlos en la historia,
convertidos en fantasmas con memoria...

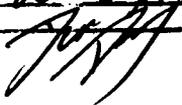
Si no estuviese tan oscuro
a la vuelta de la esquina...
O simplemente si todos
entendiésemos que todos
llevamos un viejo encima.

Juan Manuel Serrat

La Dirección General de Bibliotecas de la
UNAM difundirá en formato electrónico e impreso el
resultado de mi trabajo recepcional.

MARE: David Pablos Hernández

FECHA: 4 de Septiembre 2002



A María Eugenia Hernández López, mi madre, con mi más profundo amor y cariño, por que se que las palabras jamás bastarán para expresarle lo que ha significado, significa y significará en mi vida .

A Silvia, mi hermana, por que a veces es indispensable reiterarle lo que ya sabe: que la quiero

A la Universidad Nacional Autónoma de México.

A los maestros y profesores que a lo largo de la vida me han inspirado para intentar ser una mejor persona .

Con especial efecto para Ramiro, que de una manera u otra es el responsable (o culpable) de los senderos que he tomado en este camino que es la vida (aunque se que me dirá que se hace camino al andar).

A BUSCA, en donde encontré las razones y sueños que se necesitan para hacer cosas que parecen imposibles y los amigos que son indispensables para intentarlas.

A Rufina, Doña Rufis, esperando que desde el cielo pueda sentirse orgullosa de su nieto.

A Carlos, Giovanni, Policarpo, René, y todos aquellos amigos que me hacen sentir que me sobran los hermanos.

A LAS MUJERES con sincero respeto y admiración.

	Pag.
INTRODUCCIÓN	I
CAPÍTULO I ANTECEDENTES	
MARCO CONCEPTUAL DEL DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL	1
EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA SEGURIDAD SOCIAL	5
LOS SISTEMAS DE PENSIONES DENTRO DE LA SEGURIDAD SOCIAL	7
LA SEGURIDAD SOCIAL EN MÉXICO	11
EVOLUCIÓN DE LAS PENSIONES DEL SEGURO DE INVALIDEZ, VEJEZ, CESANTÍA EN EDAD AVANZADA Y MUERTE EN LA LEY DEL SEGURO SOCIAL	17
CAPITULO II EL ACTUAL SISTEMA DE PENSIONES OTORGADAS CON BASE EN LA LEY DEL SEGURO SOCIAL	
CARACTERÍSTICAS Y OBJETIVOS DEL SISTEMA DE PENSIONES	23
TIPOS DE PENSIONES	28
MECANISMO DE FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA	39
LA BASE DE DATOS DEL SAR	43

**CAPITULO III
ASPECTOS FINANCIEROS DEL SISTEMA DE AHORRO PARA
EL RETIRO**

LA LEGISLACIÓN FINANCIERA Y EL SISTEMA DE AHORRO PARA EL RETIRO	52
DEFINICIÓN DE VALORES, TIPOS DE VALORES Y SUS CARACTERÍSTICAS	56
CARACTERÍSTICAS Y FUNCIONAMIENTO DE LAS SOCIEDADES DE INVERSIÓN REGULADAS POR LA LEY DE SOCIEDADES DE INVERSIÓN	62
CARACTERÍSTICAS Y FUNCIONAMIENTO DE LAS AFORES Y SIEFORES	71
COMPARATIVO DE LAS SIEFORES Y LAS SOCIEDADES DE INVERSIÓN	78

**CAPITULO IV
LA FUNCIÓN REGULATORIA Y DE VIGILANCIA DEL SISTEMA
DE AHORRO PARA EL RETIRO**

LA REGULACIÓN Y VIGILANCIA	86
LA FISCALIZACIÓN ADMINISTRATIVA	89
LA FISCALIZACIÓN PRIVADA	105
LA FISCALIZACIÓN JUDICIAL	117
CONCLUSIONES	123
BIBLIOGRAFIA	127
ADDENDUM	

INTRODUCCIÓN

En el año de 1943 se creó el Instituto Mexicano del Seguro Social, con objeto de ofrecer servicios de salud y seguridad social a los trabajadores mexicanos, garantizando condiciones de bienestar social para el trabajador y sus familiares a través de prestaciones económicas y sociales adicionales a su salario.

En este contexto, al año siguiente de su creación, es decir en 1944, se implementó el seguro de invalidez, vejez, cesantía en edad avanzada y muerte. En este seguro las aportaciones hechas por trabajadores, patrones y el Estado formaban un fondo común administrado por el Instituto con objeto de que una vez que los trabajadores cumplieran con los requisitos señalados por la Ley, el IMSS les otorgara una pensión mensual con cargo a las reservas generadas año con año.

Sin embargo, el cambio en el perfil demográfico que sufrió la población mexicana y la creciente demanda de ampliar la cobertura de servicios de salud a través de la infraestructura hospitalaria del Instituto Mexicano del Seguro Social, generaron desequilibrios financieros en el IMSS que hacían cada vez más inviable la permanencia de dicho seguro en los mismos términos de los últimos cuarenta años.

Ante esto, en 1992, se implementó el Sistema de Ahorro para el Retiro, como un seguro complementario al de Invalidez, vejez, cesantía en edad avanzada y muerte (IVCM). Dicho seguro introdujo el concepto de cuentas individuales propiedad de cada trabajador cotizante al Instituto.

En estas cuentas individuales se acumulaba el 2% del salario base de cotización del trabajador, pagado por los patrones, el cual generaba un ahorro que sería entregado al trabajador en una sola exhibición una vez que tuviera derecho a ser pensionado. Esta primer reforma, o ampliación del sistema básico u original, buscaba financiar al seguro de IVCM y otorgar al trabajador una pensión más actualizada.

Sin embargo, ante la necesidad real de replantear radicalmente el sistema pensionario, en 1995 se sustituyó el sistema de beneficios definidos por uno de capitalización individual, modificando la Ley del Seguro Social. Desde luego que este cambio no ocurrió sin la presión de diversos grupos y sectores económicos que ven en los recursos generados por el ahorro de los trabajadores una atractiva fuente de generación de riqueza.

La reforma de la Ley del Seguro Social, aprobada por el Congreso de la Unión en diciembre de 1995 y que entró en vigor a partir del 1° de julio de 1997, se constituyó como el marco principal para la transformación de la seguridad social en México, introduciendo un nuevo esquema para el régimen pensionario de los trabajadores afiliados al Instituto Mexicano del Seguro Social.

De manera paralela a la modificación de la Ley del Seguro Social, fue necesario reformar y crear un conjunto de leyes que diera referencia y soporte al nuevo sistema.

La Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 23 de mayo de 1996, desarrolló desde el punto de vista financiero, las bases para la creación y el desarrollo de lo que se dio en llamar el Nuevo Sistema Pensionario.

Dicho esquema pensionario se basa en la capitalización individual de las contribuciones realizadas por los trabajadores, patrones y el propio Gobierno. Estas aportaciones son registradas y depositadas en una cuenta individual propiedad de cada trabajador, cuya administración está confiada a entidades financieras especializadas, denominadas Administradoras de Fondos para el Retiro (AFORE), mientras que las inversiones de los recursos correspondientes se lleva a cabo por Sociedades de Inversión Especializadas de Fondos para el Retiro (SIEFORES), administradas y operadas por la AFORES.

Como se puede apreciar el sistema pensionario vigente tiene dos aspectos: el social, entendiendo las pensiones como un derecho de los trabajadores y sus familias, así como un mecanismo para que la sociedad procure el bienestar de sus integrantes; y el segundo, y más reciente elemento, el financiero, en tanto que es un sistema de capitalización individual que busca generar las mayores ganancias para sus inversionistas dentro del mercado de valores, utilizando al mismo tiempo los recursos invertidos como un motor económico del desarrollo nacional.

A mas de cuatro años de haber arrancado el nuevo sistema se ha podido comprobar el monto y la gran importancia que tienen los recursos manejados por el mismo. Al cierre de octubre de 2001, de acuerdo con las cifras de la Comisión Nacional de Ahorro para el Retiro¹, se tienen registradas en alguna de las AFORES existentes en el mercado 26'417,113 cuentas individuales. El valor de las carteras de las SIEFORES ascendió a 241,124.9 millones de pesos, de los cuales 1,417.4 millones corresponden a aportaciones voluntarias.

Algunos datos que muestran la velocidad de crecimiento del sistema, son los siguientes:

- En el periodo de noviembre de 2000 al mismo mes de 2001 la cartera de las SIEFORES registró un incremento de 51% en términos nominales, al pasar de 159,718.7 millones de pesos a 241,124.9
- En el mismo periodo, el saldo de las aportaciones voluntarias creció 77.3% nominal, al pasar de 799.2 millones de pesos a 1'417.4 millones.

¹ Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro, Boletín Informativo SAR, 12 de diciembre de 2001, página web www.consar.gob.mx

- Durante el mes de octubre se registraron en alguna de las AFORES en operación un total de 63,717 cuentas individuales nuevas.
- Los recursos invertidos en el sistema representan casi el 7 % del PIB del país. Se calcula que hacia el año 2015 los fondos representarán de 29 a 35 por ciento del PIB .

Recientemente han sido presentadas por los partidos políticos con mayor presencia en la Cámara de Diputados diversas iniciativas de ley que tienen como propósito ampliar el espectro de instrumentos en que se pudieran invertir los recursos ahorrados en el sistema. El objetivo que persiguen las iniciativas es el de aprovechar los recursos disponibles para que estos puedan ayudar a financiar el desarrollo de la generación de energía eléctrica del país, la modernización y ampliación de la infraestructura petrolera y fondear de alguna manera proyectos de infraestructura a cargo de los estados y municipios.

De manera adicional el Presidente de la República, en ejercicio de sus facultades constitucionales, ha remitido a la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión una iniciativa de reformas y adiciones a la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro, entre las que destaca el incluir dentro del sistema a los trabajadores al servicio del Estado, abrirlo a los trabajadores independientes, ampliar el objeto de las AFORES Y SIEFORES, modificar el concepto y aplicación del nexo patrimonial de las AFORES con otras entidades financieras y adecuar el marco normativo que regula la organización, operación y funcionamiento de las Administradoras de Fondos para el Retiro, así como modificar diversas funciones y actividades encomendadas a la Comisión Nacional de Ahorro para el Retiro.

Ante las iniciativas que buscan ampliar el campo de inversiones de los recursos, así como otorgar mayores facilidades para su administración, argumentando la necesidad de inversión que requieren ciertos sectores económicos estratégicos

del país, es necesario antes analizar si los mecanismos de control y vigilancia existentes garantizan el manejo transparente y honesto de los recursos invertidos en el sistema. Y aún cuando estos mecanismos existen ¿son los idóneos, desde el punto de vista jurídico y social, para los trabajadores mexicanos?

Por lo anterior, y dada la importancia económica y social que tienen los recursos del sistema de pensiones consignado en la Ley del Seguro Social, se ha considerado de interés para el desarrollo del presente trabajo analizar los sistemas de regulación y vigilancia que intervienen en el sistema de pensiones, a fin de identificar deficiencias y proponer alternativas.

Debido a la cuantía de los recursos que se manejan y el trascendente objetivo social que persigue el sistema, es indispensable que se asegure el manejo eficiente, honesto y transparente de estos recursos, sin que esto sea un obstáculo para que este dinero sirva como motor del desarrollo económico del país.

Debido a la naturaleza del sistema y la diversidad de participantes, analizar todos los mecanismos de regulación y vigilancia que pueden intervenir en él o que tiene relación con sus actores rebasa con mucho la extensión y profundidad de un trabajo como el presente, por lo que nos hemos limitado a analizar lo referente a los principales órganos y participantes del sistema pensionario introducido a partir de las reformas a la Ley del Seguro Social que entraron en vigor en 1997. Por lo anterior, deliberadamente no se ha incluido lo referente a las Instituciones de Seguros, el papel de vigilancia y supervisión que, dentro de la esfera de su competencia efectúa el Instituto Mexicano del Seguro Social y el papel que juegan las Comisiones de Seguros y Fianzas y la Comisión Nacional Bancaria y de Valores dentro del mismo.

Habiendo acotado lo anterior, mencionaremos que en el primer capítulo se efectuará una revisión del marco del tema: el derecho de la seguridad social y los

sistemas de pensiones, asimismo se realizará un breve recorrido histórico con objeto de conocer cual ha sido el desarrollo de la seguridad social en nuestro país, concentrándonos en lo relativo al seguro de invalidez, cesantía en edad avanzada, vejez y vida.

En el desarrollo del segundo capítulo se analizarán los supuestos contenidos en la Ley del Seguro Social para que un trabajador tenga derecho al otorgamiento de una pensión, así como los principales elementos de funcionamiento del sistema de pensiones.

En las páginas que componen el capítulo tercero, se estudiará el sistema desde el punto de vista de su vertiente financiera, a efecto de contar con elementos de derecho financiero y económico que permitan entender ampliamente el mismo: los valores y sus características, el objeto y funcionamiento de las sociedades de inversión y sus paralelismos con las AFORES y SIEFORES en tanto sociedades de inversión especializadas.

Por último, en el capítulo cuarto se analizarán los mecanismos de regulación con que cuenta el sistema, divididos en tres tipos de fiscalización: la administrativa, la judicial y la privada o individual. Es pertinente mencionar que no se estudiarán como tales los mecanismos de resolución de controversias entre los trabajadores y los patrones o el Instituto Mexicano del Seguro Social derivados de elementos como las aportaciones, la calificación de invalidez y otras que por ser procedimientos especiales o mecanismos independientes, para efectos del presente trabajo, no se consideran como mecanismos de regulación del sistema de otorgamiento de pensiones.

Finalmente se presentan las conclusiones sintetizadas del presente trabajo de tesis y las recomendaciones o modestas aportaciones que pretende efectuar.

CAPITULO I.- ANTECEDENTES

1.- MARCO CONCEPTUAL DEL DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

La Seguridad Social

El término **seguridad** proviene del latín *securitas*, el cual deriva del adjetivo *securus*, que en su sentido más amplio, indica "la tranquilidad de una persona, procedente de la idea de que no hay ningún peligro que temer"¹

En "México y la Seguridad Social"², se habla de factores de inseguridad que obedecen a causas físicas, causas biológicas o causas sociales, ante las cuales los individuos deben estar protegidos. En este sentido, la protección supone un riesgo, y éste la necesidad de atender una contingencia. La seguridad social tiende a proteger a todos los individuos, brindándoles auxilio frente a las contingencias, y medios para lograr y mantener sus logros

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) define a la seguridad social como "la protección que la sociedad proporciona a sus miembros, mediante una serie de medidas públicas contra las privaciones económicas y sociales que de otra manera derivarían en la desaparición de sus ingresos como consecuencia de enfermedad, maternidad, accidente de trabajo o enfermedad profesional, desempleo, invalidez, vejez y muerte; y también la protección en forma de asistencia médica y de ayuda a las familias con hijos".³

El artículo 2º de la Ley del Seguro Social define a la Seguridad Social en atención de sus fines:

¹ García Pelayo y Gross, Ramón. Diccionario Enciclopédico, Larousse, Barcelona, 1984.

² I.M.S.S., México y la Seguridad Social, Editorial Stylo, México, 1952, pag. 6

³ Introducción a la Seguridad Social, OIT, Suiza, 1994.

"La Seguridad Social tiene por finalidad garantizar el derecho a la salud, la asistencia médica, la protección de los medios de subsistencia y los servicios sociales necesarios para el bienestar individual y colectivo, así como el otorgamiento de una pensión que, en su caso y previo cumplimiento de los requisitos legales, será garantizada por el Estado"⁴.

Cabe mencionar que el concepto de salud no debe entenderse sólo como la ausencia de enfermedad, sino como la conjunción de los elementos materiales que permiten el desarrollo armónico de la persona.

La visión integral del régimen jurídico de la seguridad social abarca tres sectores de la población: los trabajadores en general, los trabajadores al servicio del Estado y quienes no están sujetos a una relación de trabajo. La Ley del Seguro Social regula específicamente la protección que tienen derecho a recibir el primero y el tercero de estos sectores.

El objetivo de la seguridad social es brindar protección *Universal y Uniforme, costeada por todos los miembros de una sociedad*; "Universal" en cuanto a que debe proteger a todos los integrantes de la comunidad, "Uniforme" ya que debe brindar igual protección a personas en iguales circunstancias, y "costeada por todos" pues todos los integrantes de la sociedad deben aportar su contribución.

La solidaridad es el fundamento de la seguridad social

La Ley del Seguro Social señala en su Artículo 3° que:

"La realización de la seguridad social está a cargo de entidades o dependencias públicas, federales o locales y de organismos descentralizados, conforme a lo dispuesto por esta Ley y demás ordenamientos legales sobre la materia".

⁴Ley del Seguro Social, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 21 de diciembre de 1995

Este último precepto no señala las entidades encargadas de la seguridad social dentro del régimen jurídico mexicano, por lo que el primer paso hacia el seguro social lo constituye la "organización por medio de la cual el Estado garantiza a los trabajadores los medios que se estiman necesarios para hacer frente a las situaciones de necesidad que pueden derivarse de la verificación de determinados eventos", lo cual está conceptualizado como Previsión Social.⁵

Intentando elaborar una definición jurídica de Seguridad Social podemos apuntar que es el conjunto de normas por las cuales el Estado protege y cuida de las personas, teniendo como finalidad garantizar el derecho a la salud, a la asistencia médica, el acceso a la protección de sus medios de subsistencia y los servicios sociales necesarios para el bienestar individual y colectivo.

Por su parte, el Seguro Social como Institución, es, en rigor, la expresión básica de la previsión social, es decir, el medio de que la previsión social se vale para ejercer su función y en el que el régimen de prestaciones está subordinado a los mecanismos de cotización.

En México, de acuerdo con la Ley del Seguro Social vigente, se considera al Seguro Social como el "instrumento básico de la seguridad social, establecido como un servicio público de carácter nacional..."⁶

El Seguro Social

La palabra **seguro** significa "libre y exento de todo peligro o daño". El Seguro es una institución económica mediante el cual las adversidades personales o patrimoniales se transfieren del particular a un grupo. Esta transferencia tiene como contraprestación el pago de una prima, a cambio de la cual el grupo emite un contrato de cobertura, conocido como póliza. El total de las primas pagadas al

⁵ El estudio jurídico de la previsión social. Centro de formación y perfeccionamiento de funcionarios, España, 1965, p. 37

⁶ Ley del Seguro Social, artículo 4º, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 21 de diciembre de 1995.

grupo por los contratantes de las pólizas constituye el fondo de reserva que sirve para cubrir las pérdidas individuales.

El Seguro Social se propone proteger a ciertas personas, consideradas como integrantes de grupos económicos activos, frente a determinadas contingencias que pueden extinguir o disminuir su capacidad. Los grupos permiten fijar cuotas, generar recursos para financiar prestaciones y crear organismos encargados de administrarlos. Las contingencias serán aquellas que por su importancia resulten atractivas para los asegurados y necesarias para la sociedad en su conjunto y al mismo tiempo, aquellas que por su incidencia sea necesario prevenir. Un Seguro Social no puede limitarse a establecer un catálogo de amenazas y formulas de prevención para resarcirlas, su función es más trascendente: debe ser un instrumento ágil real, eficaz y permanente, que amplíe marcos de acción para que los individuos puedan lograr e incrementar su bienestar. Ese *estar bien* es el objeto del Seguro Social, condición de quien tiene garantizados ingresos, capacitación y esparcimiento, en un medio que permita la existencia y el mejoramiento. La existencia de un Seguro Social obliga a señalar objetivos, crear instituciones, elaborar normas, configurar prestaciones adecuadas, evitar contingencias y resarcirlas, atender a los grupos destinatarios de sus beneficios y adecuar su crecimiento al desarrollo económico.

Entre las finalidades del sistema de seguridad social se encuentra la de otorgar pensiones suficientes a quienes durante su vida productiva han contribuido con su esfuerzo personal en la generación de riqueza, de tal forma que el monto de éstas deberá ser un reflejo de su trayectoria laboral, y por ello, dicho monto debe estar protegido.

2.-EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA SEGURIDAD SOCIAL

La idea o concepto de solidaridad para con los necesitados pobres, enfermos, ancianos ha estado siempre presente en toda sociedad. A lo largo de la historia las tribus, clanes o familias aceptaban, en cada generación, el deber de cuidar a los ancianos y débiles. En la época medieval los gremios ayudaban a sus miembros y a sus familias en tiempos de adversidad. También las fundaciones religiosas proporcionaban a los pobres cierto sustento.

Con la llegada del desarrollo industrial cambia el escenario social, principalmente por el cambio de vida del campo a las ciudades. Así surge la nueva categoría de trabajadores: los obreros de fábricas; estos dependían por completo de su salario regular; si dejaban de percibirlo, ya sea por enfermedad, desempleo o vejez, quedaban totalmente desamparados. A partir de dicha situación se empiezan a dar los primeros intentos de protección como fueron las cajas o bancos de ahorro patrocinados por el Estado, disposiciones que obligaban a los empleadores a mantener a sus empleados durante enfermedades o pólizas de seguros de vida ofrecidos por aseguradoras privadas.

Poco a poco se fueron ampliando las prestaciones, hasta que en los países desarrollados su cobertura llegó a ser prácticamente total, tanto por los grupos de población que protege como por las contingencias que cubre. A esta nueva situación de protección total se le dio el nombre de seguridad social

La expresión tiene un significado más amplio en unos países que en otros, pero esencialmente hace referencia a la protección que la sociedad brinda a sus miembros, mediante una serie de medidas públicas, contra las privaciones económicas y sociales derivadas de la drástica disminución o desaparición de sus ingresos como consecuencia de una enfermedad, accidente de trabajo o enfermedad profesional, desempleo, invalidez, vejez y muerte, y también la protección en forma de asistencia médica y de ayuda a las familias con hijos.

La expresión de "Seguridad Social" fue utilizada por primera vez en una legislación en la "Ley de seguridad social" de los Estados Unidos en 1935, que instituyó regímenes para cubrir los riesgos de vejez, muerte, invalidez y desempleo

El primer régimen amplio de seguridad social fue instituido en Alemania por el Gobierno de Bismarck entre 1883 y 1889. El primer elemento del régimen fue el seguro de enfermedad, que comenzó en 1883 y era administrado por mutualidades ya existentes. En 1884 se inició el seguro de accidente de trabajo y enfermedad profesional, cuya administración se confió a las asociaciones de empleadores. En 1889 se creó el seguro de invalidez y vejez, que administraban las autoridades provinciales. Tanto los trabajadores como los empleadores y el Estado desempeñaban un papel y tenían voz en la dirección del régimen en su conjunto. El seguro social se financiaba mediante cotizaciones. La afiliación era obligatoria para todos los asalariados a los que estaba destinado: varones y mujeres, jóvenes y ancianos, cualquiera que fuera su estado de salud. El principio del seguro fue una expresión de solidaridad entre los trabajadores -pues las cotizaciones que periódicamente abonaban todos servían para sostener a cualquiera de ellos en un momento de necesidad- y del interés que tanto ellos como los empleadores tenían en financiar un régimen que en realidad era beneficioso tanto para uno como para otros. Ya para el decenio de 1930 el seguro social se había extendido al resto de Europa, Estados Unidos, Canadá y América Latina.

Entre los distintos regímenes existentes hay grandes diferencias, pero podemos encontrar elementos que caracterizan al seguro social y que pueden resumirse de la siguiente manera:

- El financiamiento se asegura mediante cotizaciones, por lo común tanto de empleadores como de trabajadores, contribuyendo a veces el Estado con un subsidio o aporte adicional del erario.

- La afiliación es obligatoria
- Las cotizaciones ingresan en cajas especiales a cuyo cargo está el pago de las prestaciones
- Los fondos que no se necesitan para pagar las prestaciones corrientes se invierten a fin de que generen ingresos suplementarios
- Una persona adquiere derecho a las prestaciones en virtud de las cotizaciones que ha pagado, sin que deba demostrar para ello su carencia de recursos
- El monto tanto de las cotizaciones como de las prestaciones guarda relación con los ingresos que el afiliado percibe o percibía
- Los regímenes de seguro de accidentes de trabajo y de enfermedades profesionales son por lo regular financiados en su totalidad por los empleadores, aunque a veces hay un aporte de fondos públicos.

3.- LOS SISTEMAS DE PENSIONES DENTRO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Un elemento básico de los sistemas de seguridad social, son los sistemas de pensiones. Los sistemas de pensiones protegen a los trabajadores contra diversos riesgos como la invalidez, la insuficiencia de recursos en la vejez o el retiro, la cesantía en edad avanzada y la muerte.

La palabra pensión tiene diversos significados:

Pensión: (del latín pensio-ons, cantidad que se asigna a uno por méritos o servicios propios). Retribución económica que se otorga a trabajadores o empleados públicos al retirarse de sus actividades productivas, ya sea por haber cumplido determinado período de servicios o por padecer alguna incapacidad permanente para el trabajo. Pago periódico de una cantidad en efectivo que se hace a los familiares o beneficiarios de dichos trabajadores o empleados cuando éstos fallecen y aquellos reúnen las condiciones fijadas en las leyes, convenios colectivos o estatutos especiales, por tener derecho a tales percepciones. Cuotas asignadas por instituciones de seguridad social a los asegurados o a sus causahabientes cuando éstos hayan llenado los requisitos establecidos para su disfrute.

Ha sido la Suprema Corte de Justicia la que ha fijado la naturaleza jurídica de la pensión al dejar que sea la Ley del Seguro Social y no la del Trabajo la que determine los casos en que pueden otorgarse pensiones de vejez e invalidez, y al precisar que su otorgamiento se haga en función de la jubilación o de la edad del trabajador, siempre que haya prestado por lo menos quince años de servicios y haya contribuido asimismo a integrar un fondo de pensiones por igual periodo, como lo señala la siguiente jurisprudencia:

SEGURO SOCIAL, APLICACION DE LA LEY DEL, EN CASO DE RIESGO PROFESIONAL. De acuerdo con la ley que creó el Seguro Social, con las aportaciones de los trabajadores, de los patrones y del Estado, se integra un capital constitutivo en beneficio del propio trabajador, el cual se le entrega en partidas mensuales, que constituyen las pensiones que se le otorgan por incapacidad, por vejez o por muerte, estas últimas a sus familiares. De ahí que en los casos en que conforme a la Ley Federal del Trabajo, el asegurado o sus familiares tienen derecho a una indemnización por riesgo profesional y se encuentran protegidos por el régimen de la seguridad social, reciben una pensión de acuerdo con el monto de las aportaciones hechas y con el grupo en el cual se encuentran cotizados, y es la Ley del Seguro Social el

ordenamiento que debe aplicarse para cubrir las responsabilidades por riesgos profesionales, y no la Ley Federal del Trabajo.

Amparo directo 4054/64. María Luisa Cervantes de Noriega. 21 de julio de 1966. 5 votos. Ponente: Adalberto Padilla Ascencio.⁷

La pensión es una obligación de tracto sucesivo consistente en dar determinada cantidad de dinero a favor de un cotizante a régimen de seguridad social, o de sus beneficiarios cuando estos cumplan con los requisitos que establece la Ley.

Es importante señalar la diferencia entre pensión y jubilación, ya que la primera deriva del mandato de la Ley de Seguridad Social en la que el aseguramiento es obligatorio a determinado número de sujetos y la requisición del pago de la cuota es obligatoria por medio de una autoridad fiscal y la segunda se origina por el acuerdo de voluntades de índole individual o colectivo que se forma dentro de una relación laboral; es decir proviene del acuerdo de los trabajadores con el patrón.

Objetivos de los sistemas de pensiones

Los sistemas de pensiones cumplen una función social importante para proteger a los trabajadores contra los riesgos asociados a eventos inesperados, pero ésta no es la única función de los sistemas de pensiones. El Banco Mundial identifica tres funciones u objetivos básicos de los sistemas de pensiones⁸:

A. Función de Seguro:

⁷ Sexta Época, Cuarta Sala, Semanario Judicial de la Federación, Tomo CIX, Quinta Parte, página 35

⁸ World Bank, *Averting the old age crisis: Policies to protect the old and Promoth Growth*, Oxford, England, Oxford University Press, 1994

Cubrir a los trabajadores y a sus familiares contra diversos riesgos, especialmente contra aquellos a los que las personas de edad más avanzada son más vulnerables.

B. Función de Ahorro:

Permitir que los trabajadores puedan transferir fácilmente recursos de su etapa productiva a la época de retiro.

C. Función Redistributiva:

Dentro de esta función podemos distinguir dos objetivos:

- Transferir recursos de los individuos con niveles de ingresos más altos a otros con niveles de ingreso menor.
- Abatir la pobreza extrema entre la población.

Tipos de fondo de pensiones

La división de los sistemas de pensiones tiene relación con el origen de las aportaciones: los sistemas de pensiones son **contributivos** cuando los beneficios que otorgan a sus afiliados provienen de sus aportaciones. Los sistemas de pensiones **no contributivos** son los que pagan pensiones a un grupo de individuos sin que éstos hayan aportado contribución alguna.

A su vez los sistemas de pensiones contributivos se clasifican :

1. Por las variables que el beneficiario conoce ex-ante:

- **sistemas de contribución definida** cuando conoce de antemano sus contribuciones
- **sistemas de beneficios definidos** cuando conoce de antemano sus beneficios

2. Por la estrategia de financiamiento de las pensiones:

- **sistema de reparto** si nunca se acumulan reservas y se pagan las pensiones en curso utilizando todas las aportaciones que se generan por periodo
- **sistemas capitalizados** si se acumulan recursos para el pago de obligaciones futuras .

3. Por la institución que las ofrece:

- **sistemas públicos**
- **sistemas privados**

4.- LA SEGURIDAD SOCIAL EN MÉXICO

En México, el primer sistema de Seguridad Social surgió en 1934, con la promulgación de la Ley del Seguro Social, teniendo su génesis en los principios de la revolución mexicana.

En 1914, al triunfo de la revolución, se establece el principio del estado de servicio social, reconociendo su capacidad y el deber de suplementar la acción económica individual sin menoscabo de la libertad del ciudadano y la obligación de organizar a la sociedad en una estructura que permitiera la protección de los débiles frente al libre juego de las leyes económicas.

En el Estado de Yucatán se dictó la Ley del Trabajo de 1915. Su artículo 135 establecía que el gobierno fomentaría una asociación mutualista en la que los trabajadores fueran asegurados contra los riesgos de vejez y muerte.

Posteriormente, el artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos promulgada el 5 de febrero de 1917, en su texto original, disponía :

"El Congreso de la Unión y las legislaturas de los estados deberán expedir las leyes sobre el trabajo, fundadas en las necesidades de cada región, sin contravenir a las bases siguientes, las cuales regirán el trabajo de los obreros, jornalero, empleados, domésticos y artesanos y, de manera general, todo contrato de trabajo:

...

XXIX. Se consideran de utilidad social el establecimiento de cajas de seguros populares, de invalidez, de vida, de cesación involuntaria de trabajo, de accidentes y otros fines análogos, por lo cual, tanto el gobierno Federal como el de cada estado, deberán fomentar la organización de las instituciones de esta índole, para infundir e inculcar la previsión popular".

...

A pesar de que la disposición era buena, esta nunca se aplicó debido a que carecía del entorno económico necesario para su aplicación, además de que al dejar la expedición de dichas leyes al ámbito de los estados esto era aún más improbable.

Las leyes que se expidieron en los estados tuvieron escasa aplicación. En 1919 se formuló un proyecto de Ley del Trabajo para el Distrito Federal y Territorios Federales que proponía la integración de cajas de ahorro para auxiliar a los trabajadores desempleados; el fondo contenía la aportación del cinco por ciento de los salarios, y por parte de los patrones un cincuenta por ciento de la cantidad que correspondería a los asalariados por concepto de utilidades de las empresas.

Por su parte el Código del Trabajo del Estado de Puebla estableció que los patrones podían sustituir el pago de las indemnizaciones por riesgos profesionales mediante seguros contratados a sociedades legalmente constituidas y aceptadas por la sección del Trabajo y Previsión Social. Una disposición similar se estableció en el Código Laboral de 1924 de Campeche.

La modalidad del seguro voluntario fue establecido en las leyes del Trabajo de Tamaulipas y de Veracruz de 1925. Los patrones podían sufragar sus obligaciones en los casos de enfermedades o accidentes profesionales de los trabajadores contratados mediante un seguro contratado a su costa con sociedades que pudieran otorgar garantía con aprobación de los gobiernos estatales.

Al mismo tiempo, el gobierno federal efectuó los primeros intentos por establecer un sistema de seguros para los trabajadores y empleados a su servicio. En 1925 se expide la Ley General de Pensiones Civiles de Retiro, conforme a la cual los funcionarios y empleados de la Federación, del Departamento del Distrito Federal y de los Gobiernos de Territorios Federales, tenían derecho a recibir una pensión al llegar a los 55 años de edad con 30 de servicios o cuando quedaren inhabilitados para el trabajo. En el supuesto de muerte del trabajador se confiere derecho a la pensión a los beneficiarios. El financiamiento de este seguro se cubría mediante aportación del gobierno federal y de los empleados, que generaban una especie de fondo de ahorro con posibilidad de retirarlo al dejar de trabajar, lo que implicaba la pérdida de antigüedad y derechos adquiridos, salvo reintegro que se efectuara. Se creó un organismo administrador, desconcentrado de la Secretaría de Hacienda, denominado Dirección General de Pensiones Civiles y de Retiro.

De esta manera, los intentos legislativos post-revolucionarios tuvieron los siguientes resultados:

- 1) Sólo algunos estados consignaron en las leyes del trabajo disposiciones relativas al seguro social, lo que desvirtuaba la idea de la fracción XXIX del artículo 123. Además, se dejaba a elección del patrón hacer frente a la responsabilidad derivada del riesgo de trabajo o adherirse a un sistema de seguro, convirtiéndolo en voluntario.

2) El Gobierno Federal, al crear el seguro para sus empleados y funcionarios acreditaba las dificultades a que se enfrentaba debido a la condición económica y presiones. Esto repercutía en los estados y demoraba la creación de leyes y sistemas de seguros.

El primer proyecto Federal de Ley del Seguro Social fue dado a conocer el día 9 de diciembre de 1921 por el General Álvaro Obregón, siendo Presidente de la República. El proyecto proponía establecer una contribución equivalente al 10 % sobre todos los pagos hechos por concepto de salarios que manejaría el estado a título de reserva económica y cuya aplicación se haría a los beneficiarios en términos porcentuales sobre su salario. En ese mismo proyecto se mencionaba el propósito de federalizar las prestaciones de los trabajadores, privando a los Estados de la facultad de dictar esas normas.

En 1928 la Secretaría de Industria, Comercio y Trabajo constituyó una comisión encargada de preparar un capítulo de seguros sociales que deberían formar parte, precisamente, del Código Federal del Trabajo, y que fue redactada en términos semejantes al texto constitucional, ya que hacía una enumeración más completa de los riesgos e intentaba proteger a los trabajadores del campo y de la ciudad, liberándolos de contribuir económicamente en caso de percibir salario mínimo. Posteriormente se retiró del Proyecto de del Código Federal del Trabajo el capítulo de los seguros sociales, en lo que fue el primer momento en que se le dio un trato independiente, lo que se vio reforzado cuando en 1929 el Presidente Emilio Portes Gil propone una reforma a la fracción XXIX del Art. 123 constitucional, que fue aprobada y publicada en el Diario Oficial el 6 de Septiembre de 1929:

"Se considera de utilidad pública la expedición de la Ley del Seguro Social y ella comprenderá el Seguro de invalidez, de vida, de cesación involuntaria del trabajo, de enfermedades y accidentes y otros con fines análogos"

Sin embargo no fue sino hasta el sexenio del Presidente Manuel Ávila Camacho que una comisión, entre quienes se encontraba el maestro Trueba Urbina, elaboró el proyecto que fue aprobado por la Cámara de Diputados el 23 de Diciembre y el 29 de Diciembre del mismo año por la Cámara de Senadores. Finalmente la Ley fue publicada en el Diario Oficial el 19 de enero de 1943, a casi veintiséis años de la promulgación de la Constitución de 1917.

Esta Ley del Seguro Social (LSS) incluyó únicamente a aquellos trabajadores que pertenecían al sector formal de la iniciativa privada. De esta forma se dejaba sin previsión social a aquellos trabajadores pertenecientes al sector informal y a los servidores públicos. El tipo de cobertura que se ofrecía en la Ley era principalmente para riesgos de invalidez, de vejez, maternidad y enfermedades. Dichos beneficios incluían exclusivamente a los cotizantes, es decir, no existía beneficio alguno para los familiares dependientes del asegurado. Para lograr esto se empleó un esquema de beneficios definidos (o de reparto) donde las generaciones presentes de cotizantes financian a los pensionados. Dicho sistema permite además llevar a cabo subsidios cruzados entre los diferentes ramos del Seguro Social.

En 1959 se crea el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales para los Trabajadores al Servicio del Estado (ISSSTE) que ofrece servicio a todos los trabajadores del sector público. Dicho instituto es de carácter de autónomo y su finalidad era proveer de todos los servicios provisionales a los trabajadores de cualquier órgano gubernamental al igual que el IMSS, el ISSSTE se compone de un esquema de pensiones de reparto

Ambos institutos tienen un crecimiento importante durante sus primeros años y llegan a su apogeo en los años cincuenta y sesenta cuando la calidad de los servicios resultaba ser elevada. Desde entonces la provisión de la Seguridad Social en México ha recaído en más de un 80% en el IMSS y el ISSSTE.

Actualmente ambas instituciones cuentan con aproximadamente 10 millones de afiliados que representan un 30% de la Población Económicamente Activa.

Durante sus primeras décadas el crecimiento en el número de contribuyentes fruto de las elevadas tasas de natalidad permitieron que se generaran las reservas suficientes para financiar tanto la cantidad como la calidad de servicios que ofrecían las instituciones de seguridad social. El incremento más importante en el número de afiliados tanto del IMSS como del ISSSTE se dio entre 1950 y 1970.

A principios de los años setenta, no existía signo alguno de un posible problema financiero en los esquemas de seguridad social. Las proyecciones demográficas justificaban y alentaban la instrumentación de este tipo de esquemas.

No sólo se mantuvo la misma línea en cuanto a la administración de los servicios de seguridad social, sino que además se creó un nuevo instituto con el objetivo de hacer efectivo el párrafo Quinto del Artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos "Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa..." creándose el 24 de abril de 1972, el Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda (INFONAVIT).

De esta manera el 12 de marzo de 1973 se publicó en el Diario Oficial de la Federación la nueva Ley del seguro Social, la cual iniciaría su vigencia el 1 de abril del mismo año. Esta Ley amplió aún más el régimen del seguro social creando figuras como la incorporación voluntaria al régimen obligatorio, el régimen voluntario y los servicios sociales de beneficio colectivo y las guarderías.

Sin embargo, a principios de los ochenta el escenario macroeconómico y la situación demográfica sufrieron cambios que afectaron la viabilidad financiera de los esquemas de seguridad prevalecientes. Las expectativas de crecimiento del país se vieron afectadas y las tasas de crecimiento de la población comenzaron a estabilizarse. Lo anterior hizo complicada la situación financiera de los sistemas de

pensiones, por lo que el gobierno optaría por efectuar modificaciones que transformaron sustancialmente la naturaleza del régimen pensionario.

Dichas reformas iniciaron con la creación en 1992 de un Sistema de Ahorro para el Retiro, adicional al sistema pensionario vigente y madurarían en 1995 con la aprobación de la nueva Ley del Seguro Social que iniciaría su vigencia en 1997.

5.- EVOLUCIÓN DE LAS PENSIONES DEL SEGURO DE INVALIDEZ, VEJEZ, CESANTÍA EN EDAD AVANZADA Y MUERTE EN LA LEY DEL IMSS

La primera Ley del Seguro Social publicada en el Diario Oficial de la Federación el 19 de enero de 1943 establecía:

"Las pensiones anuales de invalidez y vejez se compondrán de una cuantía básica y de aumentos computados de acuerdo con el número de semanas cubiertas por el asegurado con posterioridad a las primeras doscientas semanas de cotización. La cuantía básica y los aumentos serán calculados conforme a la siguiente tabla considerando como salario diario el promedio correspondiente a los últimos sesenta meses anteriores al otorgamiento de la pensión".

A continuación dicha ley identificaba con números romanos nueve grupos. Empero, esta ley fijó una cuantía mínima de \$30.00 pesos mensuales. Esta cuantía básica significaba que, aun cuando el trabajador hubiera recibido un salario bajo o hubiera cotizado el mínimo de semanas y por tanto la pensión que alcanzaba no podría ser suficiente para subsistir, sin embargo la Ley le otorgaba una pensión cuya cuantía le era más favorable. A lo largo de la historia institucional esta cuantía mínima se ha modificado.

A partir de estas bases legales las pensiones se fueron incrementando paulatinamente al ritmo de un crecimiento económico estable y de una mínima inflación.

De esta manera en los años de 1949, 1956, 1959 y 1970, se modificaron las cuantías básicas anuales y las cuantías mensuales de las pensiones alcanzando en 1971 la cuantía mínima, la cantidad de \$450.00. Se adicionaron a las pensiones asignaciones para los hijos y la ayuda asistencial en caso de requerir el pensionado el cuidado permanente de una persona.

Las pensiones de los beneficiarios también se fueron incrementando en la proporción señalada por las reformas citadas.

La Ley del Seguro Social vigente a partir de 1973, incrementó las pensiones de invalidez, vejez y cesantía en edad avanzada con las asignaciones familiares para la esposa y los ascendientes y la ayuda asistencial para el pensionado. Además los aumentos a las pensiones se harían con base en revisiones periódicas cada cinco años.

Posteriores reformas a la Ley del Seguro Social en 1974, 1976 y 1982, establecieron incrementos a las cuantías básicas anuales y a las cuantías mínimas mensuales y finalmente revisiones, cada año, de acuerdo a los parámetros que dictara el Consejo Técnico del Instituto.

En 1989 la Ley del Seguro Social se reforma para indexar el monto de las pensiones al salario mínimo general que rige en el Distrito Federal. En primer lugar la cuantía mínima de las pensiones de invalidez, vejez y cesantía se fija en un 75% del salario mínimo. En segundo término todas las pensiones se incrementarían en el mismo aumento porcentual que correspondiera al salario mínimo general en el Distrito Federal cuantas veces fuera modificado éste. Las pensiones derivadas tendrán una cuantía global del 90% de la pensión de

invalidez, vejez o cesantía que hubiere disfrutado el pensionado o la que le hubiere correspondido en caso de invalidez.

Para mejorar las pensiones mínimas en 1990 el porcentaje se elevó al 80% del salario mínimo. En el mes de julio de 1992, el artículo 168 de la Ley del Seguro Social fija el monto de las pensiones en 90% del salario mínimo general vigente en el Distrito Federal.

El Sistema de Ahorro para el Retiro de 1992

El 24 de febrero de 1992 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el Decreto que modificaba la Ley del Seguro Social, estableciendo una prestación de seguridad social adicional a las existentes, denominada Seguro de Retiro incluyéndola como Capítulo Quinto-bis " Del Seguro de Retiro".

Diseñado como una prestación adicional al régimen de pensiones vigente, en 1992 se da el primer paso en la modificación del sistema de pensiones consignado en la Ley del I.M.S.S., introduciendo lo que se denominó Sistema de Ahorro para el Retiro (SAR), primera prestación que se establecía bajo el sistema de capitalización individual, que a diferencia del sistema de reparto en el que los pagos de los asegurados se financian con las primas o enteros de los trabajadores que están cotizando, los pagos de los asegurados se financian con las aportaciones y rendimientos que han acumulado en cuentas individuales.

En él participaban tanto los trabajadores que cotizan al IMSS como los del ISSSTE y se componía de dos subcuentas, la de vivienda, que ya existía, y la de retiro. En la primera, se cotizaba 5% del salario, mientras que en la segunda el 2%.

Las cotizaciones de la subcuenta de la vivienda eran invertidas por el INFONAVIT en los préstamos para vivienda para trabajadores de bajos ingresos. Las de la subcuenta de retiro las invertía el banco central exclusivamente en títulos de

deuda gubernamental. La administración de las cuentas se encontraba a cargo de los bancos, que cobraban una comisión por el servicio.

El importe que figuraba en las cuentas individuales se reajustaría cada mes con arreglo a la variación del Índice Nacional de Precios al Consumidor y producirían intereses no menores al 2% anual. Estos intereses se pagaban mensualmente en forma de reinversiones en las respectivas cuentas de cada trabajador. El trabajador podía, en cualquier momento efectuar pagos suplementarios en su cuenta individual. La tasa del 2% sería revisada trimestralmente por la SHCP " en función de los rendimientos en términos reales de los valores a largo plazo que circulen en el mercado, emitidos por el Gobierno Federal, en su defecto, por emisores de la más alta calidad crediticia" (Art. 183-I L.S.S.).

Las instituciones de crédito receptoras de los fondos, no pagarían interés alguno, pero cargaban mensualmente a las subcuentas respectivas la comisión por manejo de cuenta que determinara la SHCP, oyendo la opinión del Banco de México.

El trabajador podía solicitar la suscripción de un contrato de seguro de vida, partiendo del capital acumulado en su cuenta individual, en las condiciones fijadas por el comité técnico encargado de vigilar el dispositivo de ahorro para el retiro. Cuando el trabajador llegara a la edad de 65 años o adquiriera el derecho a beneficiarse de una pensión de jubilación o invalidez, podía solicitar a la institución de crédito en que se encontrara su cuenta individual de ahorro para el retiro, que le entregara los fondos acumulados. Entonces podría confiarlos a una entidad financiera designada por el trabajador para la obtención de una pensión vitalicia, o disponer de ellos como lo deseara.

Al momento de abrir su cuenta el trabajador debía designar sus beneficiarios. En caso de fallecimiento del titular de la cuenta, las sumas acreditadas en la cuenta se pagarían a estos beneficiarios.

El control del sistema se encontraba en manos del Comité Técnico del S.A.R., el cual estaba integrado por un total de nueve miembros, tres de la SHCP, uno de la Secretaría del Trabajo y Previsión Social, tres del Instituto Mexicano del Seguro Social y dos del Banco de México. Estos miembros serían designados por el titular de cada dependencia entre aquellos que ocuparan puestos de subsecretarios o subdirectores generales.

Las funciones de éste Comité eran:

- Actuar como órgano de consulta en asuntos del S.A.R.
- Recomendar a las autoridades la adopción de criterios o expedición de créditos sobre el S.A.R.
- Resolver sobre circunstancias específicas no previstas en la ley, y
- Llevar a cabo las funciones que le señalaran otras disposiciones.

Además de este Comité, la SHCP y el Banco de México podían expedir reglas de carácter general para el mejor funcionamiento del sistema.

Régimen pensionario actual

A mediados de diciembre de 1995, el Congreso de la Unión aprobó la iniciativa de Reforma a la Ley del Seguro Social en la cual se efectuaron importantes cambios en materia de operación y administración de los diferentes ramos de seguro que ofrece el IMSS. En lo que se refiere al ramo de pensiones, con la reforma se pasa de un sistema de reparto a un sistema "autofinanciable", además se da entrada a la participación de los particulares a través de instituciones especializadas en el manejo de los fondos de pensiones llamadas Administradoras de Fondos para el Retiro, y de la inclusión de las instituciones de seguros que serían las encargadas de ofrecer los seguros de renta vitalicia y de sobrevivencia.

En el capítulo siguiente se analizará con mayor detenimiento el sistema pensionario introducido a partir de la reforma de 1995.

CAPITULO II.- EL ACTUAL SISTEMA DE PENSIONES OTORGADAS CON BASE EN LA LEY DEL SEGURO SOCIAL

1.- CARACTERÍSTICAS Y OBJETIVOS DEL SISTEMA DE PENSIONES

El régimen mexicano hasta antes de la reforma al sistema pensionario, contaba con dos características:

- a. El monto de las pensiones o beneficios se encontraba determinado de antemano, como una proporción de los salarios que cada persona percibía durante su vida activa, y
- b. Las pensiones de quienes llegaban a la edad jubilatoria se pagaba o financiaba con las cotizaciones de los trabajadores activos en ese momento.

Este sistema conocido como de reparto de beneficio definido se encontraba administrado principalmente por dos organismos: El Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) para los trabajadores del sector privado, y el Instituto de Seguridad Social y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, y que sustituyó a lo dispuesto en la Ley General de Pensiones Civiles de Retiro de 1925.

El objeto de estudio del presente trabajo se refiere exclusivamente al sistema pensionario regulado por la Ley del Seguro Social, el cual básicamente persigue los siguientes propósitos:

1.- Sustituir el tradicional sistema de reparto del sistema de pensiones por uno de capitalización, permitiendo que los trabajadores adquieran la propiedad de su cuenta de ahorro individual producto de las distintas aportaciones de su cuenta cuyo rendimiento podrá seguir y vigilar en la institución que elija.

2.- Fomentar el ahorro interno y la inversión a través de incentivos para incrementar las cuentas individuales de retiro y su canalización hacia la inversión productiva.

3.- Brindar seguridad, dando certeza sobre la propiedad de los recursos de las cuentas individuales.

Las reformas a la Ley del Seguro Social

El 21 de diciembre de 1995 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el Decreto que derogaba la Ley del seguro Social publicada en marzo de 1973, señalando dentro del artículo 1° transitorio que la Nueva Ley entraría en vigor hasta el 1 de enero de 1997.

Posteriormente el 21 de noviembre de 1996 se reformó el primer párrafo del artículo 1° para, de nueva cuenta, aplazar la entrada en vigor de la misma hasta el 1° de julio de 1997.

En esta nueva legislación se estableció un sistema de pensiones de capitalización individual, para que las contribuciones de los trabajadores, patrones y Estado se canalicen a una cuenta individual perteneciente a cada trabajador con el fin de acumular un saldo que deberá aplicarse a la obtención de pensiones. Los recursos de las cuentas se capitalizan en administradoras para el fondo de fondos para el retiro (AFORES), las cuales administran sociedades de inversión especializadas de fondos para el retiro (SIEFORES), elegidas por el trabajador, las que a su vez invertirán los recursos captados en instrumentos financieros con la regulación y supervisión de la CONSAR.

Este sistema tiene dos ramas principales: la primera formada por un sistema fondeado de contribución definida que comprenderá los recursos que se destinarán a la cuenta individual de los trabajadores (aportaciones para el seguro

de retiro y vivienda, vejez y cesantía en edad avanzada); y la segunda, formada por tres fondos colectivos que administrará el IMSS para suministrar pensiones de invalidez y vida, riesgos de trabajo y para financiar los gastos médicos de los pensionados.

Adicionalmente, se introdujo sobre la base de las cuentas individuales un mecanismo de apoyo para los trabajadores de menores recursos en la forma de una pensión mínima garantizada.

A fin de respetar los derechos adquiridos se conservó la subcuenta del seguro prevista en el Sistema de Ahorro para el Retiro de 1992, generando rendimientos pero a la que no podrían hacerse nuevos depósitos a partir de la entrada en vigor de la Ley.

Asimismo, se estableció que los recursos que tuvieran los trabajadores en dicha cuenta podrían ser trasladados a la cuenta individual Administradora de Fondos para el Retiro que cada trabajador eligiera.

Elementos del sistema

La ley de 1997 establece por primera vez los conceptos de renta vitalicia, seguro de sobrevivencia y cuenta individual, lo que implica revisar brevemente en que consisten los mismos.

Renta vitalicia y seguro de sobrevivencia

El contenido materia de un contrato de seguro es que una empresa aseguradora se obligue mediante el pago de una prima, a resarcir el daño o pagar una suma de dinero al verificarse la eventualidad prevista en el contrato⁹, en este sentido el Instituto Mexicano del Seguro Social es una aseguradora por ministerio de Ley.

⁹ Ley sobre el Contrato de Seguro, México, D.F., Andrade 2001, artículo 1°.

En este sentido la figura de renta vitalicia es un contrato de seguro, toda vez que una sociedad (una aseguradora en este caso) asume una eventualidad a cambio de una prima única (monto constitutivo), comprometiéndose al pago de una cantidad mensual durante la vida del pensionado.

Por su parte el seguro de sobrevivencia es el que contratan los pensionados a favor de sus beneficiarios para otorgarles la pensión, ayudas asistenciales y demás prestaciones, mediante una renta que se les asignará después del fallecimiento del pensionado y hasta la extinción legal de las pensiones aue tengan derecho.

Este seguro inicia su cobertura a la muerte del pensionado, por esta razón, al momento de calcular la prima correspondiente se toma en cuenta la probabilidad de vida del trabajador y ésta se suma a la edad de los beneficiarios declarados en ese momento (aún cuando pueden desconocerse).

Los seguros de renta vitalicia y de sobrevivencia se contratan una vez que ha ocurrido el riesgo protegido por la seguridad social o que se llega a la edad que establecen los ramos de cesantía en edad avanzada y vejez.

La eventualidad protegida, por la que se paga el monto constitutivo, es la sobrevida del pensionista. Las aseguradoras "reaseguran" al Instituto respecto a su obligación de pagar una pensión hasta la muerte del asegurado y sus beneficiarios, es decir, el riesgo de la sobrevida de los pensionados lo traslada a una aseguradora, la que asume una obligación de carácter aleatorio.

De esta forma, ocurrido el riesgo o cumplidos los requisitos para la procedencia del retiro, el IMSS paga un monto constitutivo, (como si fuera una prima), el saldo de la cuenta individual más la suma asegurada, a una compañía de seguros a

elección del trabajador, en una exhibición y transfiere a esta la obligación de efectuar pagos periódicos a favor del pensionista

Cuenta Individual

Uno de los elementos más importantes del sistema es la cuenta individual, de acuerdo con la sección séptima del Capítulo VI de la Ley del Seguro Social, relativo al seguro de Retiro, Cesantía en edad avanzada y Vejez, cada asegurado tiene una cuenta individual en la que se depositan las cuotas obrero-patronales y estatal por concepto del Seguro de Retiro, Cesantía en edad avanzada y Vejez, así como sus rendimientos. Los recursos depositados en esa cuenta son propiedad del trabajador, son inembargables y no pueden otorgarse en garantía, con excepción de aquellos depositados en la subcuenta de aportaciones voluntarias.

Esta cuenta individual, se integra a su vez por tres subcuentas:

***Retiro, cesantía en edad avanzada y vejez;**

***Vivienda; y**

***Aportaciones voluntarias.**

Cabe comentar que no se consideran para efectos del fondo para el Retiro, Cesantía y Vejez, las aportaciones habitacionales, toda vez que el propio artículo 159 de la Ley del Seguro Social establece respecto a la subcuenta de vivienda, que las AFORES deberán hacer entrega de los recursos al Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores en los términos de la ley respectiva. Cada cuenta individual se encuentra manejada por una Administradora de Fondos para el retiro, que como se verá más adelante, son sociedades mercantiles especializadas en la administración de estos recursos.

A continuación se presentan las subcuentas que integra la cuenta individual mencionando los porcentajes de aportación obrero-patronales y estatales:

Subcuenta	Cuotas y aportaciones sobre el salario base de cotización		
	Obrera	Patronal	Estatal
Cesantía en edad avanzada y vejez	1.125 %	3.150 %	7.143 % de las cuotas patronales
Retiro	-----	2 %	-----
De vivienda	-----	5%	-----
Aportaciones voluntarias	Voluntarias	voluntarias	-----

En esta cuenta el Gobierno Federal aporta mensualmente por concepto de cuota social, la cantidad inicial equivalente a 5.5% del salario mínimo general para el Distrito Federal, por cada día de salario cotizado, a lo que se denomina **cuota social**.

2.-TIPOS DE PENSIONES ESTABLECIDOS EN LA LEY SEGURO SOCIAL

Tipos de regímenes y ramos del seguro

La Ley del Seguro Social vigente establece que el seguro social comprende dos tipos de regímenes:

- Régimen obligatorio: que se refiere a todos aquellos supuestos en que ineludiblemente el patrón o sujeto obligado debe inscribir a los trabajadores a su servicio ante el Instituto.

La forma de incorporación al régimen obligatorio se establece a través de tres vías: por disposición legal, por decreto presidencial o por convenio.

- Régimen voluntario: que es potestativo contratarlo tanto para las personas como para el Instituto.

La misma Ley estructura los ramos de seguro que están comprendidos en el régimen obligatorio, de la siguiente forma:

1. Riesgos de trabajo;
2. Enfermedades y maternidad;
3. Invalidez y vida;
4. Retiro, Cesantía en edad avanzada y vejez; y
5. Guarderías y prestaciones sociales.

En cada caso el Seguro Social cubre las contingencias y proporciona los servicios que señala la Ley y sus Reglamentos. Las contingencias cubiertas en cada caso son las siguientes:

1. En el seguro de Riesgos de trabajo, los accidentes y enfermedades a que están expuestos los trabajadores en ejercicio o con motivo del trabajo;
2. En el seguro de Enfermedades y Maternidad; la enfermedad no profesional del asegurado y sus beneficiarios y la maternidad de la asegurada, así como la de la esposa o concubina del asegurado;

3. En el seguro de Invalidez y Vida, la invalidez y la muerte del asegurado o del pensionado por invalidez;
4. En el Seguro de Retiro, Cesantía en Edad Avanzada y Vejez, respecto al asegurado no se habla propiamente de una contingencia, sino de la necesidad de que éste cuente con un ingreso digno al momento de que sus fuerzas para trabajar disminuyen por razones de la edad; y respecto de los beneficiarios se les protege ante la muerte del pensionado del cual dependen económicamente.
5. En el Seguro de Guarderías, la imposibilidad de la madre trabajadora y del trabajador viudo o divorciado que conserve la custodia de los hijos, de proporcionar cuidados durante la jornada laboral a sus hijos, en la primera infancia.

Con excepción del Seguro de Riesgos de Trabajo, en la que las aportaciones son hechas enteramente por el patrón, en cada uno de estos ramos de aseguramiento existe una aportación por parte de los trabajadores, los patrones y el gobierno federal. Dicha aportación se calcula sobre un porcentaje del salario base de cotización de los trabajadores, el cual está determinado por el artículo 27 de la Ley del Seguro Social.

Es importante mencionar que para efectos de la Ley del Seguro Social, se entiende por pensión la renta vitalicia o el retiro programado de los recursos de la cuenta individual.

Las pensiones otorgadas con base en la Ley del Seguro Social derivadas de los ramos de seguro son las siguientes:

1.- Pensiones otorgadas en el seguro de Riesgos de Trabajo:

En caso de que el asegurado sufra algún accidente o enfermedad en ejercicio o con motivo de su trabajo, este recibirá el 100 por ciento de su salario mientras el IMSS determina el grado de invalidez que enfrenta. Este subsidio será pagado con cargo a las reservas del Instituto generadas por las aportaciones a este seguro. Dichas reservas serán administradas por el Instituto.

El grado de invalidez se determina en base a la Ley Federal del Trabajo. En caso de que se declare una incapacidad permanente total, el trabajador recibirá una pensión equivalente al 70 por ciento de su salario de cotización.

Dicha pensión, al igual que el seguro de sobrevivencia y las prestaciones económicas que le llegaran a corresponder serán otorgadas por la Institución de seguros que elija el trabajador. A efecto de contratar el seguro de sobrevivencia y de renta vitalicia, el IMSS calculará el monto constitutivo necesario para su contratación. A dicho monto se le restará el saldo acumulado en la cuenta individual del trabajador y la diferencia positiva será la suma asegurada que deberá pagar el Instituto a la Institución de seguros elegida por el trabajador.

Cabe agregar que en caso de que el trabajador tenga una cantidad acumulada en su cuenta individual mayor al necesario para integrar el monto constitutivo para contratar una renta vitalicia superior a la pensión a que tenga derecho podrá optar entre:

- a) Retirar el excedente de su cuenta individual en una sola exhibición.
- b) Contratar una renta vitalicia mayor o
- c) Incrementar los beneficios del seguro de sobrevivencia aumentando el monto de su prima.

Este seguro de sobrevivencia deberá, a su vez, en caso de fallecimiento del pensionado a consecuencia del riesgo de trabajo, la pensión y demás prestaciones económicas a sus beneficiarios. Como se aprecia, en este caso la pensión será financiada con los recursos de la cuenta individual y aportaciones del IMSS provenientes de las contribuciones específicas para este concepto.

Como podemos apreciar, una vez que el Instituto ha determinado el derecho del trabajador asegurado a la pensión inicia una segunda etapa de aseguramiento relacionada con la contratación del seguro de renta vitalicia y de sobrevivencia. De esta etapa se deriva una legislación complementaria relacionada con las aseguradoras, entre ellas la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, la Ley sobre el Contrato de Seguros y las reglas de Carácter General emitidas por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y la Comisión Nacional de seguros y Fianzas.

A pesar de no ser el objeto de estudio del presente trabajo, en mi opinión el punto anterior viola el espíritu del artículo 123 Constitucional, que consigna la obligación por parte de los patrones de indemnizar a los trabajadores por los accidentes o enfermedades que hayan sufrido debido al trabajo desempeñado o como consecuencia de este. En caso de que el trabajador sufra un accidente o contraiga una enfermedad como consecuencia de su trabajo, que lo imposibilite para seguir desempeñando éste, una vez que el IMSS haya certificado tal aseveración, el trabajador, deberá contratar una renta vitalicia y un seguro de sobrevivencia con una compañía aseguradora con cargo a los fondos existentes en su cuenta individual. Lo anterior significa que los recursos que el trabajador ha aportado a su cuenta individual, la cual pasa a ser parte de su patrimonio desde el momento en que se apertura, servirán para hacer frente a una contingencia que debería ser asumida enteramente por el patrón, lo que contraviene el espíritu de la fracción XIV del artículo 123 de nuestra Carta Magna:

XIV.- Los empresarios serán responsables de los accidentes del trabajo y de las enfermedades profesionales de los trabajadores, sufridas con motivo o en ejercicio de la profesión o trabajo que ejecuten; por lo tanto, los patronos deberán pagar la indemnización correspondiente, según que haya traldo como consecuencia la muerte o simple incapacidad temporal o permanente para trabajar, de acuerdo con

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

lo que las leyes determinen. Esta responsabilidad subsistirá aún en el caso de que el patrono contrate el trabajo por un intermediario.

Cabría analizar con detenimiento este punto a fin de proponer una reforma legislativa que enmiende el error que se aprecia en la legislación de 1995.

2.- Pensiones otorgadas por el seguro de Invalidez y vida:

Ramo de invalidez

En caso de que el asegurado sufra de una enfermedad o accidente no profesional que lo imposibilite para procurarse, mediante un trabajo igual, una remuneración superior al cincuenta por ciento de la remuneración habitual percibida durante el último año de trabajo, y habiendo cumplido con el periodo de cotización señalado por la ley, tendrá derecho a que le sea declarado el estado de invalidez a efecto de contratar, con cargo a su cuenta individual, una pensión y el seguro de sobrevivencia con la institución aseguradora que elija.

Esta pensión puede ser de dos tipos:

1. **Temporal:** Se otorga por períodos renovables cuando existe posibilidad de recuperación para el trabajo.
2. **Definitiva:** Se otorga cuando el estado de invalidez se estima de naturaleza permanente.

El monto de esta pensión será igual al treinta y cinco por ciento del promedio de los salarios de las últimas quinientas semanas de cotización anteriores al otorgamiento de la misma, actualizadas conforme al Índice Nacional de Precios al Consumidor, más las asignaciones familiares y ayudas asistenciales. Estas asignaciones familiares consisten en un porcentaje de la pensión para los familiares del pensionado, como lo señala el siguiente cuadro:

Asignaciones familiares

Beneficiario	Porcentaje adicional de la pensión que se otorga al beneficiario
1. Esposa o concubina	15%
2. Cada uno de los hijos	10%
3. Cada ascendiente, en caso de no contar con esposa, concubina o hijos	10%
4. El pensionado en caso de ausencia de los tres primeros beneficiarios	15%
5. El pensionado en caso de contar con sólo un ascendiente y no contar con esposa, concubina o hijos	10%

El monto de la pensión de invalidez tiene gran importancia, pues es la base a partir de la cual se calculan los montos de las pensiones del ramo de vida.

La ayuda asistencial se otorga, previo dictamen médico y solamente en los tres primeros casos de la tabla, cuando el pensionado requiere de otra persona que lo asista de manera permanente. La ayuda consiste en un aumento hasta del 20% de la pensión de invalidez o viudez que esté disfrutando el pensionado.

Ramo de vida

Este ramo era denominado como de *muerte* hasta la Reforma efectuada a la Ley en 1995. En el caso de ocurrir la muerte del asegurado o del pensionado por invalidez, el Instituto otorgará a sus beneficiarios los siguientes tipos de pensiones:

Pensión de viudez: Se otorga a quien fuera la esposa o concubina del pensionado, consiste en un noventa por ciento de la que le hubiera correspondido al asegurado en caso de invalidez.

Pensión de orfandad: Se otorga a los hijos menores de dieciséis años y consiste en un veinte por ciento de la que le hubiera correspondido al asegurado en caso de invalidez. Esta suma aumentará a treinta por ciento en caso de ser huérfano de padre y madre.

Pensión a ascendientes: Se otorga a los ascendientes que dependían económicamente del asegurado o pensionado cuando no exista viuda, huérfanos o concubina y consiste en un veinte por ciento de la que le hubiera correspondido al asegurado en caso de invalidez.

Tanto en el ramo de vida como en el de invalidez, una vez que se presenta el supuesto señalado por la ley para el otorgamiento de la pensión, el mecanismo de contratación es el mismo:

La pensión y el seguro de sobrevivencia son contratados por el trabajador con la institución de seguros que elija. Para ello, el Instituto calculará el monto constitutivo necesario para su contratación, a este monto se le restará el saldo acumulado e la cuenta individual del asegurado y la diferencia positiva será la suma asegurada que el Instituto deberá entregar a la institución de seguros para efectuar la contratación.

Si el trabajador tiene un saldo acumulado en su cuenta individual mayor al necesario para integrar el monto constitutivo para contratar los seguros de renta vitalicia y de sobrevivencia, éste podrá optar entre:

- a) Retirar el excedente de su cuenta individual en una sola exhibición.
- b) Contratar una renta vitalicia por una cuantía mayor o
- c) Incrementar los beneficios del seguro de sobrevivencia aumentando el monto de su prima.

Las prestaciones y los gastos administrativos de estos ramos del seguro de invalidez y vida provienen de las aportaciones que los patrones, trabajadores y el Estado efectúan de acuerdo con la siguiente tabla:

Trabajadores	0.625 %	Sobre el salario base de cotización del trabajador
Patrones	1.75%	
Estado	7.143 %	Sobre el total de las cuotas patronales

3.- Pensiones otorgadas por Retiro y Cesantía en Edad Avanzada y Vejez:

Cesantía en edad avanzada. El trabajador que cuente con 60 años o más, que quede privado de un trabajo remunerado y que haya cotizado un número mínimo de 1250 semanas, tendrá derecho a disfrutar de una pensión de cesantía en edad avanzada pudiendo optar por alguna de las siguientes opciones:

- a) Contratar con la institución de seguros de su elección una renta vitalicia, que se actualizará con el INPC anualmente.
- b) Mantener el saldo de su cuenta individual en una Administradora de Fondos para el Retiro y efectuar con cargo a esta retiros programados

En caso de que la pensión que se le calcule a un asegurado en el sistema de renta vitalicia sea superior en más del treinta por ciento a la pensión garantizada¹⁰, una vez que haya sido cubierto la prima del seguro de sobrevivencia para sus

¹⁰ Pensión mínima garantizada

La LSS estipula que el Gobierno Federal garantizará una pensión mínima a todos los trabajadores que hayan cumplido con los requisitos de edad y de semanas de cotización mencionados pero que no cuenten con los suficientes recursos en su cuenta individual para una renta vitalicia o un retiro programado. La pensión mínima garantizada es la cantidad equivalente al monto del salario mínimo vigente en el Distrito Federal el 1 de enero de 1997. La cuantía de dicha pensión se actualizará anualmente en febrero de conformidad con el INPC.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

beneficiarios, el asegurado podrá optar por retirarse antes de cumplir las edades establecidas, siendo esto el retiro.

De la misma forma, si siendo ya pensionado, el asegurado tiene en su cuenta individual recursos que le permiten obtener una renta vitalicia superior en treinta por ciento a la pensión garantizada, este podrá optar por retirar el excedente de los recursos acumulados en la cuenta individual en una o varias exhibiciones.

Vejez. El trabajador de 65 años que tenga un mínimo de 1250 semanas cotizadas, tendrá derecho a ejercer cualquiera de las dos opciones mencionadas en el ramo anterior: adquirir un seguro de renta vitalicia o efectuar retiros programados utilizando para ello los recursos acumulados en su cuenta individual. Aquellos trabajadores que lleguen a la edad estipulada y que no cuenten con el mínimo de cotizaciones requeridas podrán optar entre seguir cotizando hasta cumplir con las cotizaciones requeridas o retirar el saldo de su cuenta individual en una sola exhibición.

Como hemos podido observar en todos los casos el monto de las pensiones y los beneficios adicionales que se podrán obtener dependen del saldo acumulado en la cuenta individual durante la vida productiva del trabajador, la cual estará en función de las contribuciones que hayan sido realizadas por el patrón, el trabajador y el Estado más el rendimiento pagado durante el tiempo que estos recursos hayan sido administrados por una AFORE, menos las comisiones cobradas esta sociedad. Al tener derecho a ejercer sus recursos destinados para la obtención de una pensión, el trabajador tiene dos alternativas: comprar una renta vitalicia que le garantice un pago mensual indizado a los precios o recibir los recursos de su cuenta individual en la forma de retiros programados.

Como se puede apreciar, el nuevo esquema premia más a los que cotizan más tiempo al seguro, y premia menos a los que cotizan poco tiempo, en comparación con el régimen de reparto.

Un punto trascendental en el sistema pensionario actual es que el Estado aportará los recursos necesarios para garantizar una pensión mínima a los trabajadores cuyos recursos de la cuenta individual no sean suficientes para obtener una renta vitalicia o un retiro programado de al menos la pensión garantizada y la adquisición de un seguro de sobrevivencia para sus beneficiarios. En este supuesto la pensión sólo podrá ser otorgada bajo el sistema de retiros programados. En primer lugar se agotarán los recursos de la cuenta individual del trabajador y una vez que esto pase el Estado cubrirá la pensión garantizada por conducto del Instituto

La importancia de este punto radica en el enorme costo fiscal que puede representar para el Estado los recursos necesarios para otorgar las pensiones garantizadas de los trabajadores con derecho a la misma. Este punto se une a la característica que tienen los contratos de administración de recursos que firman los trabajadores con las AFORES: no se garantiza un rendimiento mínimo, existiendo inclusive, la posibilidad de registrar pérdidas. De esta manera, una eventual pérdida de los valores invertidos en las AFORES repercutiría posteriormente en un costo fiscal adicional para el Estado. Un riesgo real en el mercado de valores. De ahí la trascendencia que tiene la vigilancia escrupulosa del manejo de estos recursos e inversiones.

Criterios de elegibilidad

Dentro de este régimen, para que los trabajadores tengan derecho a los beneficios de los ramos del seguro en materia de pensiones, deben cotizar, es decir, efectuar aportaciones a los correspondientes ramos del seguro del IMSS, al menos durante los siguientes periodos:

Tipo de pensión	Semanas cotizadas al IMSS
Pensiones de Vejez	1250
Pensiones de invalidez	250
Pensiones por Cesantía en Edad Avanzada	1250
Pensiones en caso de Muerte del acreditado	150
Pensiones por el Seguro de Riesgos de Trabajo	250 o 150 con más del 75% de invalidez

En caso de que los trabajadores no coticen al sistema el número mínimo de semanas mencionadas, la ley establece que podrán retirar los recursos de su cuenta individual en una sola exhibición o seguir cotizando hasta cumplir con el requisito señalado por la Ley.

Por último, es conveniente hacer notar que las pensiones otorgadas a los trabajadores o pensionados y sus beneficiarios, que hayan cumplido los requisitos señalados por la ley y que hayan cubierto las cotizaciones establecidas podrán ser otorgadas ya sea por el Instituto Mexicano del Seguro Social, la Institución de seguros elegida por el trabajador o la Administradora de Fondos para el Retiro que maneje su cuenta individual.

3.- MECANISMO DE FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA

Los patrones son los encargados de enterar las aportaciones obrero-patronales en los distintos ramos de seguro. Estos pagos, que pueden ser realizados en las oficinas del IMSS o en cualquier sucursal bancaria, se transfieren posteriormente a una cuenta concentradora.

Una vez que el recurso ha sido depositado, la empresa operadora de la Base de Datos Nacional SAR informa a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público de los

días cotizados por el trabajador y con esos datos esta dependencia deposita la cuota social en la cuenta individual de cada trabajador.

Los recursos de la cuenta concentradora se canalizan a la Administradora de Fondos para el Retiro (AFORES) que haya elegido cada trabajador y al INFONAVIT, a través del Banco de México, tratándose de las aportaciones de vivienda. Las AFORES, a su vez, invertirán los recursos con que cuenten dentro de las cuentas individuales que administren en las Sociedades de Inversión Especializadas de Fondos para el Retiro (SIEFORES) y el INFONAVIT seguirá utilizando los recursos para otorgar créditos para vivienda.

Dentro de este mecanismo, los trabajadores pueden elegir la AFORE que mas les convenga para el manejo de sus recursos para el retiro.

Las AFORES son entidades financieras que se dedican de manera exclusiva a administrar las cuentas individuales y canalizar los recursos de las subcuentas de acuerdo al marco jurídico vigente, así como administrar sociedades de inversión de fondos para el retiro (SIEFORES).

Las SIEFORES son sociedades de inversión administradas y operadas por las AFORES con el objeto de invertir los recursos provenientes de las cuentas individuales de los trabajadores afiliados a los sistemas de seguridad social. Asimismo, invierten los recursos provenientes de los capitales mínimos fijos y de la reserva especial de las AFORES.

Al igual que las sociedades de inversión reguladas por la Ley de Sociedades de Inversión, las SIEFORES reúnen los capitales de los inversionistas, que en este caso son los trabajadores, para comprar valores y posteriormente vender a los trabajadores sus acciones representativas de su capital social, es decir, una vez que el trabajador haya elegido una AFORE, los recursos provenientes de las cuotas efectuadas en su favor, se destinarán a la compra de acciones de las

sociedades de inversión especializadas de fondos para el retiro (SIEFORES) que la AFORE administre, las cuales tienen por objeto la inversión de dichos recursos en valores.

Una vez que el trabajador puede ejercer el derecho de disfrutar de una pensión en los términos de la Ley del Seguro Social, podrá revender a la AFORE que le administre su cuenta individual, la totalidad de las acciones de la SIEFORE en que tenga invertidos sus recursos a valor de mercado, a efecto de adquirir con la cantidad que obtenga la pensión a que tenga derecho ya sea mediante la contratación de una renta vitalicia y del seguro de sobrevivencia correspondiente o de efectuar retiros programados.

Es el espíritu del sistema que cada AFORE pueda operar distintas SIEFORES con diferente composición en su cartera de acuerdo a niveles de riesgo diferenciados de manera que cada trabajador elija la de su mayor conveniencia. Sin embargo, todas las AFORES deberán de operar al menos una SIEFORE que esté integrada por valores que mantengan su valor en el tiempo de acuerdo al incremento en el INPC.

Para fomentar la competencia, los trabajadores tendrán la opción de transferir los recursos de sus cuentas individuales a otra AFORE o entre SIEFORES una vez al año, o cada vez que estas cambien sus políticas de inversión o las comisiones que cobran a sus afiliados.

Información a los trabajadores

Un aspecto medular del sistema es la información que se proporcione a los trabajadores a efecto de que puedan decidir el mejor destino de sus recursos y ejercer una vigilancia de los mismos.

Las SIEFORES están obligadas a proporcionar cierto tipo de información al público inversionista, es decir los trabajadores. Algunas de las finalidades de esta medida es el procurar que las operaciones que éstas realizan sean lo más transparentes posible, así como que los accionistas (léase de nuevo los trabajadores) cuenten con la mayor cantidad de información confiable, a efecto de estar en posibilidades de realizar una decisión acertada respecto de sus inversiones. En el caso de las SIEFORES, los inversionistas deberán elegir la AFORE que administrará su cuenta individual y a la SIEFORE que mejor convenga a sus intereses.

En este sentido, el artículo 18 fracción IV de la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro establece que las AFORES deberán enviar al domicilio del trabajador, sus estados de cuenta y el estado de sus inversiones, por lo menos una vez al año, así como establecer servicios de información y atención al público.

Por su parte, el tercer párrafo del artículo 47 de la misma Ley dispone que las SIEFORES deberán elaborar prospectos de información al público inversionista que revelen la situación patrimonial de la AFORE que opere a la sociedad de inversión de que se trate, así como la información relativa a sus políticas de inversión que seguirá dicha SIEFORE. Cabe señalar, que estos prospectos deben remitirse a la CONSAR para su aprobación.

Dichos prospectos, dirigidos a los trabajadores, deben contener cuando menos, lo siguiente:

1. La advertencia a los trabajadores de los riesgos que pueden derivarse de la clase de portafolios y carteras que compongan la SIEFORE;
2. El sistema de valuación de sus acciones;
3. La mención específica de que los trabajadores tendrán el derecho de que la Siefore, a través de su Afore, les recompre a precio de valuación hasta el 100% de su tenencia cuando tengan derecho a gozar de una pensión,

cuando se modifique el régimen de inversión o de comisiones o cuando soliciten el traspaso de su cuenta individual; y

4. Señalar el importe de las comisiones que se cobrarán al trabajador y explicar su fórmula de cálculo.

Sin perjuicio de lo anterior, las SIEFORES deben elaborar folletos explicativos que traten cuando menos los puntos básicos de los prospectos de información. Éstos deberán estar redactados en forma clara, sencilla y en un lenguaje accesible a los trabajadores, y deberán estar en todo tiempo a disposición de éstos en las AFORES y SIEFORES.

Este punto es muy importante, ya que su incumplimiento es causal de revocación de autorización. Se pretende que los trabajadores estén bien informados acerca del desempeño de sus recursos.

Adicionalmente existen varias Circulares, expedidas por la CONSAR, que regulan lo relativo a la información que las SIEFORES, a través de sus operadoras deben otorgar a los trabajadores.

Como lo señala el artículo 188 de la Ley del Seguro Social, la CONSAR tiene a su cargo la inspección y vigilancia de las AFORES Y SIEFORES, así como la obligación de supervisar toda la información que estas dirijan a los trabajadores, con el objeto de proporcionar mayor protección a los recursos de los trabajadores.

4.- BASE DE DATOS NACIONAL DEL SAR

Los Sistemas de Ahorro para el Retiro cuentan con un elemento adicional, de carácter eminentemente administrativo, para su funcionamiento: Una Base de Datos Nacional SAR que conjunta la información, separando la información individual de cada trabajador y el registro de la administradora o institución de

crédito a la que esté afiliado. La propiedad de la Base es del Gobierno Federal y la administración y en su caso, la operación, es obligación de la CONSAR, sin embargo la prestación de este servicio podrá realizarse por empresas operadoras concesionarias.

En la exposición de motivos de la Ley se explica que esta base de datos busca cobrar comisiones menos onerosas a las AFORES, aumentando de esta manera los rendimientos que pudieran alcanzar los trabajadores en sus cuentas.

Algunas de la funciones de la base de datos son:

- (i) Identificación de las cuentas individuales en las AFORES e instituciones de crédito;
- (ii) Certificaciones sobre registro de trabajadores en éstas;
- (iii) Control de traspasos;
- (iv) Instruir al operador de la cuenta concentradora sobre la canalización de fondos a las AFORES elegidas;
- (v) Procurar la unificación y traspaso de cuentas individuales sin necesidad de consentimiento del trabajador.

Si bien es cierto que el registro informático de la Base de datos del SAR, es concesionado a empresas particulares, ello no impide que la Comisión (CONSAR) pueda intervenir de manera permanente en su convalidación. Si bien la concesionaria es el instrumento para mantener la información, es interés del Gobierno Federal que los mismos sean confiables por lo que deberá verificar en todo momento su validez y ordenar las correcciones pertinentes.

EL RÉGIMEN DE INVERSIÓN DE LAS SIEFORES

En virtud de que las SIEFORES son un tipo de sociedad de inversión especializada, su régimen de inversión y sus políticas de adquisición y selección

de valores, son autorregulados de conformidad con sus prospectos de información al público inversionista, dentro de los límites establecidos en la Ley del Sistema de Ahorro para el Retiro y su Reglamento, así como en las Circulares que al efecto expide la CONSAR.

El objetivo del régimen de inversión es establecer un marco regulatorio, para que las SIEFORES otorguen a los trabajadores afiliados al sistema de pensiones una adecuada rentabilidad, bajo condiciones de seguridad y transparencia en la operación financiera.

Considerando el riesgo al que pudieran estar expuestos los ahorros de los trabajadores, dichas reglas buscan promover la diversificación de las inversiones que manejan las SIEFORES, estableciendo límites a la concentración en títulos y valores de un mismo emisor y de un mismo grupo industrial, comercial o financiero, al tiempo que se permite canalizar recursos hacia actividades productivas de los sectores público y privado.

Sobre este último punto, el legislador buscó garantizar que, dada la magnitud de los recursos que se concentran en el sistema, estos sirvieran como motor del desarrollo económico nacional, por lo que expresamente se señala en el artículo 43 de la Ley del Sistema de Ahorro para el Retiro que "... el Régimen de inversión tendrá a incrementar el ahorro interno y el desarrollo de un mercado de instrumentos de largo plazo... a tal efecto, proveerá que las inversiones se canalicen preponderantemente, a través de su colocación de valores, a fomentar:

- a) La actividad productiva nacional;
- b) La mayor generación de empleo;
- c) La construcción de vivienda;
- d) El desarrollo de infraestructura; y
- e) El desarrollo regional".

En el primer año de operaciones del sistema se estableció que cada Afore podría operar solamente una SIEFORE cuyo régimen de inversión fuera el establecido por la Ley SAR.

Una vez pasado este periodo, las AFORES podrán solicitar la autorización de la CONSAR, a efecto de operar subsecuentes SIEFORES; sin embargo, como se mencionó anteriormente, siempre deberán mantener una SIEFORE cuya cartera se conforme fundamentalmente por valores que preserven el valor adquisitivo de los ahorros de los trabajadores.

Al respecto el mismo artículo 43 de la Ley del Sistema de Ahorro para el Retiro establece que el régimen de inversión deberá sujetarse a lo dispuesto por las reglas de carácter general expedidas por la CONSAR, oyendo previamente al Banco de México, la Comisión Nacional Bancaria y de Valores y el Comité Consultivo, así como a las siguientes reglas:

- a) El 100% del activo de las SIEFORES deberá estar representado por efectivo y valores; y
- b) La cartera de valores deberá estar integrada por los siguientes instrumentos:
 1. Instrumentos emitidos o avalados por el Gobierno Federal;
 2. Instrumentos de renta variable;
 3. Instrumentos de deuda emitidos por empresas privadas;
 4. Títulos de deuda emitidos, aceptados o avalados por instituciones de banca múltiple o banca de desarrollo;
 5. Títulos cuyas características específicas preserven su valor adquisitivo conforme al INPC, y
 6. Acciones de otras sociedades de inversión, excepto SIEFORES.

Los valores a que se refieren los puntos 3, 4 y 5 deberán sancionarlos una empresa calificadoras de valores autorizada por la Comisión Nacional Bancaria y de Valores. Los señalados en el inciso c deberán ser emitidos por empresas de reconocida solidez, solvencia y bursatilidad de acuerdo con los criterios que para tal efecto expida el Comité de Análisis de Riesgos.

Es importante mencionar que los documentos y valores susceptibles de ser adquiridos por las SIEFORES deberán ser valuados por un Comité de Valuación con una estructura diferente a la del Comité de Valuación de una Sociedad de Inversión.

De lo anterior, resulta evidente que la Ley se orienta por tres criterios fundamentales: **seguridad, rentabilidad y visión de largo plazo.**

Respecto del último punto, en la exposición de motivos de la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro, el legislador expuso que "en la medida que las AFORE se desarrollen y consoliden en el mercado financiero, se profundizará la intermediación financiera, con lo que se diversificarán y aparecerán nuevos instrumentos financieros. El aumento en la disponibilidad de recursos en los mercados financieros repercutirá en la disminución de las tasas de crédito para las empresas, en el desarrollo de nuevos instrumentos de deuda y en el crecimiento de los mercados de capitales"¹¹

Con relación a la seguridad y la rentabilidad, la CONSAR ha través de diferentes circulares ha venido modificando de manera permanente los topes máximos y mínimos sobre la cartera. En tal sentido, la CONSAR emitió la Circular 15-1¹², en la que establece las "reglas generales que establecen el régimen de inversión al

¹¹ Exposición de motivos del Decreto de Ley de los sistemas de ahorro para el retiro y reformas adicionales a las leyes General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, para regular las Agrupaciones Financieras, de Instituciones de Crédito, del Mercado de Valores y Federal de Protección al Consumidor, Gaceta de la Cámara de Diputados, 20 de marzo de 1996, pag. 202.

¹² Circular 15-1, Comisión Nacional de Ahorro para el Retiro, Diario Oficial de la Federación, 30 de junio de 1997

que deberán sujetarse las sociedades de inversión especializadas de fondos para el retiro, cuya cartera se integre fundamentalmente por valores que preserven el valor adquisitivo de los ahorros de los trabajadores", misma que ha sido modificada a través de las circulares 15-2 (del 29 de octubre de 1997), 15-3 (del 26 de abril de 2000), 15-4 (del 21 de agosto de 2000) y, las más reciente, 15-5 (del 18 de octubre de 2001) a través de la cual se abrogan todas las anteriores.

Esta circular regula principalmente dos elementos para garantizar la rentabilidad y la seguridad de las inversiones:

- a) Los límites de inversión por tipo de emisor
- b) La diversificación de las inversiones realizadas

La circular 15-5¹³, en vigor, establece principalmente las siguientes reglas en materia de régimen de inversión al cual deben sujetarse las SIEFORES y señala en su artículo sexto los límites de inversión por tipo de emisor, el cual es el siguiente:

- a) La inversión en instrumentos emitidos avalados por el Gobierno Federal o en instrumentos emitidos por el Banco de México, podrá ser hasta del 100% del activo total de las sociedades de inversión básicas (no se incluyen los valores emitidos por instituciones de banca de desarrollo).
- b) La inversión en instrumentos emitidos por empresas privadas, en instrumentos denominados en unidades de inversión emitidos por cualquier persona distinta al Banco de México y al Gobierno Federal, en instrumentos emitidos, avalados o aceptados por instituciones de crédito, así como de depósitos bancarios de dinero a la vista en las citadas instituciones, podrá ser hasta del 35% del activo total de las sociedades de inversión.

¹³ Circular 15-5, Comisión Nacional de Ahorro para el Retiro, Diario Oficial de la Federación, 5 de diciembre de 2001

- c) Dentro del límite a que se refiere esta fracción, la inversión en instrumentos emitidos, avalados o aceptados por instituciones de banca múltiple, los depósitos a la vista constituidos en las referidas instituciones y la inversión en instrumentos emitidos o aceptados por entidades financieras podrá ser hasta del 10% del activo total de la SIEFORE.

- d) La inversión en certificados de participación se calcularán dentro del límite a que se refiere el primer párrafo de la presente fracción; cuando los derechos o activos afectados en fideicomiso sean aportados por instituciones de banca múltiple o entidades financieras, computarán dentro del 10%. Asimismo, tratándose de depósitos bancarios de dinero a la vista de instituciones de crédito, la inversión podrá ser hasta por la cantidad de 250 mil pesos en moneda nacional.

- e) La inversión en instrumentos denominados en dólares de los Estados Unidos de América, euros de la Unión Europea y Yenes de Japón, podrá ser conjuntamente hasta del 10% del activo total de la Sociedad de Inversión Básica, siempre y cuando se encuentren inscritos en el Registro Nacional de Valores.

Toda vez que el legislador buscaba la diversificación de las inversiones a fin de propiciar la dilución de los riesgos, uno de los propósitos la Ley SAR es el de evitar las concentraciones en determinados instrumentos o sectores; se establece así el concepto de Nexo patrimonial, que da pie para dictar las reglas bajo las cuales se pueden adquirir valores de ciertas personas morales o grupos.

"Nexo patrimonial: el que tenga una persona física o moral, que directa o indirecta mente a través de la participación en el capital social o por cualquier título tenga la facultad de determinar el manejo de una sociedad".

En la misma tesitura, la Circular 15-5 define a las sociedades relacionadas como "aquellas que formen un grupo o conjunto, en las que por sus nexos patrimoniales o de responsabilidad, la situación financiera de una o varias de ella, pueda influir en forma decisiva en la de las demás, o cuando la administración de dichas personas morales dependa directa o indirectamente de una misma persona".

En lo referente a la diversificación, es importante destacar lo siguiente:

- La inversión en instrumentos emitidos, avalados o aceptados por un mismo emisor, podrá ser hasta del 10% del activo de la SIEFORE (no aplica a los emitidos o avalados por el Gobierno Federal o el Banco de México);
- Las sociedades de inversión podrán invertir hasta un 5% de su activo o hasta el 10% previa autorización de la CONSAR, en instrumentos emitidos por empresas privadas o emitidos por instituciones de crédito con quienes a AFORE tenga nexos patrimoniales.
- Las SIEFORES podrán invertir hasta el 15% de su activo en instrumentos emitidos, avalados o aceptados por sociedades relacionadas entre si y
- La inversión en instrumentos pertenecientes a una misma emisión podrá ser hasta el 20% del total del valor de la emisión de que se trate, excepto cuando se trate de instrumentos emitidos, avalados o aceptados por una institución de crédito, no incluyendo los certificados de aportación.

Es conveniente precisar que las reglas antes mencionadas son aplicables exclusivamente a las Sociedades de Inversión Básicas, las cuales son las SIEFORES que deberán mantener el valor adquisitivo de los ahorros de los trabajadores, dando mayor flexibilidad a las Sociedades de Inversión de Aportaciones Voluntarias.

Una vez que hemos visto los supuestos en que se otorga las pensiones a los trabajadores, el mecanismo de funcionamiento del sistema pensionario vigente y los aspectos fundamentales de las regulaciones de inversión de los recursos ahorrados, es conveniente analizar el aspecto financiero del sistema, revisando de manera general la definición de valor y sus clasificaciones, así como analizar a las Sociedades de Inversión reguladas por la Ley de Sociedades de Inversión en contraposición a las Sociedades de Inversión Especializadas en Fondos para el Retiro.

CAPITULO III.- ASPECTOS FINANCIEROS DEL SISTEMA DE AHORRO PARA EL RETIRO

1.- LA LEGISLACIÓN FINANCIERA Y EL SISTEMA DE AHORRO PARA EL RETIRO

La Ley del Seguro Social requirió del diseño de una legislación complementaria, que estableciera las reglas de operación para las entidades financieras que participan en el manejo de las reservas que se integran, mediante el sistema de capitalización individual, para financiar las pensiones al momento que un trabajador se vea en la necesidad de retirarse de la fuerza laboral, en razón a su edad y la consecuente disminución de sus capacidades.

Desde que se discutía el proyecto de iniciativa de Ley del Seguro Social se concluyó que lo mejor, para ganar en claridad y sencillez, era regular en la Ley del Seguro Social aquellos *aspectos relacionados con las obligaciones del patrón y los derechos del asegurado trabajador* y remitir a otro instrumento legal lo vinculado con la *inversión de los recursos acumulados en las cuentas individuales y la operación de éstas, así como la contratación de los seguros de renta vitalicia y de sobrevivencia*. De esta forma, en varios artículos de la Ley del Seguro Social se remite expresamente a la Ley para la Coordinación de los Sistemas de Ahorro para el Retiro, referencia que se entiende hecha a la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro que abrogó a la primera al entrar en vigor el 24 de mayo de 1996 (fue publicada en el Diario Oficial el 23 de mayo de 1996).

Esta disposición regula entre otras materias:

- El depósito de las cuotas de seguro de retiro, cesantía en edad avanzada y vejez en la cuenta individual de cada trabajador;

- La constitución y funcionamiento de las Administradoras de Fondos para el Retiro
- Los mecanismos, procedimientos y términos aplicables a los recursos acumulados en dichas cuentas, la unificación y traspaso de las mismas, así como las obligaciones de las Afores con el asegurado.
- Los mecanismos de supervisión y vigilancia de los participantes en el sistema.

El logro de los fines del sistema pensionario sólo podía obtenerse mediante la distribución de las funciones entre el Instituto Mexicano del Seguro Social y otros entes públicos y privados. Durante la existencia del Seguro Social, todas las actividades relacionadas con la recaudación de las cuotas, administración de las reservas y pago de beneficios habían estado centralizadas en el IMSS. Esto conlleva ventajas bajo una legislación que autorizaba que las reservas de los seguros del régimen obligatorio se invirtieran hasta un ochenta y cinco por ciento en muebles e inmuebles propios para los fines del Instituto, en razón a que éste no requería de un intermediario financiero que le administrara las reservas, ni a que su fin fuese el obtener el mayor rendimiento del mercado, respecto a ese ochenta y cinco por ciento, sino ampliar la infraestructura hospitalaria.

Sin embargo, estas ventajas se desvanecen cuando aparece la presión financiera al seguro de invalidez, vejez, cesantía en edad avanzada y muerte (IVCM). Por lo anterior se consideró que resultaba fundamental un cambio en el esquema financiero de ese seguro, para que sus reservas garantizaran el cumplimiento de los compromisos actuales y previsibles y, por lo tanto, se dispuso que las reservas inmobiliarias se transformaran en financieras, con el propósito que éstas generaran un rendimiento medio que permitiera, conforme a cálculos actuariales, cubrir las prestaciones de los futuros pensionados.

En este panorama de la seguridad social, distinto al que prevaleció en los primeros cuarenta y cinco años de su existencia, el IMSS no podía convertirse en una entidad financiera, sin poner en peligro su objeto primordial, ni correr el riesgo de desviarse de su finalidad. Por ello, en la Ley se propuso que el rector y garante de la seguridad social siga siendo el IMSS y que sean otros entes, cuyo objeto social sea la actividad financiera, los que inviertan las reservas para aprovechar que, mediante la competencia, se generen mayores rendimientos en beneficio del sistema de pensiones y por ende, de los trabajadores.

De ahí que fuera indispensable distinguir en la Ley del Seguro Social la materia financiera de la propiamente relacionada con los derechos y obligaciones de la seguridad social y así evitar que en esa ley se mezclaran dos cuestiones diversas, por su naturaleza y fines.

En este orden de ideas, el 23 de mayo de 1996 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el Decreto de la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro y de reformas y adiciones a las leyes General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, para regular las Agrupaciones Financieras, de Instituciones de Crédito, del Mercado de Valores y Federal de Protección al Consumidor.

Asimismo el 3 de enero de 1997 se publicó, en el Diario Oficial de la Federación el Decreto en el que se reforma, adiciona y derogan diversas disposiciones de la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros.

Ambos decretos complementaron lo dispuesto por la Ley del Seguro Social en lo que se refiere a los seguros de riesgos de trabajo, invalidez y vida, así como de retiro, cesantía en edad avanzada y vejez.

La Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro, en varios de sus artículos, remite a su reglamento que fue publicado el 10 de octubre de 1996. A su vez este

ordenamiento hace referencia a reglas de carácter general que deberá emitir la Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro en materias como requisitos para la constitución de los nuevos intermediarios financieros (AFORES Y SIEFORES), comisiones que pueden cobrar las administradoras de fondos para el retiro y régimen de inversión de los recursos, entre otras.

Por otro lado, la Ley otorgó facultades a dos organismos desconcentrados de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, la recientemente creada Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro y la Comisión de Seguros y Fianzas, relacionadas con la supervisión y vigilancia de las AFORES y SIEFORES y de las aseguradoras autorizadas para operar seguros derivados de la seguridad social, así como el manejo de las cuentas individuales y el cálculo de los montos constitutivos, entre otras.

Para cumplir con las funciones que le asignan las leyes y los reglamentos citados con anterioridad, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y esas Comisiones fueron facultadas para expedir reglas de carácter general que regulen aspectos específicos de la operación del sistema de pensiones.

Como puede apreciarse esta legislación complementaria, que emana de la Ley del Seguro Social, y la participación de las mencionadas autoridades financieras, en la regulación y control del sistema de pensiones, marca de manera especial la reforma de la seguridad social. Por un lado, permanece un organismo público descentralizado como autoridad en la determinación de la procedencia de los derechos derivados de la seguridad social y como ente fiscal autónomo responsable del cobro de las cuotas de seguridad social y, por el otro, un sistema de competencia entre entes privados para la inversión de los recursos de las cuentas individuales, supervisados por una autoridad distinta a la primera.

Una vez que ha quedado de manifiesto la doble vertiente que actualmente tiene el sistema de pensiones, por una parte la social regulada por la Ley del Seguro Social y por la otra la financiera, regulada por la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro y el conjunto de normas de Derecho Financiero, se estima conveniente efectuar un breve estudio de los instrumentos que son el objeto de las operaciones efectuadas por las SIEFORES. Asimismo, y dentro de esta vertiente financiera, consideramos indispensable efectuar un análisis de la regulación de las sociedades de inversión, antecedente inmediato a las SIEFORES, con objeto de analizar los principios sobre los que operan y las regulaciones de que son objeto.

2.- DEFINICIÓN DE VALOR, TIPOS DE VALORES Y SUS CARACTERÍSTICAS

La Ley del Mercado de Valores en su artículo tercero establece:

Son valores las acciones, obligaciones y demás títulos de crédito que se emitan en serie o en masa.

El régimen que establece la presente Ley para los valores y las actividades realizadas con ellos, también será aplicable a los títulos de crédito y a otros documentos que otorguen a sus titulares derechos de crédito, de propiedad o de participación en el capital de personas morales, que sean objeto de oferta pública o de intermediación en el mercado de valores.

El régimen que establece la presente Ley también será aplicable a los valores, así como a los títulos y documentos con las características a que se refiere el párrafo anterior, emitidos e el extranjero, cuya intermediación en el mercado de valores y, en su caso, oferta pública, habrá de realizarse con arreglo a lo que para dichos efectos establece la misma.

La Comisión Nacional de Valores, podrá establecer, mediante disposiciones de carácter general, las características a que se debe sujetar la emisión y operación

de los valores y documentos sujetos al régimen de obligaciones que corresponden a los tenedores de los títulos, seguridad y transparencia a las operaciones, así como la observancia de los sanos usos y prácticas del mercado.

Se prohíbe la oferta pública de cualquier documento que no sea de los mencionados en este artículo.

De lo anterior se desprenden dos características de los valores:

1. Son emitidos en serie o masa
2. Son objeto de oferta pública o de intermediación en el mercado de valores.

Por mercado de valores se debe entender "el conjunto de inversionistas, empresas e instituciones financieras, que compran y venden instrumentos financieros para obtener rendimientos o recursos para la inversión productiva."¹⁴

Se entiende por oferta pública "la que se haga por algún medio de comunicación masiva o a persona indeterminada para suscribir, enajenar o adquirir títulos o documentos"...¹⁵

Por otro lado se considera como intermediación la realización habitual de:

1. Operaciones de correduría, de comisión, u otras tendientes a poner en contacto la oferta y demanda de valores.
2. Operaciones por cuenta propia, con valores emitidos o garantizados por terceros respecto de las cuales se haga oferta pública.
3. Administración y manejo de carteras de valores propiedad de terceros.

Para que se considere como oferta pública deben inscribirse en el Registro Nacional de Valores¹⁶.

¹⁴ Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro. Nuevo Sistema de Pensiones, México, 1997, p.15

¹⁵ Ley del Mercado de Valores Art 2°

Los valores se pueden clasificar dentro de dos grandes rubros:

1. **De renta variable:** Son valores que representan una parte alícuota del capital social de una empresa, confieren el derecho de socio, son nominativos y pueden o no expresar su valor nominal. "Son aquellos en los que no se conoce de antemano el rendimiento que puede obtenerse; incluso el rendimiento puede no existir, ya que puede producirse una pérdida. Este mayor riesgo va aparejado también con la posibilidad de obtener una mayor ganancia. Los instrumentos típicos de renta variable son las acciones"¹⁷. Su rendimiento depende de los resultados de las empresas que los emiten.

2. **De deuda o renta fija:** Son valores que representan una obligación a cargo del emisor, tienen valor nominal expresado e implican el pago de intereses, o son colocados a descuento. Se suele considerar como instrumentos de renta fija o instrumentos de deuda a "todos aquellos que tienen un rendimiento y condiciones de pago que, por regla general, son conocidos de antemano, es decir, desde el momento en que se realiza la operación se sabe, en forma genérica, cuanto se va a ganar"¹⁸

En el mercado de valores los títulos se clasifican de acuerdo al destino de los recursos:

- a) **Mercado de dinero:** es aquel mercado financiero en el que se realiza la intermediación de instrumentos líquidos de deuda y de riesgo mínimo.¹⁹

¹⁶ Nota del autor: en términos de las reformas efectuadas a la Ley del Mercado de Valores, publicadas en el Diario Oficial el 1º de junio de 2001, se modificó la denominación anterior del Registro Nacional de Valores e Intermediarios, suprimiendo la referencia a Intermediarios.

¹⁷ Ruiz Torres Humberto, op. Cit., p. 97.

¹⁸ Elementos de Derecho Bancario, Humberto Ruiz Torres, Ed. Mc Graw Hill, 1ª EDICIÓN, México, 1997, p. 96.

¹⁹ Instrumentos financieros del mercado de dinero. Rodolfo León León, Academia Mexicana de Derecho Financiero. México, 1992, p. 5

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

- b) **Mercado de capitales:** es "aquel mercado financiero en el que se realiza la intermediación de instrumentos de inversión en los que no existe un rendimiento predeterminado, sino que las ganancias o pérdidas están en función de las fluctuaciones del mercado, o sea a la oferta y la demanda"²⁰

Como se puede ver en el mercado de dinero encontramos que se manejan principalmente instrumentos de renta fija mientras que en el mercado de capitales de renta variable, es decir, implica un menor riesgo invertir en el mercado de dinero que en el de capitales. Consecuentemente el potencial de obtener mejores rendimientos es mejor en este último.

Por otra parte el riesgo de los valores en los que se puede invertir también depende del tipo de emisor, los cuales pueden ser:

- **Privados:** Aquellos que emiten las empresas, por ejemplo obligaciones, papel comercial y pagarés a mediano plazo.
- **Públicos:** Aquellos que emite el gobierno, como Tesobonos y Ajustabonos.
- **Bancarios:** Son aquellos que emiten los bancos, por ejemplo aceptaciones bancarias, bonos bancarios, pagarés bancarios con rendimiento liquidable al vencimiento, etc.
- **Financieros:** Son emitidos por intermediarios financieros, empresas de factoraje financiero, arrendadoras financieras que emiten pagarés financieros, etc.

Calificación de valores

La inscripción en el Registro Nacional de Valores no implica certificación alguna por parte de la autoridad sobre la bondad de los valores o la solvencia del emisor.

²⁰ Ibid, p.4

Por lo anterior, la Comisión Nacional Bancaria y de Valores estableció que para la inscripción en la sección de Valores del Registro Nacional de Valores, así como para la autorización de oferta pública de papel comercial, éstos deberán contar con el dictamen de calificación emitido por una institución calificadoradora de valores autorizada²¹.

La calificadoradora de valores, es una empresa privada, cuyo objeto es dictaminar acerca de la calidad crediticia de los títulos de deuda emitidos por las empresas, que se pretendan registrar en la sección de valores del Registro Nacional de Valores, para ser colocados entre el gran público inversionista, y difundir el resultado de dichos dictámenes en el mercado financiero.

Una calificadoradora desempeña la función de evaluar el grado de riesgo de un crédito, destacándolo dentro de un esquema consistente y fácilmente comprensible.

La calificación se basa tanto en el análisis de elementos cuantitativos como cualitativos. El análisis de los factores cualitativos tales como el entorno económico de la empresa, su administración, sus estrategias, sus productos y mercado, etc., sirve de base para una mejor comprensión y análisis de los elementos cuantitativos que se reflejan en la información financiera histórica y en sus proyecciones, de manera que pueda llegarse a medir el grado de probabilidad que existe de que la empresa pueda hacer frente a los compromisos que contraiga a través de la colocación de papel de deuda entre el gran público inversionista.

La calificación de emisiones globales de papel comercial, para su registro en la sección de Valores del Registro Nacional de Valores, contempla cinco categorías, que incluye desde la "A" hasta la "E". Estas cinco categorías se describen a continuación:

²¹ Circular 1-21 a las disposiciones de carácter general, a la inscripción en la sección de valores e intermediarios, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 11 de diciembre de 1992.

- "A" Las emisiones calificadas dentro de esta categoría son las que se considera tienen mayor probabilidad de pago oportuno. Esta categoría se subdivide de la siguiente manera:
 - A-1 Esta designación indica el grado de probabilidad de pago oportuno es sobresaliente.
 - A-2 la probabilidad de pago oportuno de estas emisiones es muy alta.
 - A-3 Las emisiones de esta categoría son las que se considera tienen una probabilidad satisfactoria de pago.

- "B" Las emisiones calificadas bajo este rubro cuentan con probabilidad razonable de pago oportuno, pero ésta podría verse afectada por condiciones cambiantes o por adversidades de corto plazo.

- "C" Esta calificación se asigna a emisiones con probabilidad de pago dudosa.

- "D" Esta calificación se asigna a emisiones con mayor probabilidad de incumplimiento a su vencimiento.

- "E" Se califica bajo este rubro el papel comercial cuyos emisores no proporcionan información válida y representativa por el periodo mínimo exigido o durante la primera emisión.

Para el sano desarrollo del mercado financiero, es indiscutible la necesidad de contar con información clara y precisa, elaborada sobre bases uniformes, que permitan a los inversionistas conocer la calidad o riesgo de las diferentes emisiones de deuda que en él se ofrezcan.

Los emisores requieren conocer las características del papel en circulación, de manera tal que puedan planear sus actividades financieras y estimar los costos

inherentes a su participación en el mercado, buscando que estos sean en función a la calidad crediticia del papel que se pretende coloca.

Ofrecer papel calificado al mercado se considera que multiplica las posibilidades de su colocación, ya que el inversionista preferirá invertir en un papel que tenga esta característica, que en otro que no la tenga, pues en este último caso no contará con información suficiente que le permita conocer el grado de riesgo de sus inversiones.

3.--CARACTERÍSTICAS Y FUNCIONAMIENTO DE LAS SOCIEDADES DE INVERSIÓN REGULADAS POR LA LEY DE SOCIEDADES DE INVERSIÓN

La Ley de Sociedades de Inversión publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4 de junio de 2001, y que inició su vigencia el 4 de diciembre del mismo año, tiene por objeto "regular la organización y el funcionamiento de las sociedades de inversión, la intermediación de sus acciones en el mercado de valores así como los servicios que deberán contratar para el correcto desempeño de sus actividades²². El artículo 5° del citado ordenamiento menciona que el objeto de las sociedades de inversión es la "adquisición y venta de activos objeto de inversión (valores, títulos y documentos) con recursos provenientes de la colocación de acciones representativas de su capital social entre el público inversionista, así como la contratación de los servicios y realización de las demás actividades previstas por la Ley".

El maestro Erick Carballo Yáñez, menciona que las Sociedades de Inversión son sociedades en las que sus socios suscriben y pagan el capital que como mínimo se les exija y los incrementos que deseen, con el ánimo de obtener futuras ganancias que puedan corresponderles al momento de vender parte o el total de

²²Artículo 1° de la Ley de Sociedades de Inversión.

sus acciones, provenientes de la compra de valores y documentos que con el capital conjunto realice la sociedad por cuenta de ellos.²³

Las Sociedades de Inversión son sociedades anónimas organizadas conforme a la Ley General de Sociedades Mercantiles con las modalidades previstas en la Ley de Sociedades de Inversión, en la que sus socios suscriben y pagan el capital que como mínimo determina la Comisión Nacional Bancaria y de Valores mediante disposiciones de carácter general, con el ánimo de obtener futuras ganancias que puedan corresponderles al momento de vender parte o el total de sus acciones, provenientes de la colocación de las acciones representativas de su capital social entre el público inversionista.

Respecto de su objeto el maestro Carballo expone lo siguiente:

“Las Sociedades de Inversión tienen por objeto captar el ahorro de pequeños y medianos inversionistas mediante la compraventa de acciones que emite, con la finalidad de invertir esos recursos en una gama diversificada de valores pertenecientes a diferentes sectores de la economía, permitiéndoles acceder indirectamente a los grandes mercados de dinero y de capitales que en forma individual no podrían realizar; así como diversificando y minimizando en lo posible los riesgos que se contraen al adquirir una sola inversión”.²⁴

Características de las Sociedades de Inversión:

1. Deben organizarse como sociedades anónimas de capital variable, siéndoles aplicables las disposiciones de la Ley General de Sociedades Mercantiles.
2. Tendrán un Consejo de Administración con un mínimo de cinco consejeros.

²³ Erick Carballo Yáñez, Nuevo Derecho Bancario y Bursátil, pag. 62, Porrúa, México, 1995

²⁴ Erick Carballo Yáñez, Op. Cit. pag. 63

3. Habrá un comité de inversiones que tendrá por objeto determinar la estrategia de inversión y la composición de los activos de la sociedad.
4. Deberán valorar las acciones que emitan a través de una persona moral independiente denominada "proveedor de precios".
5. Su duración podrá ser indefinida
6. El capital fijo estará representado por acciones que sólo podrán transmitirse previa autorización de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores.
7. El pago de las acciones se hará siempre en efectivo.
8. No están obligadas a constituir la reserva legal establecida por la Ley General de Sociedades Mercantiles, ni les es aplicable el artículo 132 (derecho de preferencia) en caso de aumentos de capital.

El régimen de inversión de las sociedades debe sujetarse a criterios de diversificación de riesgos. Las sociedades deben invertir en diversos instrumentos bursátiles, pues si invirtieran en uno solo la baja de precios podría ser altamente lesiva para los socios.

Sin embargo, con las modificaciones que entraron en vigor en diciembre de 2001, el régimen de inversión de los diferentes tipos de Sociedades de Inversión será determinado por la Comisión Nacional Bancaria y de Valores mediante disposiciones de carácter general.

Estructura de la Sociedades de Inversión

Asamblea de Accionistas.- Es el órgano supremo de la sociedad y se integra por todos los titulares de las acciones, cuando son generales, o por titulares de una clase particular de los mismos cuando son especiales.

En las sociedades de inversión encontramos dos grandes clases de acciones, las representativas del capital fijo, que sólo pueden transmitirse previa autorización de

la Comisión Nacional Bancaria y de Valores y no tienen derecho a retiro, y las representativas del capital variable que podrán dividirse en varias clases de acciones con derechos y obligaciones especiales.

Consejo de Administración.- La dirección y administración del objeto social recaen en un consejo de administración que deberá contar con un mínimo de cinco consejeros, debiendo ser independientes cuando menos el treinta y tres por ciento de ellos. Tiene además la responsabilidad de establecer las políticas de inversión, sustituyendo así al Comité de inversión.

El Contralor Normativo.- Sin ser parte de la estructura corporativa de las sociedades de inversión, esta figura se incluyó en la Ley de Sociedades de Inversión a partir de su creación las Administradoras de Fondos para el Retiro, buscando promover la autorregulación de las sociedades.

Funcionamiento de las Sociedades de Inversión

En la Sociedad de Inversión se reúnen los recursos de un gran número de inversionistas (medianos y pequeños); con esos recursos la sociedad compra los valores y vende entre el público no esos valores, sino sus propias acciones (ya que es una sociedad anónima), cuyo valor depende a su vez del valor de los activos.

Por lo tanto, la preocupación principal en estas sociedades consiste en administrar una cartera de títulos que reúnan las características necesarias para atraer la atención de los ahorradores interesados en obtener beneficios de su inversión.

Para lograr esta finalidad esencial, las Sociedades de Inversión diversifican sus carteras de acuerdo con tantos planes como sean precisos para cubrir tanto el aspecto de rendimiento como el de crecimiento del capital entregado a su cuidado,

así como la movilidad de las diversas alternativas que los valores presentan en cada momento. La virtud de esta diversificación no solamente reside en poseer un promedio de títulos de inversión que responda a los propósitos perseguidos, sino que también la cartera pueda ser modificada e sus componentes o títulos, y otros activos, conforme las condiciones del mercado varía con el tiempo y la situación de los negocios.

Al emitirse acciones de una sociedad de inversión, éstas se colocan entre el público inversionista a valor nominal, que puede ser de un peso, diez, etc.; de tal suerte que con el capital que en conjunto aportaron los accionistas se adquieren valores.

Diariamente las Sociedades de Inversión deben valorar el precio de los valores adquiridos dividiendo el total de sus activos entre el número de acciones en circulación, lo que provoca que diariamente se asigne un nuevo valor de mercado a las acciones, que representará las ganancias o pérdidas que tiene cada accionista dependiendo del número de acciones adquiridas.

La valuación de acciones representativas del capital social de las sociedades de inversión deberá ser hecha por sociedades valuadoras o sociedades operadoras de sociedades de inversión conforme a las disposiciones de carácter general que expida la Comisión Nacional Bancaria y de Valores.

Cada Sociedad de Inversión deberá presentar prospectos de información al público inversionista que deberán contener, al menos lo siguiente:

1. Las políticas detalladas de inversión, liquidez, selección y diversificación de activos; límites máximos y mínimos de inversión por instrumento.
2. La advertencia de los riesgos que pueden derivarse de la inversión de los recursos en la sociedad

3. El método de valuación de las acciones
4. La mención específica de que los accionistas tendrán derecho a que la propia sociedad de inversión, a través de las personas que le presten servicios de administración, les recompre a precio de valuación hasta el 100% de su tenencia accionaria.

Funciones económicas de las Sociedades de Inversión:

1. Realizar operaciones con valores aprobados al efecto por la Comisión Nacional Bancaria y de Valores.
2. Promover y tratar de propiciar un crecimiento mayor del patrimonio de sus inversionistas, del que, en forma particular y con escasos recursos, pudieran obtener invirtiendo directamente en el mercado accionario o en otros instrumentos financieros.
3. Ofrecer a sus accionistas una reducción del riesgo asociado con las inversiones en acciones con base en una administración profesional y adecuada diversificación de sus inversiones.
4. Impulsar el desarrollo de la inversión entre el público inversionista, principalmente entre los ahorradores de pocos recursos.

Típos de Sociedades de Inversión

Las sociedades de inversión que operan en nuestro sistema financiero se clasifican en cuatro grandes grupos que son:

1. Sociedades de Inversión de renta variable (que sustituyeron a las denominadas sociedades de inversión comunes, de acuerdo con las reformas más recientes)
2. Sociedades de Inversión en instrumentos de deuda
3. Sociedades de Inversión de capitales
4. Sociedades de Inversión de Objeto Limitado (una novedad a partir del 4 de diciembre de 2002)

A) Sociedades de Inversión de instrumentos de deuda variable.

Operan con instrumento tanto de renta fija como de renta variable que estén inscritos en el Registro Nacional de Valores, y tienen como objetivo diversificar la inversión, el rendimiento y consecuentemente el riesgo.

Las inversiones que realicen las sociedades de este tipo, se sujetarán al régimen que establezcan las disposiciones de carácter general que expidan la Comisión Nacional Bancaria y de Valores considerando:

- El porcentaje máximo del activo total de la sociedad que podrá invertirse en valores de un mismo emisor.
- El porcentaje máximo de valores de un mismo emisor que podrá ser adquirido por una Sociedad de Inversión.
- El porcentaje mínimo del activo total de la sociedad que deberá invertirse en valores cuyo plazo por vencer no sea superior a tres meses.
- El porcentaje mínimo del activo total de la Sociedad que deberá invertirse en valores y documentos de renta variable.

B) Sociedades de Inversión en Instrumentos de deuda

El concepto de renta fija llevó a los inversionistas al equívoco de pensar que los rendimientos eran siempre determinables de antemano e inamovibles. Cabe mencionar que en realidad lo fijo del rendimiento depende de la calidad de los títulos en los cuales se invierta.

En diciembre de 1984 las Sociedades de Inversión de renta fija comenzaron a operar y en 1985 su regulación se incluyó en la Ley de Sociedades de Inversión. A finales de 1992, se reformaron diversas disposiciones de la Ley de Sociedades de Inversión, de tal manera que el concepto de sociedades de inversión de renta fija fue sustituido por el de sociedades de inversión en instrumentos de deuda, por considerarse un concepto que refleja con mayor precisión las características de los valores y documentos que forman parte del activo de la sociedad.

Cabe hacer notar que las empresas y el Estado pueden emitir títulos que les ayuden a financiar proyectos de desarrollo o les auxilien a hacer frente a las obligaciones contraídas con terceros. Estos títulos, que permiten obtener recursos a las empresas o al Estado, implican la obligación de restituir el monto del préstamo y los accesorios generados a favor del acreedor. Se habla así de los siguientes instrumentos:

- Instrumentos de Deuda Privada: por ejemplo pagarés a mediano plazo expedidos por Liverpool, S.A. de C.V.
- Instrumentos de Deuda Pública: como Cetes

La asignación de utilidades o pérdidas netas entre los accionistas será determinada diariamente por la sociedad operadora, cuyo registro queda bajo la responsabilidad de ésta.

C).- Sociedades de Inversión de capitales (SINCAS)

Estas sociedades invierten e instrumentos que permiten agrupar y tener disponibles los recursos para proyectos productivos. En este sistema el inversionista, con la posesión de una acción, obtiene la diversificación del riesgo y participa en los resultados que en el conjunto de valores la sociedad proporciona. Las sociedades de inversión de capitales operan con valores y documentos emitidos por empresas que requieren recursos a largo plazo y que necesitan de la inyección de capital para el logro de sus objetivos.

Se trata de fondos que operan con instrumentos de renta variable.

Dado que estas Sociedades de Inversión operan con acciones de otras sociedades, deben celebrar estas un contrato de promoción en el cual estipularán las condiciones a que se deberá sujetar la inversión y deberán cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 27 de la Ley de Sociedades de Inversión.

Estas sociedades son una figura orientada a promover el flujo de capital de riesgo y de conocimientos administrativos y tecnológicos a las sociedades a las pequeñas y medianas empresas que detentan un potencial muy amplio de desarrollo.

D) Sociedades de Inversión de Objeto Limitado

Estas sociedades podrán invertir exclusivamente en los valores que definan sus estatutos y prospectos de información, acotando sensiblemente el universo de valores a comprar. Lo anterior que es una novedad legislativa, tiene por objeto encausar los recursos del público inversionista a cierta empresa o grupo de empresas con alguna actividad preponderante.

E) Sociedades de Inversión Especializadas en Fondos para el Retiro

La Ley de Sociedades de Inversión remite a la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro en lo relativo a estas sociedades, por lo que a continuación nos referiremos a esta Ley especial.

4.- CARACTERÍSTICAS Y FUNCIONAMIENTO DE LAS AFORES Y SIEFORES

Como hemos visto en páginas anteriores Las AFORES y SIEFORES nacen como una respuesta gubernamental a la necesidad de enfrentar la problemática, principalmente en el ámbito financiero, por la que atraviesan las Instituciones que brindan los servicios de seguridad social, buscando, como señala la exposición de motivos de la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro; "proporcionar a la ciudadanía un sistema de pensiones, eficiente y financieramente sustentable, que garantice de manera transparente y justa el otorgamiento de una pensión para los trabajadores al momento de su retiro, en los casos de incapacidad o en caso de muerte".

Es así que para lograr estos objetivos, se modificó, como se comenta en páginas anteriores, la Ley del Seguro Social y el 23 de mayo de 1996, se publicó en el Diario Oficial de la Federación el Decreto de Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro la cual regula las Sociedades de Inversión Especializadas de Fondos para el Retiro (**SIEFORES**), y las Administradoras de Fondos para el Retiro (**AFORE**), sociedades con el carácter de intermediarias financieras especializadas, que individualizan y manejan las cuentas de los trabajadores invirtiendo los recursos que corresponden a dichas cuentas en los mercados financieros.

Analicemos ahora las características y particularidades de estas sociedades mercantiles.

AFORES

Las Administradoras de Fondos para el Retiro (en adelante **AFORES**) son sociedades anónimas de giro exclusivo creadas por la Ley de Seguro Social y reguladas por la Ley del Sistema de Ahorro para el Retiro.

Su capital social está formado por acciones tipo A y B, las primeras deben representar cuando menos el 51% del capital social, y sólo pueden ser suscritas por mexicanos o por empresas controladas por mexicanos, sin embargo se permite la participación de entidades financieras del exterior con una participación de hasta el 100 por ciento del capital social siempre que México tenga un acuerdo internacional que así lo señale.

Las acciones tipo B son de libre suscripción.

Su constitución requiere de la autorización de la Comisión Nacional del Sistema de ahorro para el retiro (**CONSAR**), la cual es otorgada de manera discrecional.

Las AFORES deberán contar permanentemente con un capital fijo sin derecho a retiro y totalmente pagado al menos igual al capital mínimo exigido por la CONSAR. Están obligadas a mantener una reserva especial que deberán invertir en las acciones de las sociedades de inversión de las SIEFORES que administren.

La Ley de los Sistemas de Ahorro para el retiro establece que la inversión que la sociedad efectúe en los bienes muebles e inmuebles que requiera para su funcionamiento no deberá exceder del 60% del capital mínimo pagado exigido. El resto deberá ser invertido en acciones de las SIEFORES que administre.

Asimismo, se encuentran obligadas a mantener una reserva especial, adicional a la señalada por la Ley General de Sociedades Mercantiles, que deberá encontrarse invertida en las acciones de las SIEFORES que administre. El monto de esta reserva es determinado por la CONSAR.

Por disposición legal su administración deberá recaer en un Consejo de Administración integrado por un mínimo de cinco miembros, designados por los accionistas de la sociedad. De estos, al menos dos deberán ser consejeros independientes.

Los consejeros independientes deben ser expertos en materia financiera, económica, jurídica o de seguridad social y no deben tener ningún nexo patrimonial con las sociedades, ni vínculo laboral con los accionistas que detenten el control de la sociedad o con los funcionarios de las administradoras. Su participación es imprescindible para aprobar:

1. El programa de autorregulación de la Administradora
2. Los contratos que la AFORE celebre con las empresas con las que tenga nexo patrimonial o de control administrativo
3. Los contratos tipo que las AFORE celebren con los trabajadores.

Cada AFORE debe contar con un contralor normativo, figura que se analiza páginas adelante en el capítulo sobre la Fiscalización Privada.

Los miembros del Consejo de administración son al mismo tiempo miembros del Consejo de Administración de las SIEFORES que operen, así como del Comité de Inversión de dichas sociedades.

Estas sociedades cumplen con la función de prestar a las SIEFORES los servicios de distribución y recompra de sus acciones. Asimismo, son las encargadas de depositar en una institución para el depósito de valores los títulos que las SIEFORES que manejen adquieran

Las AFORES cobran a los trabajadores una comisión por la prestación de sus servicios, estas comisiones pueden fijarse sobre el valor de los activos administrados o sobre el flujo de las contribuciones de los trabajadores, las cuales

podrán ser un porcentaje de dichos conceptos, una cuota fija o una combinación de ambos.

Todas las comisiones deberán ser cobradas sin discriminar a los trabajadores y sólo se podrán dar comisiones preferenciales por permanencia o por ahorro voluntario. Esto tiene por objeto el evitar que existan comisiones diferenciadas que propicie que unos trabajadores con sus cuotas subsidien a otro grupo de aportantes.

Inicialmente ninguna AFORE podía tener más del 17 por ciento de la participación en el mercado. A partir del 2001, la cuota máxima de participación se elevó al 20 por ciento. Estos límites se pueden incrementar previa autorización de la CONSAR.

¿Cuál es el objeto de imponer limitaciones en la Ley si enseguida se señala que las mismas pueden ser eliminadas discrecionalmente por la CONSAR?

Las administradoras responden directamente de todos los actos, omisiones y operaciones que realicen las sociedades de inversión que operen, asimismo responden directamente por los actos realizados por sus consejeros, directivos y empleados, al igual que por los actos de los consejeros y directivos de las sociedades de inversión que administren.

Si ejecutan actos dolosos, contrarios a la Ley y que como consecuencia directa produzcan una afectación patrimonial a los trabajadores, se encuentran obligados a reparar el daño causado. Definición demasiado laxa pues debe conjuntarse el dolo, la ilicitud y que sean consecuencia directa para que respondan por detrimentos a la inversión de los trabajadores.

Finalmente, las AFORES tiene prohibido emitir obligaciones, gravar su patrimonio, otorgar garantías, adquirir acciones representativas del capital social de otras AFORES, obtener prestamos o créditos y adquirir el control de empresas.

SIEFORES

Las SIEFORES son sociedades de inversión especializadas debido a su fin y a que se encuentran reguladas por la Ley SAR, deben constituirse como sociedades anónimas de capital variable y requieren de autorización otorgada también de manera discrecional por la CONSAR.

El fin exclusivo de las SIEFORES es invertir los ahorros de los trabajadores, provenientes de las cuentas individuales que reciba en los términos de las leyes de seguridad social.

Su capital mínimo deberá estar íntegramente suscrito y pagado, y está representado por acciones de capital fijo que sólo podrán transmitirse previa autorización de la CONSAR.

Únicamente pueden participar en el capital social fijo la administradora que solicite su constitución y los socios de dicha administradora. Esta participación accionaria por parte de las administradoras nunca podrá ser menor al 99% del capital social fijo.

En su capital social variable sólo pueden participar los trabajadores que inviertan los recursos de sus cuentas individuales y las propias AFORES constituyendo una reserva especial en términos de lo que señale la CONSAR a través de disposiciones de carácter general. Asimismo, las AFORES que constituyan una SIEFORE deberán invertir un mínimo del 40% de su capital mínimo exigido pagado.

Al aumentar su capital social no será aplicable el derecho de preferencia establecido por el artículo 132 de la Ley General de Sociedades Mercantiles. Por ley, su administración está a cargo de un Consejo de Administración.

Al igual que las AFORES su administración es encomendada a un Consejo de Administración con un mínimo de cinco consejeros de los cuales, al menos dos deberán ser consejeros independientes.

Cuentan adicionalmente con un comité de inversión que determinará la política y estrategia de sus inversiones y la composición de los activos de la sociedad. De la misma manera este comité nombrará a los operadores que ejecuten esta políticas.

Las AFORES, con cargo a sus ingresos, deberán cubrir todos los gastos de establecimiento, organización y demás necesarios para la operación de las SIEFORES que administren.

En caso de que existan minusvalías, debido a incumplimientos en el régimen de inversión autorizado para la SIEFORE, la AFORE que la administre, las cubrirá con cargo a la reserva especial y, en caso de que ésta resulte insuficiente, lo deberá hacer con cargo a su capital social.²⁵

Por otro lado, dentro de la actual Ley del Sistema de Ahorro para el Retiro únicamente se habla de un tipo de SIEFORE, a pesar de abrir la posibilidad de la existencias de más de un tipo de estas sociedades.

El artículo 43 de la citada ley señala:

Las sociedades de inversión deberán operar con valores y documentos a cargo del gobierno federal y aquellos que se encuentren inscritos en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios.

El régimen de inversión se sujetará a lo dispuesto por las reglas de carácter general que expida la Comisión (CONSAR) oyendo previamente la opinión del Banco de México, de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores y del Comité Consultivo y de Vigilancia.

²⁵ Artículo 44 de la LSAR.

Por su parte el artículo 47 en sus dos primeros párrafos establece lo siguiente:

Las administradoras podrán operar varias sociedades de inversión, las que tendrán una composición de cartera distinta, atendiendo a diversos grados de riesgo. Los trabajadores tendrán el derecho de elegir a cuales de las sociedades de inversión que opere la administradora que les lleve su cuenta se canalizarán sus recursos.

Sin perjuicio de lo anterior, las administradoras estarán obligadas a operar en todo caso una sociedad de inversión cuya cartera estará integrada fundamentalmente por los valores cuyas características específicas preserven el poder adquisitivo del ahorro de los trabajadores, a que se refiere el artículo 43 fracción II inciso e) de esta Ley, así como por aquellos que a juicio de la Junta de Gobierno se oriente al propósito mencionado.

De lo anterior se desprende que la Ley abre la posibilidad para que exista mas de un tipo de SIEFORES, con una composición de cartera distinta, sin embargo el artículo 47 nos habla de un solo tipo de SIEFORE, en tanto que el propio artículo 43 da la posibilidad para que por medio de disposiciones de carácter general se expidan reglas de carácter general respecto al régimen de inversión a que deberán sujetarse las SIEFORES. Debido a que el tipo de valores en los que pueden invertir las sociedades de inversión, es decir, la cartera de valores de este tipo de sociedades, forma parte del régimen de inversión de las mismas, podemos concluir que la Ley del SAR faculta a la CONSAR para que expida reglas de carácter general en las que establezca diferentes tipos de SIEFORES.

Como lo señala el artículo 43 de la Ley del Sistema de Ahorro para el Retiro el régimen de inversión tiene dos propósitos: otorgar seguridad y una adecuada rentabilidad para garantizar las futuras pensiones, y otro, de carácter netamente económico, de incrementar el ahorro interno y el desarrollo de un mercado de instrumentos financieros de largo plazo. Para tal efecto, la Ley establece ciertos requisitos que deben tener los valores de su cartera.

La presunción de que estos fondos se canalizaran a los mercados financieros provocó que el legislador determinara explícitamente en la ley que los mismos deberían usarse para fomentar la actividad productiva nacional, la generación de empleo, la construcción de vivienda, el desarrollo de infraestructura y el desarrollo regional.

5.- COMPARATIVO DE LAS SIEFORES Y LAS SOCIEDADES DE INVERSIÓN

Como mencionamos anteriormente, para la Ley de Sociedades de Inversión son sociedades de inversión las sociedades anónimas que tienen por objeto la adquisición de valores y documentos seleccionados de acuerdo al criterio de diversificación de riesgos, con recursos provenientes de la colocación de las acciones representativas de su capital social entre el público inversionista.

De acuerdo con el texto del artículo 39 de la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro, en relación con el artículo 3º de la propia Ley en su fracción Undécima señala que se entenderá por "Sociedades de Inversión a las sociedades especializadas en fondos para el retiro".

"Las SIEFORES, administradas y operadas por las administradoras, tienen por objeto el exclusivo invertir los recursos provenientes de las cuentas individuales de los trabajadores, que reciban en los términos de las leyes de seguridad social".

Adicionalmente, el artículo 41 de la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro, apunta: "Las sociedades de inversión para su funcionamiento deberán cumplir con los siguientes requisitos: 1.- Deberán ser sociedades anónimas de capital variable..."

Sin embargo, de lo dicho con anterioridad no queda resuelto qué son las SIEFORES, porque si bien de acuerdo al legislador son Sociedades de Inversión

y se asemejan a estas sociedades en tanto a que con ambas se pretende crear un fondo proveniente de aportaciones de diversas personas (en un caso inversionistas y en otro trabajadores), para destinarlo a la inversión, la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro, la del Mercado de Valores, la Ley de Instituciones de Crédito, la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros y la de Agrupaciones Financieras, en diversos artículos al referirse a sociedades de inversión distinguen si se trata de Sociedades de Inversión que de SIEFORES, lo que no tendría que ocurrir si en estricto sentido las SIEFORES fueran propiamente sociedades de inversión.

No obstante lo anterior, en el inciso f de la fracción II del artículo 43 que se refiere al régimen de inversión de las SIEFORES, permite integrar su cartera de valores con acciones de Sociedades de Inversión, lo que pareciera que les permite invertir en otras SIEFORES, por lo que tiene que aclarar el legislador en el mismo inciso, que al referirse a sociedades de inversión, tal mención no comprende a las SIEFORES, como se desprendería de lo señalado en el artículo 3º.

Con la publicación de la Ley que regula los Sistemas de Ahorro para el Retiro, también se promulgaron reformas y adiciones a la Ley del Mercado de Valores, agregando al artículo 22, la fracción X bis, por la que se permite a las casas de bolsa invertir en el capital social de las AFORES y SIEFORES, adición, que por ser sociedades de inversión las SIEFORES, no resultaría necesaria, ya que las intermediarias bursátiles siempre han podido invertir en el capital social de las sociedades de inversión.

Adicionalmente, el artículo 57 del mismo ordenamiento legal señala dentro del objeto de las instituciones depositarias de valores, el prestar el servicio de depósito de valores que reciban de las casas de bolsa, especialistas bursátiles, bolsa de valores, instituciones de crédito, de seguros y de fianzas, de sociedades de inversión y de sociedades operadoras de estas últimas así como de entidades financieras del exterior, lo que ya comprendería a las SIFORES; no obstante, la

Comisión Nacional Bancaria y de Valores consideró necesaria la expedición de la circular 10-146 bis 1, que en su disposición única permite a las instituciones para el depósito de valores recibir y mantener en depósito las acciones representativas del capital social de las AFORES y de las SIEFORES, así como los títulos que integren los activos de las SIEFORES.

Por otra parte, mientras la Ley del SAR señala que las SIEFORES son sociedades de inversión "especializadas" en fondos para el retiro, la circular 12-22 de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores entiende por sociedades de inversión especializadas a "Las sociedades... que autorregulen su régimen de inversión y determinen sus políticas de inversión, o de adquisición y selección de valores de acuerdo con sus prospectos de información al público inversionista, sin perjuicio de dar cumplimiento a la Ley de Sociedades de Inversión y a las disposiciones legales aplicables", por lo que la calificación de especializadas deriva de la selección de los valores en que se invierte, en tanto que las SIEFORES, su especialidad deriva de los inversionistas a quienes dirige, y a que se trata de la inversión de los ahorros que de acuerdo con las disposiciones de seguridad social, hacen los trabajadores para su retiro.

Como consecuencia de lo señalado, podemos concluir que la Ley del Mercado de Valores y la Ley de Sociedades de Inversión y disposiciones que de ella se derivan, cuando regulan a las sociedades de inversión, no se refieren a las SIEFORES y *sus disposiciones no son normas que supletoriamente se puedan aplicar a estas sociedades ya que los fines que se persiguen con las sociedades de inversión y con las SIEFORES son distintos*, tan es así que se les hace depender a unas y a otras de autoridades distintas. Abundando sobre el tema, la Ley del Mercado de Valores pretende fundamentalmente regular el mercado de valores y es el caso que las acciones de las SIEFORES no son títulos de mercado.

Por todo lo anterior, es criticable que la Ley del SAR llame sociedades de inversión, a entidades que ella misma no asimila con las sociedades de inversión reguladas por la Ley de la materia y la Ley del Mercado de Valores, creando con ello una confusión terminológica innecesaria.

Como ya hemos visto, las SIEFORES son sociedades anónimas de capital variable, que operan con autorización de la Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro (en adelante CONSAR), previa opinión de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, que cuentan con un capital mínimo fijo cuyo monto determinará la misma comisión, que deberá estar íntegramente suscrito y pagado, representando en acciones que solo se podrán transmitir previa autorización de la CONSAR y que sólo podrá ser detentado por lo menos en un 99% por la AFORE que solicitó su constitución y hasta el 1% restante por accionistas de la AFORE. La parte variable del capital social estará representado por las acciones que suscriban los trabajadores que inviertan los recursos de las cuentas individuales previstas en las Leyes de seguridad social, así como las AFORES.

Las SIEFORES tienen como órganos sociales a la Asamblea de Accionistas, al Consejo de Administración, a los Comisarios y al Comité de Inversión.

Por lo que se refiere a la Asamblea de Accionistas, la Ley del SAR no señala disposiciones especiales, por lo que debemos entender que para su convocatoria, instalación, validez y temas a tratar en la misma, se estará a lo dispuesto en la Ley General de Sociedades Mercantiles.

En lo que se refiere al órgano de administración, la ley nos señala que siempre será un órgano colegiado que se integrará por un mínimo de cinco consejeros dos de los cuales serán independientes y en el caso de que se integre el Consejo por un número mayor a cinco se deberá mantener la proporción de consejeros independientes que en el participen.

En los términos del artículo 49 de la Ley, las personas que integran el Consejo deberán ser las mismas que forman parte del Consejo de Administración de la AFORE y serán designadas por la Asamblea de Accionistas. Como consecuencia, resulta nulo el derecho de los accionistas de la SIEFORE para la designación de los miembros del Consejo de Administración, puesto que tal designación sólo puede recaer en las personas que designó la asamblea de la AFORE, perdiendo la Asamblea de Accionistas de la SIEFORE una de sus principales funciones.

Los consejeros independientes deben reunir las características que la Ley señala en su artículo 50, entre las que se encuentra el ser personas de reconocido prestigio en la materia financiera, económica, jurídica o de seguridad social y con experiencia profesional en la materia de por lo menos cinco años, acreditar ante la Comisión solvencia moral, así como capacidad técnica administrativa y no tener relación de parentesco con los accionistas que detenten el control o principales funcionarios de las administradoras, entre otros requisitos, con los que se pretende la independencia de estos consejeros en el desempeño de su función.

Los consejeros independientes tienen voto de calidad respecto de algunas cuestiones, como la designación de los operadores de las sociedades de inversión; asimismo, tiene la obligación de procurar que las decisiones que se tomen en el Consejo de Administración y los comités en que participen sean en beneficio de los trabajadores y que las mismas se apaguen a la normatividad interna y externa así como las sanas prácticas de mercado.

Las SIEFORES tendrán también un Comité de Inversión que se integrará por las mismas personas que forman parte de los consejos de administración de las AFORE y de las SIEFORE, lo que no significa que las funciones del Comité de Inversión sean realizadas por su Consejo de Administración.

Se ha comentado que no se desprende de manera precisa del texto de la Ley si al Comité de Inversión le corresponde sólo determinar la política y estrategia de inversión, como reza la primera parte del artículo 42, o si como se menciona en la

segunda parte del propio precepto legal, corresponde también al Comité de inversión determinar la composición de los activos de la sociedad, aspecto que tampoco se aclara en las disposiciones de carácter general expedidas por la CONSAR, ya que tanto el anexo "A" de la Circular 10-1 que contiene un modelo de prospecto de información, al referirse al Comité de Inversión en el punto 3, exige que se indique que el objeto del Comité es el determinar la política y estrategia de inversión y la composición de los activos de la sociedad, de acuerdo con las reglas que al efecto expida la Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro. Asimismo, en la Circular 15-1, disposiciones décima tercera y décima cuarta, se atribuye al Comité de Inversión no solo el determinar la política y estrategia de inversión, sino seleccionar los instrumentos y títulos que serán adquiridos por la SIEFORE.

Lo anterior nos lleva a concluir que tanto en la Ley como en las disposiciones de carácter general, se asignan dos obligaciones distintas al Comité de Inversión: por un lado, determinar las políticas y estrategias de inversión y por el otro, seleccionar los instrumentos y títulos que serán adquiridos. Para cumplir con la primera obligación, bastaría al Comité sesionar una vez al mes, pero para determinar los instrumentos y títulos, debería encontrarse permanentemente en contacto con lo que está ocurriendo en el mercado.

Adicionalmente, si al Comité solo le correspondiera determinar políticas y estrategias, significaría que hay un responsable directo de seguir tales políticas, pero en caso de que le corresponda determinar los instrumentos y títulos que se adquirirán, la responsabilidad del ejecutor se limitaría a adquirir o vender los valores que le instruyó el Comité.

Al Comité de Inversión le corresponde la designación de los operadores de las SIEFORES, sin que se desprenda del texto legal que se entiende por operadores que ejecuten la política de inversión a que se refiere el propio artículo 42 de la ley. No se expresa si por tales operadoras se entiende a las casas de bolsa o

instituciones de crédito a quienes se encomiende la adquisición o venta de títulos que integren el patrimonio de la SIEFORE o si existirán personas físicas (que en todo caso deberán ser directivos de la AFORE y no de la SIEFORE, puesto que ésta no tiene personal), los que se encarguen de ejecutar esta política de inversión. En el supuesto último, deberá precisarse la responsabilidad de la AFORE por la actuación de este operador, ya que según la ley es designado por el Comité de Inversión y no por la AFORE.

No obstante lo anterior, la Ley en su artículo 100 relativo a las multas que impondrá por infracciones cometidas, sanciona en su fracción XV con multa de dos mil quinientos a cinco mil días de salario a la sociedad de inversión que incumpla con el régimen de inversión señalado en los prospectos de información que dé a conocer al público inversionista previamente autorizada por la CONSAR, o que establezca un régimen de inversión que no se sujete a lo previsto por la Ley.

Resulta altamente cuestionable que después de haber puesto en riesgo el interés de los trabajadores, al no ajustarse al régimen de inversión, se le sancione en su patrimonio a los dueños de las acciones representativas del capital de la SIEFORE con la mencionada multa, que debería ser responsabilidad de quien designó al Comité de Inversión o de los integrantes de éste.

Cabe destacar que el artículo 35 del mismo ordenamiento legal, responsabiliza directamente a las AFORES, de todos los actos, omisiones y operaciones que realicen las sociedades de inversión que operen, con motivo de su participación en los sistemas de ahorro para el retiro, por lo que no resulta congruente que en el artículo 100 determine sanciones a las SIEFORES.

Si bien las SIEFORES tienen personalidad jurídica, su relación con terceros se reduce fundamentalmente a la contratación de los servicios de administración de distribución de las acciones representativas de su capital social con la AFORE, de adquisición y venta de los valores integrantes de sus activos, delegando

prácticamente la totalidad del quehacer social en la AFORE y aunque la ley señala obligaciones, éstas se cumplen fundamentalmente por la mencionada AFORE.

CAPITULO IV.- LA FUNCIÓN REGULATORIA Y DE VIGILANCIA DEL SISTEMA DE AHORRO PARA EL RETIRO

1.- REGULACIÓN Y VIGILANCIA

Hasta el momento se ha analizado los antecedentes, los integrantes del sistema pensionarios y su mecanismo de funcionamiento, con objeto de tener una idea precisa del funcionamiento del mismo. En repetidas ocasiones se ha mencionado que hablamos un sistema pensionario. Cabe aclarar que por Sistema se entiende el conjunto de cosas que ordenadamente relacionadas entre sí contribuyen a determinado objeto.²⁶

De la definición anterior tomamos los elementos para señalar que las personas físicas y morales, así como el conjunto de normas jurídicas que intervienen en el otorgamiento de pensiones consistentes en prestaciones económicas periódicas a los trabajadores cotizantes al Instituto Mexicano del Seguro Social y sus beneficiarios forman el Sistema Pensionario de que se habla en el presente trabajo.

Ahora bien, dada la importancia social y económica de este sistema y de los objetivos que persigue, se debe contar con mecanismos que regulen y vigilen su correcto funcionamiento. El verbo regular proviene del latín *regulare*, y significa ajustar, reglar o poner en orden una cosa; determinar las reglas o normas a que se debe ajustar una persona o cosa.²⁷; por su parte la vigilancia, del latín *vigilantia*, consiste en el cuidado y atención exacta en las cosas que están a cargo de uno.²⁸

La regulación de un sistema se da desde el momento en que el órgano legislativo emite las normas jurídicas a las que se deben ajustar los participantes del mismo, siendo tarea posterior el imponer vigilancia y control sobre la forma en que se

²⁶ Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, Vigésima Primera edición, Madrid 2000, p 1888.

²⁷ Real Academia Española, Op. Cit. p 1758.

²⁸ Real Academia Española, Op. Cit. p 561.



cumple con las disposiciones dictadas. El control, como lo señala el Diccionario de la Real Academia significa inspección, fiscalización, intervención, dominio, mando, preponderancia, es un elemento primordial. En el sentido de inspección, fiscalización e intervención se habla de labores de vigilancia y supervisión, ya sea a través de un órgano especial – de vigilancia- ya de facultades legales que se otorgan a ciertas instituciones del Estado respecto de ciertas actividades o sociedades.²⁹

La supervisión o fiscalización de los participantes en el Sistema de Ahorro para el Retiro

A efecto de garantizar la mayor seguridad de los recursos manejados, el marco jurídico que regula e interviene en el sistema pensionario ha establecido diversos órganos y mecanismos que tienen por objeto dotar de transparencia a las operaciones realizadas dentro del sistema.

A través del presente trabajo hemos visto que son diversos los actores participantes en el sistema y por lo tanto a todos ellos les aplican diversos mecanismos de regulación y vigilancia.

Entre los actores del sistema destacan:

1. Los trabajadores y pensionados, así como sus beneficiarios.
2. Los patrones encargados de las aportaciones correspondientes.
3. El Gobierno Federal aportante en la cuenta individual de cada trabajador y responsable de hacer efectiva la pensión garantizada.

²⁹ Instituto de Investigaciones Jurídicas, Diccionario Jurídico Mexicano, Décimo Segunda Edición, Porrúa-UNAM., México, 1998, p. 729.

4. El IMSS, que es responsable de la recaudación de las cuotas así como de definir la procedencia de la pensión y el monto de la misma.
5. Las instituciones de seguros pues serán las administradoras de las reservas de las pensiones que se otorguen, salvo el caso de los retiros programados y tienen la responsabilidad del pago de las pensiones.
6. Las administradoras de fondos para el retiro y las sociedades de inversión especializadas en fondos para el retiro, que tienen a su cargo el manejo de las cuentas individuales y inversión de los fondos ahorrados, así como pagar la pensión en su modalidad de retiros programados.
7. Los organismos públicos encargados de la vigilancia y supervisión, en el marco de sus atribuciones, de los actores anteriormente enumerados.
(CONSAR, CNBV, CONDUSEF, CNSF)

Antes de continuar es importante recordar lo que se mencionó en la introducción del presente trabajo señalando que se ha acotado el objeto de estudio a la regulación y vigilancia de las AFORES, SIEFORES y las funciones que desempeña la CONSAR.

Con objeto de efectuar el estudio de los mecanismos de control y vigilancia que existen dentro del Sistema, se han dividido estos en las categorías siguientes:

- 1. Fiscalización Administrativa**
- 2. Fiscalización Judicial**
- 3. Fiscalización Privada**

2.- LA FISCALIZACIÓN ADMINISTRATIVA

En el sistema pensionario, a pesar de la intervención de entes privados en la administración de las reservas y en el pago de las prestaciones, se mantiene una intervención estatal importante en la regulación de los derechos que tiene un asegurado y en la determinación de los beneficios que le corresponden.

La fiscalización administrativa es aquella que realiza el Estado a través de sus organismos y adopta fórmulas diversas. En nuestro país todas las sociedades anónimas del Sistema Financiero están supervisadas por la vigilancia externa de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, la Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro y el Banco de México. Este tipo de fiscalización se puede dividir en:

1. **Fiscalización permanente** con facultades de inspección en cualquier momento.
2. **Fiscalización específica** en determinadas circunstancias señaladas por la Ley.

Dentro de esta última podemos encuadrar la autorización administrativa necesaria para la creación y funcionamiento de los entes participantes, así como las autorizaciones posteriores necesarias para tomar ciertas decisiones sociales de las sociedades que conforman el Sistema, como la modificación de estatutos, los incrementos de capital social, la autorización para fijar el esquema del cobro de comisiones y las autorizaciones para constituir SIEFORES adicionales.

Al respecto, ya hemos comentado que la CONSAR cuenta con una serie de atribuciones que le facultan para otorgar autorizaciones y emitir disposiciones, las que en mi opinión rebasan en ocasiones lo estipulado por la Ley, que la colocan como el ente regulador más importante del sistema por su actividad permanente y

por la naturaleza de las autorizaciones (operación de AFORES y SIEFORES, régimen de inversión de las SIEFORES y cobro de comisiones, entre otras)

El fundamento para la tarea de fiscalización, permanente y específica, se encuentra en la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro (en lo sucesivo Ley SAR).

Solis Soberón, señala que el objetivo principal de esta Ley es establecer mecanismos de regulación y supervisión, así como para la constitución, organización y funcionamiento de los participantes³⁰.

Control y vigilancia de las sociedades de inversión especializadas de fondos para el retiro y sus administradoras

El control y vigilancia de las Administradoras de Fondos para el retiro y de las Sociedades de Inversión Especializadas de Fondos para el Retiro está a cargo de la Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro (CON SAR).

LA CON SAR

Con sus antecedentes en el Comité Técnico del SAR de 1992, la CON SAR fue creada en 1994 por virtud de la Ley para la Coordinación de los Sistemas de Ahorro para el Retiro³¹ en la que se le otorgaron las facultades de inspección y vigilancia que correspondían a la CNBV y la CNSF en lo que se refería a las operaciones que realizaban las instituciones de crédito con recursos de los sistemas de ahorro para el Retiro o SAR 92 como se menciona en el capítulo introductorio de este trabajo.

³⁰ Normatividad del Nuevo Sistema de pensiones, Fernando Solís Soberón, Comercio Exterior, México, Vol. 46, No. 9, septiembre de 1996

³¹ Decreto para la Coordinación de los Sistemas de Ahorro para el Retiro, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 22 de julio de 1994.

En la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro publicada en el Diario Oficial de la Federación el 23 de mayo de 1996, se ampliaron sensiblemente las facultades de la CONSAR encargada ahora de la coordinación, regulación, supervisión y vigilancia de los sistemas de ahorro para el retiro. Adicionalmente el 19 de junio de 1997 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el Reglamento Interior de este órgano de supervisión, mencionando las atribuciones con que cuentan las unidades administrativas que la conforman.

Cabe aclarar que la Ley habla de "Sistemas", toda vez que regula la supervisión del sistema mediante el cual se otorgan las pensiones que estipula la Ley del Seguro Social, que son el objeto del presente trabajo, como de aquellas que son otorgadas en términos de la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado. Sin embargo, en razón de nuestro objeto de estudio nos referimos exclusivamente al *Sistema*, en singular.

En la Ley en comento se le confirió a la CONSAR el carácter de órgano administrativamente desconcentrado de la Secretaría de Hacienda, dotado de autonomía técnica y facultades ejecutivas.

Asimismo se le otorgó potestad para expedir disposiciones de carácter general a las que deben sujetarse los participantes del sistema, en cuanto a su constitución, organización funcionamiento, operaciones y participación en el sistema, así como en cuanto a la recepción, depósito, transmisión y administración de las cuotas y aportaciones.

Facultades e integración de la CONSAR

Las principales facultades de la CONSAR son las siguientes:

1. Regular mediante disposiciones de carácter general la operación de los sistemas de ahorro para el retiro;

2. Expedir las disposiciones generales a las que habrán de sujetarse los participantes en los sistemas de ahorro para el retiro.
3. Otorgar, modificar o revocar las autorizaciones a las administradoras y sociedades de inversión especializadas en fondos para el retiro;
4. Supervisar a los participantes en los sistemas de ahorro para el retiro, y el establecer, previa opinión de la Comisión Federal de Competencia Económica y del Comité Consultivo y de Vigilancia, en concordancia con la Ley Federal de Competencia Económica los mecanismos necesarios para evitar prácticas monopólicas absolutas o relativas como resultado de la conducta de los participantes o por la concentración del mercado.

La Comisión cuenta con tres órganos de gobierno:

- a) **La Junta de Gobierno**, que es el de mayor jerarquía; se integra con 12 representantes de la Administración Pública Federal, dos del sector obrero y uno del patronal;

Dichos vocales son: el Secretario del Trabajo y Previsión Social, el Gobernador del Banco de México, el Subsecretario de Hacienda y Crédito Público, el Director General de Instituto Mexicano del Seguro Social, el Director del Instituto Nacional de la Vivienda para los Trabajadores, el Director General del Instituto de Seguridad Social y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, el Presidente de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores y el Presidente de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas.

Los tres vocales restantes serán designados por el Secretario de Hacienda y Crédito Público debiendo ser dos representantes de las organizaciones nacionales

de trabajadores y uno de los correspondientes a los patrones que formen parte del Consejo Consultivo y de Vigilancia y que ostenten la mayor representatividad.

- b) **La Presidencia.** El Presidente de la Comisión es nombrado por el Secretario de Hacienda y Crédito Público.

Dentro de sus facultades se encuentran:

- (i) Tener a su cargo la representación legal de la comisión
- (ii) Dirigir administrativamente la Comisión
- (iii) Presentar a la Junta de Gobierno un informe semestral sobre la situación que guardan los sistemas de ahorro para el retiro y uno anual sobre las labores desarrolladas por la comisión, proponer los proyectos de las disposiciones que compete expedir a la comisión.
- (iv) Informar a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público anualmente y cuando ésta se lo solicite, sobre su actuación y sobre casos concretos que la misma requiera.

- c) **El Comité Consultivo de Vigilancia** que incluye al Presidente de la CONSAR, seis representantes de la Administración Pública Federal, seis del sector obrero y seis del patronal.

Entre las principales funciones del Comité destacan las siguientes:

- a) Vigilar el desarrollo de los sistemas de ahorro para el retiro para prevenir conflictos de interés y prácticas monopólicas;
- b) Conocer el manejo de las cuentas individuales de las AFORES;
- c) Aprobar los nombramientos de los contralores normativos y de los consejeros independientes de las administradoras y de las sociedades de inversión;

- d) Emitir opinión a la Junta de Gobierno respecto al establecimiento de lineamientos generales de política sobre el régimen de inversión de las sociedades de inversión, así como de las reglas de carácter general sobre el régimen de comisiones y su estructura y su aplicación, y
- e) Opinar sobre las reglas de carácter general que expida la Comisión en materia de publicidad y comercialización.

Se dice que es un órgano tripartito ya que está integrado por los sectores obrero, patronal y del Gobierno, es decir el sector público, privado y social teniendo como fin el velar por los intereses de las partes involucradas, a efecto de que siempre "se guarde armonía y equilibrio entre los intereses mencionados para el mejor funcionamiento de los sistemas de ahorro para el retiro"³².

Este Comité representó una innovación dentro de los órganos encargados de la vigilancia de entidades financieras de nuestro país ya que, en primer lugar la CONSAR es la única de las tres comisiones reguladoras del Sistema Financiero que cuenta con un Comité Consultivo, asimismo su composición tripartita fue establecida por el legislador "en congruencia con los principios que rigen la seguridad social". Sin embargo es nuestra opinión que su conformación tripartita no garantiza una vigilancia profesional y honesta del sistema, ya que por una parte la complejidad del mismo hace necesario un nivel de conocimiento profundo del sistema para ejercer una vigilancia efectiva sobre el mismo, elemento que no es requerido para formar parte de ella (sólo se requiere tener conocimientos en materia financiera, jurídica o de seguridad social, sin especificarse un grado mínimo de estudios o experiencia previa) y por otra las facultades con que cuenta esta Comisión resultan limitadas o de simple observadora, pues la mayoría de sus atribuciones radican en emitir opiniones que no tienen ningún efecto vinculatorio.

³² Ibid Art. 13

Comités de Análisis de Riesgos y de Valuación

La Ley prevé el establecimiento de un Comité de Análisis de Riesgos, que establecerá los criterios y lineamientos para la selección de los riesgos crediticios permisibles de los valores que integren la cartera de las SIEFORES.

En este sentido el Comité podrá prohibir la adquisición de valores cuando a su juicio representen riesgos excesivos, para ello se basará en las calificaciones otorgadas a los valores por las sociedades autorizadas.

Asimismo, podrá recomponer la cartera de las sociedades de inversión cuando ciertos valores dejen de cumplir con los requisitos establecidos, siendo la CONSAR la encargada de ejecutar los acuerdos del Comité.

Este Comité está integrado por once miembros: tres representantes de la Comisión, dos de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, dos del banco de México, dos de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores y dos de la Comisión Nacional Seguros y Fianzas.

También se prevé la existencia de un Comité de Valuación, el cual estará facultado para establecer los criterios técnicos para la valuación de los documentos y valores susceptibles de ser adquiridos por las SIEFORES, así como los procedimientos y técnicas a que deben sujetarse las AFORE en la valuación de los valores de las SIEFORES. Punto, este último de gran importancia pues de estos mecanismo depende en mucho el valor al cual las SIEFORES, a través de la AFORE correspondiente, recompre a los trabajadores los títulos representativos del capital social de la SIEFORE en que tengan invertidos sus recursos, además de que en los hechos ejerce funciones propias de una sociedad calificadora de valores en términos de la Ley de Sociedades de Inversión.

Este Comité tiene la misma composición que el anterior.

Conflictos de Interés y Concentración de Mercado

Además de la vigilancia corporativa la CONSAR también ejerce sus facultades en dos áreas que desde el punto de vista económico, influyen en el manejo de los recursos:

La Concentración de Mercado

Para promover la eficiencia y establecer las adecuadas condiciones de competencia en los sistemas de ahorro para el retiro, la CONSAR podrá establecer los mecanismos necesarios para que no se presenten prácticas monopólicas como resultado de la conducta de los participantes o por una concentración de mercado. Al efecto la Ley señala que ninguna AFORE podrá tener más de 20% de participación en el mercado.

Los Conflictos de Intereses.

Otro de los aspectos que se busca tutelar la Ley SAR se relaciona con los conflictos de intereses que se pueden presentar entre los distintos participantes del Sistema y las entidades financieras con las que aquellos se encuentren relacionados. Al respecto, a partir del concepto de Nexo Patrimonial (del cual se habló en paginas anteriores) se busca evitar que las entidades o grupos financieros que tengan control sobre una AFORE utilicen los recursos de los trabajadores para obtener recursos para empresas en las que ejerzan el control. Sin embargo, uno de los puntos de la iniciativa presidencial propone eliminar la definición genérica que la Ley hace de Nexo patrimonial facultando a la CONSAR para establecer los criterios con arreglo a los cuales se determine cuando existe Nexo Patrimonial.

Me parece que este es un criterio erróneo, pues como se ha mencionado el abrir aún mas las facultades discrecionales, de por sí bastante amplias, de un

organismo como la CONSAR abre las posibilidades de interpretaciones laxas de la Ley, poniendo en riesgo los recursos de los trabajadores a la par que puede fomentar la concentración de los recursos en un grupo de sociedades que manejan el ya concentrado sistema financiero. Aunado a lo anterior, el remitir este tipo de conceptos a disposiciones de carácter general sería un error legislativo pues como se verá más adelante las circulares no son el mecanismo adecuado para plasmar definiciones o conceptos.

Sanciones

Como mecanismo para regular el sistema y lograr el cumplimiento de sus determinaciones, la CONSAR puede imponer sanciones de tipo administrativo; éstas se aplican por incumplimiento o contravención a las normas previstas en diversas leyes relacionadas con la materia, sus reglamentos o disposiciones que de ellas emanen. Las principales causas por las que la CONSAR puede imponer sanciones son las siguientes:

- (i) No proporcionar información al trabajador sobre el estado de su cuenta individual en los términos y periodicidad establecidos;
- (ii) No cumplir con las operaciones y servicios de la manera contratada;
- (iii) Impedir o dificultar a los inspectores de la CONSAR, realizar visitas de inspección o se nieguen a proporcionar información o documentación;
- (iv) Que las AFORES den preferencia a sus intereses o a los de sus empresas frente a los de los trabajadores o que realicen operaciones que impliquen conflicto de intereses;
- (v) Que la Siefore incumpla con el régimen de inversión;
- (vi) Que no se observe el principio de confidencialidad;
- (vii) Realizar operaciones prohibidas; y
- (viii) No contar con la unidad especializada para atender consultas y reclamaciones de los trabajadores.

La CONSAR tiene la facultad de sancionar a las AFORES que incumplan con las disposiciones jurídicas que les son aplicables. Asimismo, puede revocar las autorizaciones a las AFORES y SIEFORES, así como ordenar la intervención administrativa y gerencial de las mismas. Dichas intervenciones, de conformidad con los artículos 8 fracción segunda, 96,97 y 98 de la LSAR y 86 al 92 del RLSAR, se dictarán por la Junta de Gobierno de la CONSAR, a petición del presidente de la misma.

Podemos establecer cuatro diversas clases de actuación que podrá adoptar la CONSAR en caso de irregularidades graves que pongan en peligro el ahorro de los trabajadores:

1. **Medidas de Regularización:** Se trata de la indicación que lleva a cabo el Presidente de la Comisión, para establecer un plazo y las reglas necesarias para que la administradora se ajuste nuevamente a la normatividad respectiva.
2. **Intervención Administrativa:** Es la designación de un funcionario sancionado por la junta de gobierno y nominado por el Presidente de la Comisión que se encargará a nivel operativo de llevar a cabo un programa de regularización de la administradora. Esta medida puede ser autónoma, es decir no precedente a las medidas de regularización.
3. **Intervención Gerencial:** En caso de que se pueda afectar la estabilidad, solvencia o liquidez de una administradora, que pongan en peligro los intereses de los trabajadores, el Presidente de la Comisión formulará un dictamen a la Junta de Gobierno, con objeto de que se designe un interventor gerencial que se encargará de sustituir al Consejo de

Administración de la institución intervenida, con todas las facultades legales e inscribiéndolo en el Registro Público.

El interventor administrativo se encargará exclusivamente de llevar a cabo la regularización de las operaciones que motivaron la intervención, careciendo de las facultades que correspondan al órgano de la sociedad intervenida; mientras que el interventor gerente sí tendrá dichas facultades, así como plenos poderes generales para actos de dominio, de administración, de pleitos y cobranzas. El interventor gerente ejercerá sus facultades sin quedar supeditado en su actuación a la asamblea de accionistas ni al consejo de administración de la sociedad intervenida. La intervención gerencial será levantada cuando se hayan normalizado las operaciones irregulares que se hubieran detectado.

- 4. Revocación de la autorización:** Si las empresas participantes en el sistema de ahorro para el retiro incurren en alguna de las causales previstas, la Comisión iniciará el trámite de revocación para cancelar la autorización y proceder a la disolución y liquidación de la administradora y su respectiva sociedad de inversión. En términos generales las causales son:
- a) Incumplimiento reiterado
 - b) Omisión de requisitos en sistemas de informática
 - c) Rechazo de facultades de la Comisión por parte de las empresas participantes.
 - d) Quiebra, disolución o liquidación de la administradora.
 - e) Disolución y liquidación de las AFORES y SIEFORES
 - f) Cuando reiteradamente incumplan sus obligaciones de ley, sus sistemas de computo no satisfagan requisitos legales o no entreguen información necesaria para la operación de los sistemas de ahorro, requiriéndose que en estos dos últimos casos se afecte gravemente a los trabajadores;

- g) Si las AFORES o SIEFORES no reconocen competencia a las autoridades mexicanas para supervisarlas o a las leyes mexicanas para resolver controversias.
- h) Cuando la Afore que sea la operadora de una Siefore quiebre o entre en liquidación o su autorización sea revocada.

En caso de que las operaciones irregulares no se hubieran normalizado en su totalidad en el plazo de seis meses a partir de la fecha en que se emitió la orden de intervención gerencial, la CONSAR ordenará que se levante la intervención y revocará la autorización a la sociedad de que se trate.

En el caso de que se revoque su autorización, se procederá a la disolución y liquidación de la AFORE y, consecuentemente se traspasarán las cuentas de los trabajadores a otra AFORE.

La naturaleza jurídica de la CONSAR

Los órganos desconcentrados forman parte de la Administración Pública Federal y son auxiliares de las Secretarías de Estado y de los departamentos administrativos en las funciones propias de la Secretaría o departamento de quien dependan jerárquicamente.

No puede existir, legal y constitucionalmente, un órgano desconcentrado ajeno a las funciones de la Secretaría o departamento administrativo al que esté jerárquicamente supeditado.

La CONSAR, de acuerdo con la Ley de los sistemas de Ahorro para el Retiro, es un órgano desconcentrado de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. Algunas de las funciones de la CONSAR coinciden con las de la SHCP, en la parte en la que se refiere a regular la operación de los sistemas de ahorro para el

retiro, en tanto que en este sistema intervienen instituciones de crédito, instituciones de seguros, sociedades de inversión, administradoras de fondos de pensiones y empresas de carácter mercantil, relacionadas con el crédito y el ahorro previsto en las fracciones VII y VIII del artículo 1 de la ley Orgánica de la Administración Pública Federal.

La CONSAR goza de facultades que encana en algunas de las funciones de la secretaría dl Trabajo y Previsión Social, , fracciones I y XVI que atribuyen a dicha secretaría la vigilancia, observancia y aplicación de las disposiciones contenidas en el artículo 123 constitucional y el establecimiento de políticas de seguridad social de la administración pública, así como la intervención en los asuntos relacionados con el IMSS en términos de la Ley.

Resulta posible, no obstante la novedad y carencia de precedentes al respecto, que un órgano desconcentrado pueda depender jerárquicamente de dos diversas secretarías de Estado, si se le atribuyen funciones relacionadas con ambas secretarías.

La CONSAR se encuentra en el supuesto anterior, porque participa de las funciones tanto de la SHCP como de la STPS, por lo que, estableciendo con claridad la intervención jurídica de ambas secretarías para evitar contradicciones o superposiciones, se podría señalar que cada dependencia ejerciera autoridad sobre el mismo órgano.

Como lo anterior no sucedió en el caso de la CONSAR, las atribuciones que le fueron concedidas, que tienen relación con las facultades de la STPS y no con la SHCP devienen inconstitucionales por la violación expresa dei artículo 17 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, y por consecuencia de la garantía de legalidad del artículo 16 constitucional.

Como en la fracción XXIX del artículo 123 constitucional se dispone que todos los seguros destinados a los trabajadores deben comprenderse la Ley del Seguro Social, y ésta, efectivamente, los reglamenta, inclusive el seguro de retiro en su capítulo sexto, quizá una solución más congruente desde el punto de vista legal y constitucional fuera que la CONSAR estuviera prevista en un capítulo especial de la Ley del Seguro Social, en cuanto a sus facultades y funcionamiento y no considerarla como un órgano desconcentrado de ninguna Secretaría de Estado por mas que los titulares de las Secretarías o las otras dependencias o entidades que se estimaran convenientes participaran en sus órganos directivos.

De lo anterior se colige que los preceptos de la Ley CONSAR que atribuyen facultades a sus órganos directivos, son de dudosa constitucionalidad.

Naturaleza jurídica de las Circulares expedidas por la Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro

Actualmente aún no existe literatura específica respecto de las Circulares emitidas por la CONSAR, por lo que se aplica analógicamente lo ya expuesto respecto de las mismas emitidas por la Comisión Nacional Bancaria y de Valores y por la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas.

Es importante aclarar que la Ley del Sistema de Ahorro para el Retiro no establece la denominación de circulares; la expresión utilizada por la Ley es "disposiciones de carácter general" aunque en la práctica se les ha dado el nombre de circulares, ya que conforme a la doctrina del derecho administrativo, su naturaleza jurídica se asemeja a la de la Circular.

Por su parte el concepto de circular dentro del derecho administrativo puede definirse de la siguiente manera: "Conjunto de disposiciones de carácter interno

dirigidas por los órganos superiores a los inferiores para especificar instrucciones, e interpretación de normas, acuerdos y procedimientos".³³

El mismo autor de la cita anterior aclara:

"Las circulares no pueden confundirse con los reglamentos, a pesar de ser ambos emanados de la administración. En primer término por que las circulares se fundan en la potestad jerárquica de los superiores, en el poder que tienen éstos para imponer a los subordinados la interpretación que deben dar a las leyes. Es por ello que la circular se dirige únicamente a los agentes que forman parte del servicio y carecen de eficacia con relación a los administrados".³⁴

Al respecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que:

Dada la naturaleza de las circulares debe entenderse que las mismas constituyen meros actos administrativos, tendientes a cumplimentar una Ley pues contienen exclusivamente explicaciones enderezadas a orientar a los funcionarios de la administración, y por ello no tienen ni pueden tener el carácter de disposiciones legislativas, ya que se trata de un instructivo u opinión de los superiores jerárquicos administrativos, por lo que se puede afirmar que las Salas del Tribunal Fiscal de la Federación no carecen de competencia para conocer de los casos e los que sean impugnadas.³⁵

Como vemos, las circulares emitidas por la CONSAR no se ajustan a la definición de circular ya que éstas no se refieren únicamente a instrucciones otorgadas de un superior a un inferior.

Por otra parte, recordemos que la facultad reglamentaria del ejecutivo encuentra su fundamento en el artículo 89 fracción I de la Constitución Política de los

³³ Díez Manuel María, *Derecho Administrativo*, Tomo I; Plus Ultra, Buenos Aires Argentina, 1974.

³⁴ Díez Manuel María, *Op. Cit.*, p. 372.

³⁵ Sexta época, Tercera parte, Vol LXXVI, p. 36 R F. 431.&59.- Colgate Palmolive, S.A.

Estados Unidos Mexicanos, relacionado con el artículo 92 el primero de los cuales establece que:

Las facultades y obligaciones del Presidente son las siguientes:

I.- Promulgar y ejecutar las Leyes que expida el Congreso de la Unión, proveyendo en la esfera administrativa su exacta observancia.

Por otra parte es el artículo 92 constitucional el que establece un requisito para que los reglamentos sean válidos: el refrendo

"Todos los Reglamentos, decretos, acuerdos y ordenes del Presidente deberán estar firmados por el Secretario de Estado o Jefe del Departamento Administrativo a que el asunto corresponda, y sin este requisito no serán obedecidos".

Para el maestro y actual Diputado Federal, Fauzi Hamdan, siempre que una disposición tenga por objeto desarrollar una ley mediante la integración de normas complementarias y secundarias del ordenamiento legal correspondiente, debe considerarse como reglamento, a diferencia del acto administrativo que consiste en aplicar la norma específica a un caso concreto.

"En todos los casos en que están disposiciones generales, que desarrollen una ley, mediante un proceso integrador o complementario estaremos en presencia de un auténtico Reglamento cuya expedición en nuestro sistema constitucional sólo es posible realizarla por el Presidente de la república, por lo que resultan inconstitucionales todas aquellas disposiciones generales que con el nombre de reglas, resoluciones u órdenes expiden los órganos secundarios de la administración pública, mediante las cuales desarrollan y detallan el contenido u objeto de la ley"³⁶

De lo anterior concluimos que las disposiciones de carácter general emitidas por la CONSAR denominadas circulares CONSAR tienen serios problemas para

³⁶ Hamdan Amad, Fauzi, "Algunas consideraciones en torno de la constitucionalidad de las disposiciones de carácter general que dictan los órganos de la administración pública federal y sus diferencias con los reglamentos propiamente dichos, Revista de Derecho Privado, Instituto de investigaciones Jurídicas, UNAM, p. 244, 192

ajustarse a lo dispuesto tanto por la doctrina como por lo establecido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Lo anterior adquiere relevancia debido a que uno de los puntos medulares del sistema como lo es el régimen de inversión de los fondos manejados por las SIEFORES, se encuentra regulado por circulares, específicamente la 15-5. En mi opinión, tanto el régimen de inversión, es decir los porcentajes mínimos y máximos de compra autorizados para ciertos valores, como las características de la calidad crediticia de los valores deben encontrarse regulados desde la ley misma o explicados con precisión en el Reglamento correspondiente. Actualmente el artículo 43 de la Ley SAR establece los fines e integración de la cartera de valores de las SIEFORES, sin embargo es conveniente agregar los porcentajes mínimos y máximos de adquisición de estos valores y la calidad crediticia que deben tener.

Toda vez que como hemos visto, es jurídicamente posible la existencia de diversas SIEFORES administradas por una misma AFORE, la Ley SAR debe contener al menos los lineamientos relativos a la SIEFORE cuya inversión esté integrada fundamentalmente por los valores cuyas características específicas preserven el valor adquisitivo del ahorro de los trabajadores. Las carteras de inversión de otras SIEFORES, como las de recursos de aportaciones voluntarias, que buscan obtener rendimientos más altos a cambio de mayores riesgos y que por lo tanto requieren de mayor movilidad, podrían acogerse a un esquema más flexible que podría estar regulado en un instrumento menos rígido que la Ley y su Reglamento, como reglas de operación emitidas por la autoridad correspondiente, como se hace en el caso de las sociedades de inversión comunes.

3.- LA FISCALIZACIÓN PRIVADA

Uno de los objetivos de la reforma a la seguridad social era trasladar parte de la responsabilidad del control del sistema pensionarlo al propio asegurado, el que, al otorgarle la ley la propiedad de los recursos previsionales, se convierte en

coparticipe de la vigilancia del cumplimiento de las disposiciones de seguridad social, especialmente en materia de aportaciones al sistema.

Esta corresponsabilidad requería de un esquema transparente para el manejo de tales recursos, que permitiera al asegurado conocer oportunamente el monto de lo depositado en su beneficio para el financiamiento de su pensión, o la de sus dependientes económicos en caso de su muerte, y se le garantizara que los recursos que acumulara serían invertidos con la mayor eficiencia, es decir, a las tasas de interés más altas del mercado. Se pretende conseguir que el asegurado se convierta en el primer interesado en verificar que el patrón, obligado a pagar y retener las cuotas del seguro social, cumpla oportunamente y que las sociedades administradoras se ajusten a lo establecido por la normatividad.

La Fiscalización privada tiene dos vertientes: la individual y la corporativa, que se analizan enseguida.

La Fiscalización Privada Individual

Es la fiscalización ejercida por los trabajadores en tanto son propietarios de títulos representativos del capital social de una o varias SIEFORES (como sería el caso de que hubieran efectuado depósitos a la subcuenta de aportaciones voluntarias), lo que los convierte en accionistas de una sociedad anónima, con derechos limitados como veremos adelante. Básicamente este tipo de fiscalización consiste en la designación de Comisarios por parte de la Asamblea de Socios de la sociedad anónima, incluyendo el derecho de las minorías de socios para nombrar Comisarios.

Las características esenciales de toda sociedad anónima, son la limitación de responsabilidad de los socios al monto de su aportación y la posibilidad de transferencia de la calidad de socio sin que se afecte su patrimonio ni su estructura social. Tan importante es la negociabilidad de las acciones en la vida

de este tipo social, que ha llevado a que se le conozca como sociedad por acciones y que se apunte por parte del Maestro Garrigues que "siendo las aportaciones en dinero esencialmente fungibles, los socios de la S.A. se convierten también en socios fungibles..."³⁷

Estas características de la sociedad anónima se desprenden en nuestra legislación del texto de los artículos 87 y 111 de la Ley General de Sociedades Mercantiles. El primero de ellos define a la sociedad anónima como una sociedad que "se compone exclusivamente de socios cuya obligación se limita al pago de sus acciones" y el segundo señala que las "acciones en que se divide el capital social de una sociedad anónima estarán representadas por títulos nominativos que servirán para acreditar y transmitir la calidad de los derechos de socio..."

Si bien las sociedades anónimas pueden emitir acciones de circulación restringida, tal restricción implica que solo se pueden transmitir a quien o quienes se autorice generalmente por el Consejo de Administración, mas no el que no se puedan transmitir las acciones.

Es el caso que las acciones representativas del capital social de una SIEFORE no son libremente transmisibles, ya que sólo se pueden transmitir a la SIEFORE y únicamente en los casos señalados en las leyes de seguridad social. Las acciones que representan la parte fija del capital social, solo se transmiten con autorización de la CONSAR.

Tampoco les sirven a los trabajadores para acreditar su carácter de socio, ya que las acciones se encuentran depositadas en una institución para el depósito de valores, por lo que la demostración de su titularidad se hará en los términos del artículo 78 de la Ley del Mercado de Valores.

A este respecto cabe señalar que, sin exigirlo la Ley del Sistema de Ahorro para el Retiro, su reglamento consigna en la fracción III del artículo 44, que las AFORES

³⁷ Ibid

registrarán en la Bolsa Mexicana de Valores todas las operaciones que realicen con acciones de las sociedades de inversión que operen, lo que implica que tales acciones se inscriban previamente en el Registro Nacional de Valores.

Esta exigencia del reglamento, que va mas allá de lo previsto en la Ley, lo que de suyo lo hace cuestionable, no tiene justificación válida alguna, puesto que representa someter a tales acciones a un régimen de mercado, cuando no existe en principio mercado para tales acciones, salvo desde luego, el que en el futuro pudiese llegar a existir uno sobre acciones que representen las aportaciones voluntarias de los trabajadores.

No existe la posibilidad legal de que los trabajadores compren o vendan las acciones de las SIEFORES, por lo que no se cumple con uno de los requisitos indispensables para que los títulos se negocien en el mercado de valores, los contemplados en las fracciones II y III del artículo 14 de la Ley del Mercado de Valores, a saber: que las características de los valores y los términos de su colocación les permitan una circulación que sea significativa y que no cause perjuicio al mercado o que tengan o puedan llegar a tener una circulación amplia en relación con la magnitud del mercado o la empresa emisora.

El exigir que las acciones representativas del capital social de las SIEFORES y las transacciones sobre estas cumplan con los requisitos de la Ley del Mercado de Valores, además de ser gravoso (aunque no sea en forma significativa) para los dueños de tales acciones (los cotizantes al Seguro Social), resulta ficticio, puesto que no existe, ni existirá mercado de tales acciones y las bondades que se pudieran identificar con esta sujeción, tales como la difusión y por lo tanto la transparencia de la integración del patrimonio de las SIEFORES y del precio de las acciones, bien puede lograrse mediante la exigencia de la misma y aún mayor información pública por parte de la CONSAR, a través de medios que si sean efectivamente leídos por los trabajadores y no por conducto de diarios

especializados y secciones financieras de los periódicos, que generalmente no son consultados por los trabajadores.

La única justificación válida que puede alegarse es la de obtener la exención consignada en la fracción XXVI del artículo 109 de la Ley del Impuesto sobre la Renta, para los ingresos obtenidos con motivo de la enajenación de acciones o títulos valor que se realicen a través de la bolsa de valores concesionada en los términos de la Ley del mercado de Valores.

Sin embargo, cabe criticar que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público tenga que afirmar que las acciones de las SIEFORES se consideran colocadas entre "el gran público inversionista" para justificar un tratamiento fiscal que desde luego correspondía dar a las inversiones de los trabajadores, que debió consignarse directamente en la Ley de Impuesto Sobre la Renta, por tratarse de los ahorros para el retiro, pero no mediante la ficción de considerar a las acciones de las SIEFORES como colocadas entre el gran público inversionista y negociables en la Bolsa de Valores.

En cuanto a los derechos de los socios, si bien tienen los de asistir y votar en las asambleas, el de integrar minorías, solicitar la convocatoria, así como el de revisar anualmente la información financiera, algunos de estos derechos se encuentran disminuidos por las características de la sociedad a la que pertenecen, ya que por ejemplo, la integración de minorías para designar un miembro del Consejo de Administración, resulta cuestionable pues no es un derecho ni siquiera de la Asamblea de Accionistas.

Tampoco, tienen los accionistas de una SIEFORE, en los términos de lo señalado por la fracción VII del artículo 41 de la Ley del SAR, el derecho de adquisición preferente a que se refiere el artículo 132 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

En cuanto al ejercicio del derecho de voto, éste corresponde prácticamente sólo a los accionistas que detentan la parte fija del capital social, puesto que la escasa o casi nula importancia práctica de los asuntos sobre los que pueden votar los accionistas que representan la parte variable, produce el desinterés por su ejercicio, ya que estos se encuentran principalmente interesados en los resultados de su inversión y no en la marcha de la sociedad; se supone que por ello, encomendaron las decisiones de su inversión a profesionales que, por estar más en contacto con el mercado y tener mayor acceso a información, serán quienes se encarguen de tomar las decisiones.

En efecto, en la mayoría de los casos el ejercicio del derecho de voto de los accionistas que representan la parte variable del capital social, no es un aliciente para el trabajador, ya que no influye en la designación de sus órganos sociales, tampoco en el destino de las utilidades que la sociedad arroje, y la aprobación de la información financiera se reduce a que la situación económica de la sociedad se encuentre reflejada en los estados financieros.

Por lo que se refiere al ejercicio del derecho de voto en las asambleas extraordinarias, resulta cuestionable en qué materias podría ejercerse. Si analizamos el contenido del artículo 182 de la Ley General de Sociedades Mercantiles en comparación con la Ley del SAR, encontramos que la asamblea extraordinaria de accionistas de las SIEFORES podrá decidir teóricamente respecto a la prórroga de la duración de la sociedad, sobre su disolución anticipada y quizá en algunos casos sobre aumentos y disminuciones de la parte fija del capital social. No podrá decidir, puesto que no está autorizada para ello en la Ley, respecto a la emisión de acciones privilegiadas, amortización por la sociedad de sus propias acciones y emisión de acciones de goce, ni emitir obligaciones.

Por lo anterior, es obvio que los trabajadores accionistas de las SIEFORES, no asisten a las Asambleas y que en su representación, se integra la voluntad social

con el voto de la AFORE con el consecuente conflicto de intereses y desviación del fin perseguido al preverse este órgano social en ley.

Esta circunstancia tendrá relevancia cuando la Asamblea de Accionistas adopte resoluciones que en el fondo tengan como propósito el relevar de responsabilidad a la AFORE, como sería la aprobación de estados financieros o la adopción de ciertos acuerdos a los que posteriormente se sujete la AFORE en la realización del quehacer social.

Por lo que se refiere a las funciones del Consejo de Administración de las SIEFORES, partiendo de que estas sociedades tiene por objeto exclusivo el invertir los recursos provenientes de las cuentas individuales que reciban de los trabajadores, resulta que las decisiones de inversión no se llevan a cabo por resoluciones del Consejo como correspondería en cualquiera otra sociedad, sino que dicha determinación corresponde al Comité de Inversión, en los términos del artículo 42 en relación con el artículo 18, fracción V, de la Ley del SAR.

Como se menciona en el capítulo anterior, las AFORES tienen, entre otras funciones, la de administrar las cuentas individuales y canalizar los recursos de las subcuentas que las integran conforme a las leyes de seguridad social, administrar a las SIEFORES, efectuar todas las gestiones que sean necesarias para la obtención de una adecuada rentabilidad y seguridad en las inversiones de las SIEFORES que administren, prestar servicios de distribución y recompra de acciones representativas del capital social de las SIEFORES que administren; operar y pagar, bajo las modalidades que la CONSAR autorice, los retiros programados.

Lo anterior significa que toda la gestión social de la SIEFORE se lleva a cabo por la AFORE, quien decide a través del Comité de Inversión (integrado como ya se apuntó por los Consejeros de la AFORE) en que se van a invertir los recursos de los trabajadores. Incluso la función de representación de la SIEFORE, que está a

cargo del Consejo de Administración, la detentan las mismas personas que son administradoras de la AFORE.

Adicionalmente el órgano de vigilancia, tan cuestionado en todas las sociedades anónimas, resulta carente de funciones en la SIEFORE, ya que si bien su función es la de vigilar el desempeño de la gestión de los administradores, al carecer de estas funciones, prácticamente no tienen que vigilar.

Adicionalmente, si la gestión social se encarga a la AFORE y la vigilancia del quehacer social se lleva a cabo por los órganos de la propia AFORE, tal actividad compete principalmente al contralor normativo, sin perjuicio de las que correspondan al comisario y al auditor externo de la AFORE.

En efecto, el contralor normativo es un órgano social designado por la Asamblea de Socios de la AFORE y es responsable de vigilar que los funcionarios y empleados de la misma cumplan con la normatividad externa e interna que sea aplicable. Tiene dentro de sus funciones la de verificar que se cumpla el programa de autorregulación de la administradora, así como proponer las modificaciones a tal programa, recibir los informes del comisario y los dictámenes de los auditores externos para su conocimiento y análisis e informar a la CONSAR mensualmente del cumplimiento de las obligaciones a su cargo, así como en cualquier momento, de las irregularidades de que tenga conocimiento en el ejercicio de sus funciones.

Luego, quien se encuentra facultado para vigilar el cumplimiento de las disposiciones legales y de toda la gestión social de la SIEFORE es el contralor normativo de la AFORE.

Por lo antes expuesto, en mi opinión, el supuesto bajo el cual se pensó que el trabajador, al ser propietario de sus aportaciones y de las acciones representativas del capital social de la SIEFORE que invirtiera sus recursos, actuaría como un elemento de control y vigilancia del sistema se encuentra alejado de la realidad.

La Fiscalización Privada Corporativa

La segunda vertiente de la Fiscalización privada es la corporativa, realizada por los particulares que forman parte de los órganos sociales de vigilancia de las sociedades mercantiles, y en el caso particular se aplica en cuanto a que las SIEFORES y las AFORES son sociedades mercantiles reguladas por una ley especial.

Con la entrada en vigor de la Ley SAR, se introdujeron a la legislación financiera del país figuras jurídicas exclusivas de este tipo de sociedades, que tienen como fin autorregular a dichos intermediarios financieros.

Estos mecanismos de autorregulación son:

- I. El programa de autorregulación.
- II. Los consejeros independientes.
- III. El contralor normativo.

El Programa de autorregulación

El artículo 4° del Reglamento de la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro (**LSAR**) establece que este programa contendrá las normas y actividades de los principales funcionarios de las AFORES, así como las acciones correctivas aplicables en caso de incumplimiento, estando orientado a garantizar la eficiente operación de la AFORE y la protección de los intereses de los trabajadores así como a evitar todo tipo de operaciones que impliquen conflictos de interés y el uso indebido de la información privilegiada.

Consejeros Independientes

Conforme a lo dispuesto por los artículos 29, 49 y 50 de la LSAR, los consejeros independientes formarán parte de los consejos de administración de las AFORES y SIEFORES, así como del Comité de Inversión de las SIEFORES. Estos consejos estarán integrados por un mínimo de 5 consejeros, de los cuales, cuando menos 2 serán consejeros independientes. En caso de que se aumente el número de integrantes del consejo de administración se deberá mantener la proporción de consejeros independientes arriba mencionada.

Los consejeros independientes serán nombrados por los accionistas de las AFORES y su nombramiento deberá ser aprobado por el Comité Consultivo y de Vigilancia de la CONSAR.

Se establece como regla general que las sesiones de los consejos de administración y del comité de Inversión, no serán válidas sin la presencia de cuando menos un consejero independiente.

Los consejeros independientes deberán acreditar ante la CONSAR capacidad técnica y administrativa, que consiste en la experiencia profesional de cuando menos cinco años en cargos directivos relacionados con la materia financiera, de seguridad social, jurídica o económica. Asimismo, deberán acreditar solvencia moral, esto es que: (i) no estén inhabilitados para ejercer el comercio, o para desempeñar un empleo, cargo o comisión en el servicio público o en el sistema financiero mexicano; (ii) no hayan sido condenados por sentencia por delito doloso; y (iii) gocen de reconocido prestigio profesional.

No podrán ser cónyuges o tener relación de parentesco por afinidad, civil o consanguíneo dentro del segundo grado o algún vínculo laboral con los accionistas de control o principales funcionarios de las AFORES. Asimismo, no deberán tener ningún nexo patrimonial, ni vínculo laboral con las AFORES y

SIEFORES autorizadas, con excepción de la AFORE y SIEFORE a las que les presten sus servicios.

Finalmente, deberán contar con aprobación del Comité Consultivo y de Vigilancia de la CONSAR.

El artículo 42 de la LSAR, establece que el Comité de Inversión designará a los operadores de las SIEFORES, debiendo siempre contar dicha designación con el voto favorable de los consejeros independientes.

En caso de que los consejeros independientes detecten una irregularidad, deberán presentar de inmediato al presidente del Consejo de Administración, al auditor interno y al contralor normativo, así como a la CONSAR, un informe detallado sobre la situación observada.

Contralor Normativo

Conforme a lo dispuesto por el artículo 30 de la LSAR, en cada AFORE existirá un contralor normativo responsable de vigilar que los funcionarios y empleados de la misma cumplan con la normatividad externa e interna que sea aplicable. Esta figura es de reciente inclusión dentro de las sociedades mercantiles mexicanas, y al parecer los legisladores lo consideran como un elemento positivo pues a partir de su aparición dentro de las AFORES Y SIEFORES, se agregó esta figura para las Sociedades de inversión reguladas por la nueva Ley de Sociedades de Inversión, a partir de diciembre de 2001.

El contralor normativo será nombrado por la asamblea de accionistas de la AFORE, la cual podrá suspenderlo, removerlo o revocar su nombramiento debiéndose notificar este hecho a la CONSAR. Únicamente reportará al Consejo de administración y a la Asamblea de Accionistas de la AFORE, no estando subordinado a ningún otro órgano social ni funcionario de la AFORE.

Los requisitos para ser contralor normativo son los mismos que se establecen para ser consejero independiente.

Entre las funciones más importantes del contralor normativo, encuentran las siguientes:

- a) Verificar que se cumpla el programa de autorregulación de Afore;
- b) Proponer al consejo de administración de la Afore modificaciones al programa de autorregulación de la misma a efecto de establecer medidas para prevenir conflictos de interés y evitar el uso indebido de la información;
- c) Recibir los informes del comisario y los dictámenes de los auditores externos para su conocimiento y análisis;
- d) Informar a la CONSAR mensualmente, del cumplimiento de las obligaciones a su cargo, así como en cualquier momento de las irregularidades de que tenga conocimiento en el ejercicio de sus funciones;
- e) Asistir a las sesiones del consejo de administración de AFORES y SIEFORES, así como a las sesiones del Comité de Inversión, donde participará con voz pero sin voto.

El contralor normativo será responsable por el incumplimiento cualquiera de sus obligaciones previstas en la LSAR, pudiendo sancionado de conformidad con lo previsto en la misma.

Las funciones del contralor normativo se ejercerán sin perjuicio de las que correspondan al comisario y al auditor externo de la AFORE de que se trate de conformidad con la legislación aplicable.

4.- LA FISCALIZACIÓN JUDICIAL

La fiscalización judicial es aquella que realizan los jueces o tribunales y en nuestro país se presentan sólo ante determinadas eventualidades al presentarse conflictos de intereses que deben ser resueltos por los órganos jurisdiccionales competentes.

En el caso del Sistema Pensionario, los conflictos que pudieran presentarse entre los actores del mismo tienen las mismas vertientes de las que hemos hablado en páginas anteriores: la Social y la Financiera.

En lo que se refiere a la primera, la naturaleza del derecho a elegir AFORE, que es laboral y el hecho de que el contenido del contrato de administración de fondos para el retiro lo establezca la Ley del Seguro Social, reglamentaria del artículo 123 constitucional³⁸ determina que, en principio los tribunales competentes antes los que haya que ejercitar las acciones de los trabajadores relacionados con las aportaciones al régimen de seguridad social, sea la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje. En este sentido, se ha pronunciado el Poder Judicial, como se aprecia de la siguiente tesis, aun cuando se han presentado controversias sobre el particular

SEGURO DE RETIRO. LAS JUNTAS DE CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE SON COMPETENTES PARA CONOCER DE LA PRETENSIÓN PLANTEADA POR EL TRABAJADOR, EN CONTRA DEL PATRÓN, RESPECTO DEL PAGO DE LAS CUOTAS RELATIVAS. Conforme a la interpretación de lo dispuesto en los artículos 123, apartado A, fracción XX, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; y 604 y 621 de la Ley Federal del Trabajo, la jurisdicción laboral que corresponde ejercer a las Juntas de Conciliación y Arbitraje, tiene como ámbito de competencia, por razón de la materia, las instancias mediante las cuales se pretende el reconocimiento de un derecho que se incorporó a la esfera

³⁸ Artículos 159,167,174 y 175 de la Ley del Seguro Social vigente.

Jurídica del accionante como consecuencia directa o indirecta de la existencia de una relación de trabajo. De ahí, que si las cuotas del seguro de retiro, ramo obligatorio del seguro social, como deriva de lo dispuesto en los artículos 11, fracción IV; 12, fracción I; 31, fracción IV; 37, 167, 168 y 169 de la Ley del Seguro Social; y 10 y 16 de su Reglamento de Afiliación, constituyen contribuciones, en su especie aportaciones de seguridad social, cuyo hecho generador es precisamente el surgimiento de una relación laboral y cuya obligación de pago, respecto del patrón, subsiste, generalmente, en tanto ésta perviva, resulta inconcuso que la pretensión hecha valer por el trabajador en contra de su patrón, consistente en el pago de las cuotas en comento, para su depósito en la cuenta individual respectiva, sí corresponde al ámbito de competencia, por materia, de los citados órganos jurisdiccionales, con independencia de la naturaleza tributaria de aquéllas, lo que no trastoca la diversa relación jurídica que subyace entre el trabajador y el patrón, pues la circunstancia de que el cobro de tales contribuciones pueda lograrse a través de la actuación de una autoridad administrativa, únicamente implica que la tutela de esa prestación laboral-tributaria corresponde, en el ámbito laboral, a las Juntas de Conciliación y Arbitraje, a través de la administración de justicia y a instancia del trabajador y, en el ámbito tributario, a la administración pública, mediante el ejercicio de su potestad económico-coactiva. Sin que la anterior conclusión obste para que en cada juicio laboral, atendiendo a los elementos de convicción aportados al proceso, el referido órgano jurisdiccional analice si existe alguna causa que le impida pronunciarse sobre el fondo de tal prestación, como sería el caso en que no se acredite la existencia del vínculo laboral o cuando en sede administrativa ya se haya determinado lo conducente respecto del pago de las cuotas del seguro de retiro, por el mismo trabajador y por el mismo periodo que se reclama, lo que generaría la improcedencia de esa específica pretensión.

Contradicción de tesis 17/96. Entre las sustentadas por el Segundo Tribunal Colegiado del Cuarto Circuito y el Noveno Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Primer Circuito. Tesis de jurisprudencia 51/99. Aprobada por la

Segunda Sala de este Alto Tribunal, en sesión pública del veintiséis de marzo de mil novecientos noventa y nueve³⁹.

En el mismo sentido el artículo 295 de la Ley del Seguro Social señala que "las controversias entre los asegurados o sus beneficiarios y el Instituto sobre prestaciones que esta Ley otorga, deberán tramitarse ante la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje, en tanto que las que se presenten entre el Instituto y los patrones y demás sujetos obligados, se tramitarán ante el Tribunal de Justicia Fiscal y Administrativa".

Por el lado financiero del sistema, una vez que los trabajadores o pensionados han suscrito un contrato con las AFORES a efecto de que sea esta quien maneje su cuenta individual y les otorgue las prestaciones debidas, caemos de lleno en un campo del derecho privado, toda vez que como hemos insistido, tanto las AFORES como las SIEFORES se conceptualizan como entidades financieras.

Es preciso señalar que si bien los derechos que originan las relaciones contractuales entre trabajadores y AFORES y SIEFORES son de índole eminentemente social, la participación de los mismos en las SIEFORES y el vínculo jurídico con la AFORE son tomados como relaciones jurídicas de tipo financiero, equiparables a aquellas que pudiera tener un accionista de una Sociedad de Inversiones "tradicional" con la sociedad operadora o distribuidores de acciones de sociedades de inversión.

Lo anterior, que me parece un grave error en la concepción del sistema para el caso mexicano, se aprecia con claridad a partir de la creación de Ley para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros (Ley PDUSF) publicada en el Diario Oficial el 18 de enero de 1999, que creó la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros (CONDUSEF).

³⁹ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena época, Tomo: IX, Junio de 1999, Tesis: 2a./J. 51/99, pp. 284

Esta Comisión concentró, entre otras, las funciones que originalmente habían sido otorgadas a la CONSAR en lo relativo a la tutela de los derechos de los trabajadores o patrones en caso de inconformidades contra una AFORE o SIEFORE.

La Ley para la Defensa y Protección al Usuario de Servicios Financieros, tiene como sujetos de aplicación entre otros, las sociedades de inversión, las instituciones de seguros, las administradoras de fondos para el retiro, empresas operadoras de la base de datos nacional del sistema de ahorro para el retiro, y cualquier otra sociedad que realice actividades análogas a las de las sociedades señaladas, que ofrezcan un producto o servicio financiero⁴⁰. La parte final del artículo tercero remarca el ámbito dentro del que se encuentran las afores, al encuadrarlas como sociedades que ofrecen productos o servicios financieros.

Asimismo la Ley para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros regula los procedimientos para que un usuario de servicios financieros, en este caso un trabajador, presente reclamaciones en contra de las sociedades arriba señaladas, ante un organismo público, encargado de atenderlas, y de resolverlas, cuando las partes involucradas así lo acuerden, además de proporcionar asesoría legal a los usuarios reclamantes.

Los trabajadores o sus beneficiarios insatisfechos con la respuesta que recaiga a su reclamación formulada ante la AFORE o aquellos que decidan hacerlo de manera directa, pueden acudir directamente en un procedimiento ya sea de conciliación o de arbitraje ante la CONDUSEF.

⁴⁰ Artículo 3º de la Ley para la Defensa y Protección al Usuario de Servicios Financieros, Diario Oficial de la Federación, 18 de enero de 1999.

La Comisión tiene, entre otras, facultades para solicitar información, revisar y proponer cambios a los contratos de adhesión de las sociedades, así como para imponer sanciones pecuniarias.

La Comisión es el organismo encargado de

1. Atender y resolver las consultas, reclamaciones que presenten los usuarios.
2. Llevar a cabo el procedimiento conciliatorio entre los usuarios y las instituciones financieras.
3. Actuar como arbitro en amigable composición y de pleno derecho.
4. Prestar orientación jurídica y asesoría legal a los usuarios en las controversias que se entablen entre estos y las Instituciones Financieras, con motivo de las operaciones y servicios que los usuarios hayan contratado.
5. Emitir recomendaciones a las Instituciones Financieras para lograr los objetivos de la Ley.
6. Revisar y proponer modificaciones, por conducto de las autoridades competentes, a los contratos de adhesión utilizados por estas.
7. Solicitar la información y los reportes de créditos necesarios para la substanciación de los procedimientos de conciliación y arbitraje, previo consentimiento escrito del usuario.
8. Imponer sanciones y aplicar medidas de apremio.
9. Determinar el monto de las garantías y condonar total o parcialmente las multas que ella misma imponga.

El procedimiento de conciliación, iniciado con la reclamación presentada por el trabajador puede tener los resultados siguientes:

1. La solución del conflicto.

2. La no conciliación de los intereses y el sometimiento expreso de ambas partes al juicio arbitral en que la CONDUSEF fungirá como árbitro. Una vez que las partes acepten someterse al arbitraje, que podrá ser en amigable composición o de estricto derecho, y que el laudo correspondiente haya sido emitido por la CONDUSEF, sólo podrán interponer como medio de defensa el juicio de amparo.

3. La no conciliación de los intereses, haciéndose constar este hecho en el acta de la junta de avenencia, declarándose la terminación del procedimiento conciliatorio y dejándose a salvo los derechos del reclamante a demandar por la vía que juzgue conveniente el trabajador o sus beneficiarios.

Es pertinente anotar que la CONDUSEF no conocerá de las reclamaciones de asuntos que sean derivados de políticas internas o contractuales de las Instituciones Financieras, y que no sean notoriamente gravosas o desproporcionadas para los usuarios.

En mi opinión el trasladar a un organismo público estrictamente financiero la tutela de relaciones que si bien con la legislación actual son de carácter privado, devienen de derechos sociales, menoscaba la esencia original de la seguridad social y se orienta a trasladar gradualmente al campo de lo privado la seguridad social, entendida en su sentido mas amplio.

CONCLUSIONES

1. El sistema de pensiones mexicano ha cambiado notablemente a partir de las reformas introducidas en los últimos años. De un sistema de reparto con beneficio definido y con administración centralizada se pasó a otro de capitalización con contribuciones definidas y con un manejo basado la administración privada Y en la competencia, que se acompaña de la garantía de una pensión mínima por parte del Gobierno Federal.
2. En mi opinión, las aportaciones que son destinadas a incrementar las cuentas individuales de los trabajadores, tienen su origen en un derecho de tipo social y protector de los derechos de los trabajadores y sus familias, por lo que debe procurarse que en todo momento se cumpla el objetivo social para el que fueron constituidas, esto es, contar con fondos suficientes para el retiro decoroso de los trabajadores.
3. No obstante lo anterior, desde mi óptica, el sistema pensionario vigente tiene como pilar un elemento financiero, obligando a los trabajadores y pensionados y sus familiares a interactuar con entes privados con objetivos netamente mercantiles.
4. Considero que debido a la escasa cultura financiera de la mayoría de los afiliados al sistema de capitalización, es imprescindible para el sano funcionamiento del mismo la existencia de una regulación sólida, que enfrente los problemas de información del mercado financiero y que de prioridad al objetivo social del sistema pensionario.
5. De acuerdo con lo menciono en el presente trabajo, los mecanismos de regulación y vigilancia que existen en el Sistema de Ahorro para el Retiro se pueden dividir en tres: Administrativo, Privado y Judicial.

6. Estimo que el que la competencia por la administración de los fondos se base en que cada persona elija su AFORE o pueda cambiarse a otra, no es garantía de que se obtendrán los mejores resultados, ya que debido a las complejas características de los mercados financieros, se requiere de amplia información y se pueden presentar problemas (de transparencia en los procesos de inversión) en el manejo de los recursos, que podrían perjudicar a los trabajadores o pensionados

7. Pienso que en la fiscalización privada el supuesto bajo el cual se considera a los trabajadores como agentes de control y vigilancia de las sociedades de inversión que manejan sus ahorros no tiene sustento, ya que las características corporativas de estas sociedades y la complejidad de sus movimientos nulifica totalmente la participación de los asegurados en su fiscalización.

8. Por otra parte, considero que dentro de la fiscalización administrativa la alta discrecionalidad que se otorga a la CONSAR para regular y vigilar el sistema es un elemento que no proporciona seguridad jurídica a los participantes del sistema y que no garantiza la transparencia absoluta de su manejo.

9. En mi opinión las facultades otorgadas a la CONSAR, así como las disposiciones de carácter general que emite para regular y normar el desarrollo del sistema, tienen serios defectos jurídicos que podrían poner en riesgo la credibilidad y operación del sistema pensionario.

10. Me parece indispensable que los procedimientos administrativos y judiciales a través de los cuales los trabajadores efectúen sus reclamaciones ante las AFORES y SIEFORES tengan como principio el tutelar los derechos de los trabajadores, siendo inadecuado que les considere de inicio solamente como sujetos de una relación de prestación de servicios financieros.

Alternativas legislativas

1. Considero que la legislación debe reconocer la verdadera naturaleza jurídica que corresponde a los fondos que se constituyen para la inversión de los recursos de los trabajadores, así como a las instituciones y figuras jurídicas que lo conforman.
2. Me parece necesario que se reduzca la discrecionalidad del organismo regulador (CONSAR) señalando en la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro y su Reglamento el régimen de inversión de la SIEFORE que garantice el poder adquisitivo de los recursos invertidos en ella, eliminando la posibilidad de que la CONSAR lo señale mediante disposiciones de carácter general.
3. Me parece que debe permanecer en la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro el concepto de Nexo Patrimonial, ya que eliminarlo abriría las puertas a riesgos mas altos debido a la especulación financiera o triangulaciones que pudieran darse por parte de los sujetos participantes en el Sistema.
4. En mi opinión debe plantearse en la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro que las AFORES compartirán con el Estado la responsabilidad de otorgar los recursos necesarios para otorgar pensión mínima a los trabajadores cuando se presenten minusvalías dentro de la SIEFORE que señale la Ley SAR (a la que nos referimos en el punto anterior). Lo anterior,

sin demérito de que puedan existir otras SIEFORES en las que el riesgo sea asumido por el trabajador que así lo decidiera, una vez que este haya sido debidamente informado de las alternativas y riesgos existentes.

5. Por último considero que a mediano plazo debe analizarse la creación de una instancia administrativa que maneje el sistema nacional de pensiones utilizando la figura de un Instituto de pensiones, el cual tendría a su cargo la administración e inversión de los fondos y el pago de las pensiones correspondientes. Este Instituto contaría con una reglamentación aprobada por el Congreso de la Unión y con márgenes reducidos de discrecionalidad para garantizar el manejo técnicamente competente, el uso socialmente productivo de los fondos y la plena transparencia en su operación. El mecanismo de nombramiento de los directivos tendría que garantizar un alto grado de profesionalismo y hacer partícipe el poder legislativo, al ejecutivo federal y a las organizaciones de trabajadores y empresarios. Asimismo la reglamentación especificaría el tipo de inversión permitida para garantizar su impacto social y productivo, así como el nivel de rentabilidad requerida.

BIBLIOGRAFÍA

1. Acosta Romero Miguel, Teoría General de Derecho Administrativo, Porrúa, México, 1991.
2. Acosta Romero Miguel, Nuevo Derecho Bancario, Panorama del Sistema Financiero, Porrúa, 1995.
3. Acosta Romero Miguel, Tratado de Sociedades Mercantiles, Porrúa, México, 2001.
4. Becerril Alfonso, Análisis de las Prestaciones de Previsión Social, Ediciones Fiscales ISEF, México, 1991.
5. Bustamante Julio, Funcionamiento del Nuevo Sistema de Fondo de Pensiones, ICARE, Chile, 1988.
6. Bustos Raúl, Los Fondos de Pensiones, Editorial Revolución, Primera Edición, Chile 1989.
7. Carballo Yáñez Erick, Nuevo Derecho Bancario y Bursátil Mexicano, Editorial Porrúa, México, 1997.
8. De Buen Néstor, Derecho del Trabajo, tomos I y II, Porrúa, México, 1994
9. De Buen Néstor, Seguridad Social, Porrúa, México, 1995
10. Dueñas Barbosa Bárbara, Naturaleza Jurídica de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, Tesis de Licenciatura, UIA, 1997.

11. Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo XXI, Buenos Aires, Argentina.
12. Fraga Gabino, Derecho Administrativo, México, Porrúa, 1987.
13. García Sámano Federico, Comparación de la Ley del Seguro Social de 1973 con la de 1997, ITAM, México, 1997.
14. Hegewisch Díaz Infante, Derecho Financiero Mexicano, Editorial Porrúa, México, 2000.
15. Instituto Mexicano del Seguro Social, El Seguro Social en México, Tomos I y II, México 1971.
16. Instituto Mexicano del Seguro Social, Nueva Ley del Seguro Social Comentada, Tomos I al III, 1998.
17. Moreno Padilla Javier, Régimen Integral de la Seguridad Social, Tomos I al III, Themis, México, 1998
18. Rodríguez Tovar José de Jesús, Derecho Mexicano de la Seguridad Social, Escuela Libre de Derecho, México, 1989.
19. Somoza Juan Carlos, El impacto del SAR en la Seguridad Social Mexicana, UIA, México, 1993.
20. Valls Hernández Sergio, Bases jurídicas de las rentas vitalicias del nuevo esquema de pensiones, Seguridad Social y Derecho, Escuela Libre de Derecho, México, 1996

Legislación Básica

1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
2. Ley Federal del Trabajo, publicada el 28 de agosto de 1931 en el Diario Oficial de la Federación.
3. Ley del Seguro Social, publicada el 21 de diciembre de 1995 en el Diario Oficial de la Federación.
4. Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro publicada en el Diario Oficial de la Federación el 23 de mayo de 1996
5. Reglamento de la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 23 de mayo de 1998,
6. Reglamento Interior de la Comisión Nacional de los Sistemas de Ahorro para el Retiro, publicado el 10 de octubre de 1996 en el Diario Oficial de la Federación.

ADDENDUM

Durante el periodo ordinario de sesiones que llegó a su fin el pasado 30 de abril, las Comisiones Unidas de Hacienda y Crédito Público, de Seguridad Social y de Trabajo y Previsión Social presentaron al pleno de la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión un proyecto de Decreto que adiciona la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro, el cual fue aprobado con 285 votos a favor, 76 en contra y 11 abstenciones el 24 de abril de 2002. Sin embargo, en términos de la Ley Orgánica del Congreso de la Unión este dictamen fue remitido a la Cámara de Senadores a efecto de que, actuando como Cámara Revisora, lo apruebe, modifique o rechace. El próximo paso en el proceso legislativo no se dará sino hasta el siguiente periodo ordinario de sesiones del Congreso de la Unión que iniciará hasta el mes de Septiembre de 2002.

Por lo anterior, al momento en que este trabajo de tesis es presentado y autorizado, las normas mencionadas en el cuerpo del mismo no han sido modificadas o derogadas, de manera que son normas vigentes. Los partidos políticos representados en la Cámara de Senadores no han manifestado su voluntad unánime de aprobar el dictamen antes mencionado¹, entre otras cosas, por considerar que se debe esperar a modificar la Ley del ISSSTE y modificar, sólo entonces, la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro, además de que algunos partidos consideran que el dictamen aprobado no debe convertirse en Ley, pues contienen tiene elementos negativos para la seguridad de los recursos de los trabajadores.

Es por ello que se agrega este **addendum** al trabajo de tesis que se presenta, en el cual se pretende dar a conocer al lector los puntos que se verían afectados en caso de que el dictamen votado por la Cámara de Diputados sea aprobado en el próximo periodo de sesiones del H. Congreso de la Unión.

Mi interés al señalar y comentar lo anterior, es cumplir con el compromiso de mantener actualizado el tema objeto de estudio del presente trabajo, además de proporcionar mas elementos al lector para que pueda analizar con rigor el sistema pensionario mexicano.

I

Desde abril de 1999 les fue turnada a las Comisiones Unidas de Seguridad Social y de Trabajo y Previsión Social de la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión para su estudio, análisis y elaboración de dictamen, una Iniciativa de Reformas y Adiciones a la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro, y diversas leyes relacionadas con la misma. A esta iniciativa presentada por el Partido Acción Nacional se sumaron diversas iniciativas, las cuales fueron rechazadas con excepción de aquella presentada por el Ejecutivo, la cual fue

¹ La Jornada, 28 de abril de 2002, "El senado no dictaminará las reformas a la Ley SAR", pp. 9

aprobada una vez que los CC. Diputados realizaron diversas adecuaciones y precisiones.

Las Iniciativas presentadas fueron las siguientes:

1.- Iniciativa de Reformas y Adiciones a la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro presentada por el Grupo Parlamentario del Partido Acción Nacional el día 15 de abril de 1999.

2.- Iniciativa de Reformas a los artículos 177 y 190 de la Ley del Seguro Social, 90 Bis-O de la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado y 83 de la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro presentada por el Grupo Parlamentario del Partido Acción Nacional el día 14 de diciembre de 1999.

3.- Iniciativa de Reformas a la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro presentada por el Grupo Parlamentario del Partido Revolucionario Institucional el día 11 de octubre de 2001.

4.- Iniciativa de Reforma a la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro presentada por el Grupo Parlamentario del Partido Acción Nacional el día 18 de octubre de 2001.

5.- Iniciativa de Reforma y Adición a la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro el día 13 de noviembre de 2001.

6.- Iniciativa con proyecto de Decreto que reforma y deroga diversas disposiciones de la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro por el Partido de la Revolución Democrática el día 26 de marzo de 2002.

7.- Iniciativa con proyecto de Decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro presentada por el Partido de la Revolución Democrática el día 2 de abril de 2002.

Cómo se mencionó, todas estas iniciativas fueron rechazadas, sin embargo, encontramos puntos muy interesantes en algunas de ellas, como la propuesta de homologar las semanas cotizadas bajo los regímenes previstos en la Ley del Seguro Social y en la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, de forma tal que para determinar el derecho a pensionarse de un trabajador se consideren los periodos de cotización bajo los dos regímenes mencionados independientemente de cual sea el instituto de seguridad social que otorgue la pensión.

Al respecto las Comisiones Unidas consideraron que la homologación de los periodos de cotización entre el Instituto Mexicano del Seguro Social y el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado es un tema que por su relevancia merece ser analizado dentro de una revisión integral a la Ley del

Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, dada la gran cantidad de trabajadores que cotizan a este último instituto que han estado sujetos también al régimen de la Ley del Seguro Social.

En particular dos iniciativas pretendían reducir el abanico de instrumentos en que se pudieran invertir los recursos previsionales, en aras de inducir el desarrollo de ciertos sectores, como el energético o los ingresos de los estados y municipios; sin embargo el destinar forzosamente esos recursos a dichos sectores no produciría los mayores rendimientos a los recursos de los trabajadores, ya que se requiere de una mayor diversificación de los valores en los que se invierte por estas sociedades. Invertir un alto porcentaje de los fondos de pensiones en un sólo sector económico va en contra del más elemental criterio de seguridad de las inversiones: la diversificación.

Como hemos visto en el trabajo que se presenta, la seguridad y la rentabilidad son dos objetivos que sólo se alcanzan conjuntamente si los fondos son administrados por expertos que identifican y eligen las mejores oportunidades de inversión en función del rendimiento y de la calidad crediticia de las emisoras. Si las SIEFORES son obligadas a través de la ley a invertir en el sector energético, constituido fundamentalmente por dos empresas paraestatales, éste pagará irremediablemente menores rendimientos debido a que no tendrá que competir por los recursos, al convertirse en el principal proveedor de instrumentos de inversión de las SIEFORES. Con ello, se perdería el valor agregado de los administradores profesionales y se eliminaría el incentivo a lograr un manejo rentable del ahorro.

Por otro lado una iniciativa buscaba suprimir la enumeración de los valores que podrán formar parte del régimen de inversión de las SIEFORES, señalando topes a la inversión en instrumentos gubernamentales y exigiendo un mínimo de inversión en instrumentos de deuda emitidos por empresas privadas tendría un tope mínimo de 50%.

Al respecto, la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro establece que el régimen de inversión de las SIEFORES debe procurar la mayor rentabilidad y seguridad para el ahorro del trabajador.

Invertir un mínimo del 50% del activo de las SIEFORES en instrumentos de deuda del sector privado no es factible, dada la estructura de valores colocados en el mercado, en el cual el 92% corresponde a títulos gubernamentales y sólo el 8% a valores del sector privado y bancario.

Dado que la oferta de títulos de deuda privada y bancaria es limitada, y que dicho sector está constituido por una gran cantidad de empresas e instituciones, el que las SIEFORES deban invertir por ley un mínimo del 50% de su activo, **generaría la necesidad de que las SIEFORES adquieran valores de baja calidad crediticia, lo que pondría en riesgo la seguridad del ahorro de los trabajadores.**

II

De todas las iniciativas presentadas a estudio de las Comisiones, estas determinaron aprobar en lo general la Iniciativa de reformas y adiciones a la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro, sometida a la consideración de la Cámara por el titular del Ejecutivo Federal, el día 3 de abril de 2001.

La iniciativa del Ejecutivo se plantea como objetivo el mejorar y robustecer de manera significativa el marco legal aplicable a tales sistemas, particularmente por lo que hace a la protección de los derechos de los trabajadores titulares de cuentas individuales, a la eficiente realización de las actividades que constituyen el objeto social de las administradoras de fondos para el retiro y de las sociedades de inversión especializadas de fondos para el retiro, a la ampliación del régimen de inversión de estas últimas, a la profundización del principio de la autorregulación y del oportuno e íntegro cumplimiento de las obligaciones de las administradoras de fondos para el retiro frente a los trabajadores registrados en las mismas y al fortalecimiento de las facultades de regulación, supervisión y sanción de la Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro. Propone que el derecho a tener una cuenta individual capitalizable abierta en una administradora de fondos para el retiro, así como a la inversión de los recursos correspondientes en una sociedad de inversión especializada de fondos para el retiro y a realizar aportaciones voluntarias a tal efecto, se haga extensivo a las siguientes personas:

- Los trabajadores afiliados al Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado;
- Los trabajadores de las dependencias y entidades públicas de carácter estatal y municipal, que no se encuentren inscritos en el Instituto Mexicano del Seguro Social ni en el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado y que inviertan recursos de fondos de previsión social, y
- Los trabajadores que no se encuentren inscritos en el Instituto Mexicano del Seguro Social y que aporten recursos destinados a la contratación de una renta vitalicia, de un seguro de sobrevivencia, de un retiro programado, o de cualquier otro mecanismo de pago que sea autorizado por el órgano de autoridad competente.

Sin embargo, a petición de algunos Diputados miembros de la Comisión de Seguridad Social, por lo que se refiere a los trabajadores afiliados al ISSSTE, se consideró conveniente que en primera instancia se revise a profundidad la Ley de ese Instituto y posteriormente se determine la conveniencia de que dichos trabajadores tengan abierta la posibilidad de abrir una cuenta individual en una AFORE.

Sin perjuicio de lo anterior, la propuesta del Ejecutivo fue utilizada como base para realizar el dictamen que se presentaría al Pleno, el cual fue finalmente votado el 24 de abril, y en el que resaltan los siguientes puntos.

1.- Por lo que se refiere a la definición de Nexo Patrimonial contenida en la fracción VIII del artículo 3º de la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro, la cual se derogaba en términos de la Iniciativa presentada por el Ejecutivo proponiéndose incorporar como facultad de la CONSAR establecer criterios para determinar cuando hay nexo patrimonial, se consideró que en diferentes artículos se conserva la expresión de nexo patrimonial, que quedaría sin sustento si se derogara su definición y que la propuesta del Ejecutivo **ampliaría la discrecionalidad de la Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro** al dejar a su arbitrio lo que se entendería por nexo patrimonial. Por lo que se conservó intacta la definición de nexo patrimonial.

2.- Se establece la facultad de la Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro para conocer de los nombramientos de los consejeros, directores generales, funcionarios de los dos niveles inmediatos inferiores y comisarios de las entidades participantes en los sistemas de ahorro para el retiro, con excepción de las instituciones de crédito, toda vez que la aprobación de los nombramientos de los funcionarios de estas últimas es competencia de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, por considerar que resulta innecesario y sumamente engorroso el que la autoridad apruebe los nombramientos de los funcionarios indicados, bastando con que pueda tener conocimiento de los mismos.

3.- Se propone que la Junta de Gobierno previamente a emitir las reglas de carácter general en materia de régimen de inversión y de comisiones cuente con la opinión favorable del Comité Consultivo y de Vigilancia, reformándose las fracciones IV y V del artículo 8º, a efecto de garantizar que no se puedan modificar estos importantes asuntos sin la conformidad de este último órgano de gobierno, en el cual están representados los trabajadores, los patrones y el Gobierno.

4.- Fortalece las facultades del Comité Consultivo y de Vigilancia, proponiendo que las facultades de que hoy goza este Comité relativas a opinar sobre el Régimen de Inversión y de Comisiones previstas en las fracciones VIII y IX del Artículo 16 sean reforzadas de forma tal que sólo en caso de que la opinión del Comité sea favorable las modificaciones sobre estos importantes asuntos sean sometidas a la aprobación de la Junta de Gobierno.

5.- En el dictamen aprobado se menciona que hasta que se haga una revisión de la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, será oportuno abrir la posibilidad de que las aportaciones obligatorias del 2% correspondientes al sistema de ahorro para el retiro previsto en dicha Ley se destinen a una cuenta individual abierta y operada por las administradoras de fondos para el retiro que sean elegidas por tales trabajadores.

6.- Toda vez que se consideró necesario que los trabajadores tengan conocimiento del salario y los días laborales con base en los cuales su patrón

paga sus cuotas de seguridad social a efecto de que el trabajador pueda asegurarse de que éstos coinciden con sus percepciones y con los días que efectivamente laboró, se adicionaron estos elementos al estado de cuenta.

7.- Se impone a las administradoras la obligación de someter a la consideración del Comité Consultivo y de Vigilancia de CONSAR los nombramientos de los consejeros independientes y del contralor normativo.

8.- Se abre la facultad de CONSAR para determinar, mediante disposiciones de carácter general y atendiendo a la naturaleza de cada sociedad de inversión, en cuales sociedades de inversión de las que sean operadas por cada administradora deberá constituirse la reserva especial a que alude esta disposición, así como el monto y composición de la misma.

9.- Se modifica el párrafo quinto del artículo, a efecto de establecer que la Junta de Gobierno de la CONSAR tendrá la facultad de autorizar las estructuras de comisiones de las AFORES, así como negar dicha autorización cuando las comisiones propuestas sean excesivas.

10.- Se plasma la prohibición de que los miembros del comité de riesgos de las SIEFORES sean, al mismo tiempo, miembros del comité de inversión, con excepción del director general de la administradora, el cual deberá participar en ambos comités

11.- Prevé la obligación a cargo de las SIEFORES de contar con un comité de riesgos el cual tiene por objeto administrar los riesgos a los que se encuentran expuestas las inversiones de tales sociedades, disposición con la cual se pretende dar una mayor y más efectiva protección a los recursos de los trabajadores invertidos en las SIEFORES, mediante el establecimiento y cumplimiento de límites, políticas y procedimientos para la administración de riesgos por parte del consejo de administración y del propio comité de riesgos de la sociedad de que se trate.

12.- Se propone eliminar la limitación existente para que las sociedades de inversión puedan invertir su activo en determinados valores, títulos e instrumentos que no se encuentran inscritos en el Registro Nacional de Valores, estableciendo, por el contrario, que las sociedades de inversión deberán operar con valores, documentos y demás instrumentos que se prevean en el régimen de inversión que sea establecido por CONSAR mediante disposiciones de carácter general, de manera que se otorgaría mayor discrecionalidad a la CONSAR, en lugar de limitar y restringir su esfera de acción, como se concluye en el trabajo presentado.

Tratando de equilibrar se señala que los instrumentos de deuda emitidos por personas diferentes al Gobierno Federal deberán estar calificados y que las acciones deberán reunir los requisitos de bursatilidad que establezca CONSAR, sin embargo, me parece que va en contra de la seguridad de los recursos de los trabajadores el ampliar los actos que puede regulara de facto la CONSAR a través de las disposiciones de carácter general que emita.

Por otra parte y con el fin de que el artículo 43 de la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro sea congruente con lo establecido en los artículos 44 y 45 de dicha ley, se propone modificar aquel precepto en el sentido de precisar que el Comité de Análisis de Riesgos es un órgano técnico de consulta y opinión previa, mientras que los actos de autoridad tales como el establecimiento de criterios para la adquisición de instrumentos de renta variable, la prohibición de adquirir ciertos valores, la emisión de reglas para la recomposición de carteras y la fijación del plazo para tal efecto, le corresponde realizarlos a la Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro en su carácter de órgano de autoridad.

Al menos se consideró necesario conservar la facultad de CONSAR para establecer límites a las inversiones cuando se concentren en un mismo ramo de la actividad económica o se constituyan riesgos comunes para una sociedad de inversión.

13.- Se introduce un concepto que me parece peligroso si se llegara a adoptar dentro de la ley: Con el fin de prever que en el caso de degradación posterior de la calificación de un valor adquirido por una sociedad de inversión especializada de fondos para el retiro, por no ser una circunstancia imputable a tal sociedad sino a terceros, se permitiría que la sociedad de inversión conserve el valor degradado hasta su amortización.

14.- Se faculta a la Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro para establecer, mediante reglas de carácter general, los requisitos que deberán cumplir los trabajadores para invertir sus recursos en una determinada sociedad de inversión. Finalmente, son o no son los trabajadores capaces de elegir sus mejores inversiones y portafolios financieros?

Al establecer que los trabajadores que dejen de cumplir con los requisitos exigidos para invertir en una sociedad de inversión deberán traspasar forzosamente los recursos invertidos en ésta, a otra sociedad de inversión en la cual sea admisible la inversión de sus recursos, me parece que se busca proteger más a las Administradoras que a los recursos de los trabajadores, ya que no habría razones para limitar la participación de estos últimos si los fondos han sido seleccionados y verdaderamente garantizan las inversiones de los trabajadores.

Adicionalmente se faculta a la Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro para determinar, mediante disposiciones de carácter general, de nuevo, el porcentaje máximo de recursos de cada subcuenta de los trabajadores que podrá invertirse en las sociedades de inversión que por su naturaleza así lo ameriten, con el fin de evitar que las inversiones de los trabajadores se concentren excesivamente en una determinada SIEFORE.

15.- Al autorizar la adquisición de valores extranjeros se da al traste con las razones que llevaron a crear el actual sistema pensionario: ¿en aras de los rendimientos se permitirá que los recursos de los trabajadores mexicanos ayuden

a financiar empresas y proyectos en el extranjero cuando la industria nacional necesita de recursos para salir adelante?. Aún el límite de 20% me parece risible, pues se autoriza que se desvirtúe por completo el sistema al permitir cualquier porcentaje.

16.- Se prevé que las cuentas individuales se integrarán con una subcuenta en la que se depositarán los fondos de previsión social, una subcuenta de aportaciones voluntarias y una subcuenta de aportaciones complementarias de retiro, las cuales se podrán utilizar como complemento de la pensión o ser retiradas en una sola exhibición junto con los recursos destinados a financiar la pensión.

17.- Se adiciona un párrafo tercero al artículo 113 de la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro conforme al cual la Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro, como el órgano de autoridad encargado de la coordinación, regulación, supervisión y vigilancia de los sistemas de ahorro para el retiro, esté obligada a proporcionar información respecto de tales sistemas a las demás autoridades que se la soliciten, siempre y cuando estas últimas lo hagan en ejercicio de sus facultades legales,

18.- Se prevé la constitución de un Consejo Nacional del Sistema de Pensiones integrado en forma tripartita por representantes de los trabajadores, de los patrones y de las propias administradoras, cuyas funciones serán **conocer de la administración de las cuentas individuales, de la inversión de los recursos de los trabajadores y de las comisiones que se les cobren, y proponer a los consejos de administración de las AFORES las medidas que considere necesarias para la protección del interés de los trabajadores**, lo cual me parece que empata con los órganos de fiscalización privado y administrativo que hemos analizado a lo largo de esta investigación.

El dictamen votado incluye el artículo 123 como sigue:

"Artículo 123.- Con el propósito de que exista mayor información y control de los sistemas de ahorro para el retiro y de la administración de las cuentas individuales por las administradoras, se crea el Consejo Nacional del Sistema de Pensiones integrado por dieciocho miembros: seis representantes de los trabajadores, seis de los patrones y seis de las administradoras.

Este Consejo tendrá como función conocer las políticas de administración de las cuentas individuales por las administradoras, las políticas de inversión de los recursos de los trabajadores y sobre las comisiones que se apliquen a sus cuentas individuales, así como dirigir recomendaciones a los consejos de administración de las diversas administradoras.

La Secretaría del Trabajo y Previsión Social fijará las bases para determinar la forma de designar a los representantes de los trabajadores y los patrones. Los representantes de las administradoras deberán ser nombrados por acuerdo de todas las administradoras autorizadas.

Un representante de los trabajadores o los patrones presidirá, alternativamente, por periodos anuales el Consejo Nacional del Sistema de Pensiones. Este consejo

se deberá reunir, a convocatoria de quien presida, en sesiones ordinarias por lo menos cada seis meses."

Finalmente se incorpora dentro de los artículos transitorios la apertura gradual en la inversión en valores extranjeros , señalando un límite de hasta 10% durante el primer año y 15% en el segundo para fijarse en 20% al cabo del tercer año.

Será, una vez más, la Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro, la que tomando en consideración las condiciones del mercado, podrá establecer en el régimen de inversión, la posibilidad de adquirir estos valores así como los límites dentro de los parámetros antes señalados.

En concordancia con la propuesta de adición del artículo 123, se adiciona un artículo Séptimo transitorio que prevea la constitución del Consejo Nacional del Sistema de Pensiones, otorgando facultades a la Secretaría del Trabajo y Previsión Social para emitir las bases para determinar la forma de designar a los representantes de los trabajadores y los patrones. Cabe preguntarse si no debió haberse otorgado a la CONSAR esta determinación, siendo el órgano que emite los lineamientos generales que regulan al Sistema.

Finalmente, en mi opinión, son cinco los puntos esenciales del dictamen aprobado el pasado 24 de abril del 2002:

1. La autorización para invertir en valores extranjeros, con lo que se reconoce que la ganancia en los rendimientos que ofrezcan los valores está por encima de su concepción como elemento impulsor del desarrollo económico nacional.
2. La ampliación del marco de facultades de la CONSAR, en oposición a la reducción o limitación que se recomienda en nuestro trabajo.
3. La creación de un Comité de Riesgos dentro de las SIEFORES, que busca dar garantías de seguridad desde el punto de vista de la opinión de especialistas financieros.
4. La creación de un nuevo órgano de vigilancia, el Consejo Nacional del Sistema de Pensiones, que , dentro del dictamen pareciera compartir sus funciones con otros cuerpos colegiados ya existentes dentro del sistema, creando estructuras para funciones ya desempeñadas, y con un alto grado de incertidumbre en cuanto a su forma de integración y alcance de acción real.